Droit civil – Deuxième année – Pr. D. Mainguy
Droit civil – Deuxième année – Pr. D. Mainguy
Droit Civil, Droit des obligations
Droit Civil, Droit des obligations

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I

FACULTE DE DROIT

Droit Civil
Licence 2ème Année

Daniel Mainguy, *Professeur à la Faculté de droit de Montpellier*

Roxanne Vaillant *Doctorant contractuel*
Lyes Messaoud-Nacer, *Doctorant*
Lucas Schiano de Colella, *Doctorant*
Alain Terral, *Docteur en droit Avocat*

Semestre 1.

– 2016-2017 –

SOMMAIRE

SEANCE 1 : Classification des contrats et des obligations.

SEANCE 2 : Formation du contrat : le consentement – existence.

SEANCE 3 : Formation du contrat : le consentement – intégrité : l'erreur.

SEANCE 4 : Formation du contrat : le consentement – intégrité : le dol.

SEANCE 5 : Formation du contrat : l'objet et la cause (1).

SEANCE 6 : Formation du contrat : l'objet et la cause (2).

SEANCE 7 : Les effets du contrat : la force obligatoire du contrat.

SEANCE 8 : L'effet relatif des contrats.

SEANCE 9 : Inexécution du contrat et responsabilité contractuelle.

SEANCE 10 : L'extinction du contrat.

METHODOLOGIE

- **<u>Cas pratique :</u>**

  - BREF rappel des faits
  - Qualification juridique des faits
  - Poser le problème de droit
  - Envisager toutes les solutions possibles au problème et retenir uniquement la solution la plus adéquate autour d'un plan.

Dans le plan :
Exposé de la règle de droit
Explication de la règle de droit
Application à l'espèce

- **<u>Commentaire d'arrêt : le passage de la méthode Mousseron au commentaire rédigé :</u>**

  - **Méthode Mousseron**

I – Analyse
A/ Les faits
1) Faits matériels
2) Faits judiciaires
B/ Le problème de droit
1) La prétention des parties
2) Enoncé du problème : termes généraux
3) Solution de droit

II – Le commentaire
A/ Comprendre la solution
1) En elle-même
a) Définition
b) Par la synthèse : reformulation de la solution
2) Par rapport au passé : jurisprudence et législation antérieure
3) Par rapport au futur : idem
4) Par rapport aux domaines voisins : définir le régime et en trouver qui se rapprochent
B/ Expliquer la solution
1) Par des arguments juridiques
a) Le fondement de la solution
Quel est le problème posé à la cour ?
Existe-t-il une réponse au problème ?
La solution se fonde-t-elle sur cette réponse ?
Comment raisonne le juge ?
Qu'est-ce qu'il fait ?
Est-ce que c'est juridiquement justifié ?
b) Y-a-t-il une autre solution possible ?
2) Par des arguments d'opportunité

Est-ce que la solution est justifiée en opportunité

C/ Apprécier la solution

1) Dans son ensemble
2) Dans le cas particulier, pour les parties

➢ **Commentaire rédigé**

Introduction :

- Accroche
- Faits matériels et judiciaires
- **Prétention des parties** (peuvent être inclues aux faits judiciaires → au motif/au moyen)
- Problème de droit
- Solution de droit
- Annonce de plan justifiée

NB = • « au motif » : Arguments de la juridiction précédemment saisie
• « au moyen » : Prétentions des parties devant la Cour de cassation

I – A. Entrée en matière = jurisprudence et controverse doctrinale, synthèse.

I – B.
II – A.

Cœur du devoir :

- Argumentation juridique : autre solution et fondements
- Argumentation d'opportunité
- Domaines voisins
- Loi et jurisprudence antérieure et postérieure
- Synthèse

II – B. Appréciation de la solution

Construction du plan :

- S'il y a deux idées dans la solution : deux parties
- Plan « joker » :
  - principe/limite
  - conditions/effets
  - nature/régime
  - …

Attention !
Il faut s'aider de la solution pour créer le plan, il faut se demander ce que fait la Cour de cassation.
Pourquoi ? Comment ? Conséquence ?
→ Pourquoi cette solution ?
→Comment la cour choisit-elle cette solution ?

→Qu’est-ce que cela induit?

SEANCE 1

CLASSIFICATION DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS

I. – Jurisprudence

- **Obligation civile / naturelle.**
  - Civ. 1ère, 16 juillet 1987 : Bull. civ. I, n° 224 ; D. 1987, IR p. 180 ; RTD Civ. 1988, p. 133, obs. J. Mestre.
  - Com., 31 mai 1994 : Bull. civ. IV, n° 197 ; D. 1995, somm. 90, obs. Ph. Delebecque.
  - **Civ. 1ère, 10 octobre 1995** : D ; 1996, somm. p. 120, obs. R. Libchaber ; D. 1997, Jur. p. 157, note G. Pignarre (**A commenter**).
- **Contrat nommé / innommé.**
  - Com., 19 juillet 1971 : Bull. civ. IV, n° 213.
  - Civ. 3ème 1er juillet 1998: Bull. Civ. III, n° 145.
- **Contrat synallagmatique / unilatéral.**
  - Civ. 1ère, 28 mars 1984 : Bull. civ. I, n° 120.
  - Civ. 1ère, 2 févier 1994 : Bull. civ. I, n° 46.
- **Contrat commutatif / aléatoire**
  - Civ. 1ère, 3 juin 2003 : Bull. civ. I, n° 136.
  - Civ. 1ère, 4 novembre 2003 : Bull. civ. I, n° 220.

II. – Doctrine

- G. Loiseau, *De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale*, D. 2005 p. 1393
- D. Grillet-Ponton, *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, p. 331.
- J. Ghestin, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147
- A rechercher pour aller plus loin :
  - Ph. Malaurie, *Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, JCP G 2000, I, 246, p. 1415.
  - N. Molfessis, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations,* in *Le renouvellement du droit des obligations*, Journées de l'Association H. Capitant, t. 1, LGDJ, 1996, p. 65.
  - J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit des obligations*, in *Le renouvellement du droit des obligations*, Journées de l'Association H. Capitant, t. 1, LGDJ, 1996, p. 109.
  - A. Sériaux, *Contrats civils*, 1ère, Ed. PUF, 2001, pp. 11-22.

III – Exercices

- Résolutions du cas pratique.
- Commentaire d'arrêt rédigé : Civ. 1ère, 10 octobre 1995

IV. – Cas pratique: Les situations contractuelles

Dans chacun des cas présentés, vous trouverez quel est le contrat visé puis vous procèderez à sa qualification en cochant les caractéristiques appropriées :

Situation n°1 : Coralie vient de vendre son appartement à Loïc. Ils ont signé le contrat chez un notaire.

Situation n°2 : Jean vient de prêter 500 euros à son meilleur ami, Nicolas qui souhaite créer une entreprise.

Situation n°3 : Nicolas sollicite également un établissement bancaire pour obtenir un prêt.

Situation n°4 : M Clinetone embauche une secrétaire dans son entreprise.

Situation n°5 : Mme Chicane fait réparer sa voiture par un garagiste.

Situation n°6 : Pour avoir brillamment réussi sa première année, Marc a reçu 100e de la part de son grand-père.

Situation n°7 : Pour être plus proche de la faculté, Lisa vient de louer un studio à Montpellier.

Situation n°8 : Un supermarché vient de contracter avec un viticulteur pour que celui-ci le fournisse en vin, une fois la récolte effectuée.

	N°1	N°2	N°3	N°4	N°5	N°6	N°7	N°8
Contrat onéreux								
Contrat gratuit								
Contrat consensuel								
Contrat solennel								
Contrat réel								
Contrat commutatif								
Contrat aléatoire								
Contrat synallagmatique								
Contrat unilatéral								
Contrat à exécution successive								
Contrat à exécution instantanée								
Contrat intuitu personae								

I. – Jurisprudence

- **Obligation civile / naturelle.**

➢ **Civ. 1ère, 16 juillet 1987**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que M. et Mme Cosani ont acquis un terrain sur lequel ils ont fait construire un pavillon comprenant deux logements séparés, l'un étant occupé par les époux Cosani et l'autre à titre gratuit par M. et Mme Nicolas, père et mère de Mme Cosani ; que cette acquisition et cette construction n'ont été possibles que grâce à des prêts consentis sans intérêts et pour une durée indéterminée par les époux Nicolas à M. et Mme Cosani ; que pendant l'instance en divorce de ces derniers - divorce prononcé durant l'instance d'appel -, M. Cosani a demandé que soit ordonnée l'expulsion de ses beaux-parents, comme occupants sans droit ni titre, et que ceux-ci soient condamnés à payer une indemnité d'occupation pour leur hébergement ; que les époux Nicolas ont assigné M. et Mme Cosani en remboursement du prêt qu'ils avaient consenti au ménage de leur fille ; que, par arrêt partiellement infirmatif, la cour d'appel (Paris 31 octobre 1985), a débouté M. Cosani de ses demandes d'expulsion et d'octroi d'une indemnité d'occupation ; que le même arrêt a condamné solidairement les ex-époux Cosani à rembourser les sommes que leur avaient prêtées M. et Mme Nicolas ;

Attendu qu'il est reproché par M. Cosani à l'arrêt attaqué de l'avoir débouté de sa demande en expulsion et en paiement d'une indemnité d'occupation aux motifs que la fourniture d'un logement par les époux Cosani à M. et Mme Nicolas apparaissait comme la manifestation d'un devoir de reconnaissance des intéressés envers leurs parents et beaux-parents pour l'aide que ceux-ci leur avaient apportée et constituait l'exécution volontaire par la communauté des époux Cosani de l'obligation naturelle que ceux-ci avaient conscience d'avoir contractée envers les époux Nicolas, alors que, d'une part, le devoir de secours ayant été exclu, il ne saurait exister, sauf à violer l'article 1235 du Code civil, à la charge du bénéficiaire d'un prêt une obligation naturelle de fournir gratuitement pour une durée illimitée un logement à son prêteur même si le prêt a été consenti à des conditions avantageuses par les parents d'un des conjoints emprunteurs ; alors que, de deuxième part, une obligation naturelle transformée en obligation civile ne pourrait être retenue, sauf à méconnaître les articles 1235 et 1347 du Code civil, " sans constater l'engagement formel de l'obligation et son étendue, ni le moindre commencement de preuve par écrit " ; et alors, de troisième part, qu'en condamnant au remboursement des sommes prêtées tout en maintenant l'obligation pour l'emprunteur de loger les intéressés " désormais inaptes à se prévaloir d'un devoir de reconnaissance lequel, en tout état de cause, ne pouvait postérieurement au divorce des époux Cosani être transmis à l'indivision post-communautaire ", l'arrêt attaqué aurait violé l'article 1235 du Code civil ;
Mais attendu, en premier lieu, qu'appréciant souverainement les éléments de la cause, les juges du fond ont estimé qu'en logeant M. et Mme Nicolas les époux Cosani avaient entendu nover leur devoir de reconnaisance envers eux en un engagement précis d'hébergement gratuit ;

Attendu, en deuxième lieu, que le moyen tiré de l'absence de preuve de l'existence d'une obligation naturelle n'ayant pas été soumis à la cour d'appel est nouveau et donc irrecevable comme étant mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, enfin, que les juges d'appel ont souverainement estimé que, dans l'intention commune des parties, l'obligation naturelle

avait pour cause l'aide pécuniaire fournie par M. et Mme Nicolas aux époux Cosani et devait survivre tant au divorce de ces derniers qu'au remboursement auquel ils ont été condamnés et que rien ne s'opposait à la transmission de cette obligation à l'indivision post-communautaire ;

Qu'il s'ensuit que les première et troisième branches du moyen ne sont pas fondées et que la deuxième est irrecevable ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Com., 31 mai 1994**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, (Riom, 23 octobre 1991) que la Société de crédit immobilier rural du Massif-Central (la Scirmac), se prétendant créancière de Mme Jacquet, dont le redressement judiciaire, ouvert le 22 avril 1987, a abouti à un jugement du 17 décembre 1987 arrêtant le plan de continuation de l'entreprise, a poursuivi la vente sur saisie immobilière de ses biens ; que sur dire de la Banque française commerciale, aux droits de laquelle se trouve la banque San Paolo, créancière hypothécaire inscrite, le tribunal de grande instance a décidé que la créance de la Scirmac qui n'avait pas été déclarée dans les délais prévus par le décret du 27 décembre 1985, était, en application des dispositions de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985, éteinte et que la Scirmac ne pouvait poursuivre la saisie ;

Attendu que la Scirmac reproche à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement, alors, selon le pourvoi, qu'en refusant de façon absolue, en cas d'extinction de la créance pour défaut de déclaration dans le délai légal, toute éventualité de reconnaissance par le débiteur d'une obligation naturelle susceptible d'être convertie en obligation civile, le Tribunal a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1235 du Code civil ;

Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a, par motifs adoptés, énoncé que la Scirmac ne saurait arguer d'une convention prise par conversion d'une obligation naturelle en obligation civile dès lors que sa créance était éteinte pour n'avoir pas été déclarée dans les délais prévus ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

<u>Obs. de Ph. Delebecque</u>

Une dette éteinte pour défaut de déclaration au passif d'une procédure collective ne constitue pas une obligation naturelle susceptible d'être novée en obligation civile.
De prime abord, la présente décision est surprenante. Le code civil (art. 1235, 2°) prévoit que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Cela signifie qu'il est possible de convertir en obligation civile juridiquement obligatoire une simple obligation naturelle, dans la mesure où cette conversion est intervenue en connaissance de cause (comp. Cass. 1re civ., 12 juill. 1994, *Mme Spéraudio* c/ *Ben Larbi*, à propos d'un paiement indu d'une pension alimentaire sans que la volonté d'acquitter une obligation naturelle ne soit établie). On dit généralement qu'un débiteur peut toujours « nover » une obligation naturelle en une obligation civile et tout le monde se comprend même si, juridiquement, il est difficile de concevoir la « novation » d'une obligation qui n'existe pas. D'un autre côté, la jurisprudence et les auteurs dénombrent parmi les obligations naturelles les obligations éteintes par le jeu d'une règle civile, telle la prescription, ou encore les dettes ayant fait l'objet de remises dans le cadre d'une procédure collective (V. par exemple Cass. civ., 29 janv. 1900, *S*. 1900.1.337, pour des remises concordataires). Or, dans l'espèce rapportée, un créancier avait omis de déclarer sa créance dans les délais requis et n'avait, semble-t-il, engagé aucune

procédure de relevé de forclusion. Sa créance était donc éteinte en application des dispositions de l'art. 53 de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985. Le créancier, cependant, prétendait que le débiteur avait néanmoins accepté de lui régler son dû et arguait ainsi d'une convention prise par conversion d'une obligation naturelle. Peine perdue, dès lors, comme le souligne le présent arrêt, que « sa créance était éteinte pour n'avoir pas été déclarée dans les délais prévus » !
On ne sait rien de la « convention prise par conversion ». Découlait-elle du plan de redressement adopté ? Devait-elle se déduire d'un accord particulier entre le créancier et le débiteur ? De toute façon, le problème n'est pas là, car la décision prend uniquement en considération le fait que la créance était éteinte pour refuser toute novation. Autrement dit, une créance éteinte, du moins dans les circonstances indiquées, n'a plus d'existence ; le débiteur est définitivement libéré et n'est même plus tenu d'une obligation naturelle.
Assurément la portée de la décision est limitée et ne vaut que lorsque l'extinction est consécutive à un défaut de déclaration. Logiquement, elle doit valoir aussi lorsque la dette est simplement écrêtée à la suite d'une remise liée à l'adoption d'un plan de redressement, voire d'un règlement amiable. En d'autres termes, le droit des procédures collectives avec sa cohorte de raisons et de contraintes (apurement du passif, redressement de l'entreprise...) justifie la décision. On ne s'empêchera pas de se demander s'il est sain non pas de laisser ce droit s'émanciper mais de favoriser son impérialisme.

- **Civ. 1ère, 10 octobre 1995**

LA COUR - Sur le moyen unique pris en ses diverses branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (CA Metz, 7 octobre 1993), que M. Frata a gagné la somme de 1 495 777 F en jouant la bonne combinaison du « quinté plus » à l'occasion d'une course hippique, qui s'est déroulée le 8 janvier 1991 à Cagnes-sur-Mer ; que M. d'Onofrio a soutenu que, de concert avec certains de ses collègues de travail, M. Frata avait l'habitude de lui confier le soin de faire valider auprès du PMU les tickets de « quinté », ce qu'il pouvait faire, compte tenu de ses propres horaires de travail, et qu'il avait été convenu qu'il recevrait 10 % des gains éventuels, que, n'ayant pu faire entrer le ticket qui lui avait été confié par M. Frata pour cette course, dans la machine destinée à valider les coupons de jeu, il avait personnellement refait un nouveau ticket en intervertissant néanmoins les numéros choisis par M. Frata, que cette initiative avait permis à celui-ci de gagner le « quinté » dans l'ordre, que M. Frata, après la course, l'avait informé qu'il lui ferait parvenir sa quote-part, mais avait finalement refusé d'exécuter ses engagements ; que M. d'Onofrio a, en conséquence, assigné M. Frata en paiement de la somme de 149 577,70 F, outre les intérêts ; qu'un jugement a fait droit à sa demande ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement, alors, selon le moyen, que, d'une part, la novation suppose l'existence d'une dette à éteindre et la création d'une dette nouvelle, que la cour d'appel, qui a fondé la condamnation d'une partie sur la novation d'une obligation naturelle, et qui a ainsi admis une novation en l'absence d'une obligation civile préexistante, a violé l'article 1271 du code civil ; alors que, d'autre part, la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte, que la cour d'appel qui, pour admettre l'existence d'une novation, s'est fondée sur l'interprétation d'un procès-verbal de comparution personnelle des parties et de témoignages, a violé l'article 1273 du code civil ; alors, qu'en outre, la cour d'appel en justifiant la condamnation par une obligation naturelle, invoquée dans les notes d'audience du demandeur, a violé l'article 913 du nouveau code de procédure civile ; alors, qu'enfin, le juge, en se fondant sur ces notes, a violé l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que M. Frata, ayant soutenu dans ses conclusions que son engagement n'avait pas de conséquences civiles, le moyen est inopérant en ses deux dernières branches ; - Attendu, ensuite, que la transformation - improprement qualifiée novation - d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci ; - Et attendu, enfin, qu'après avoir constaté que M. Frata avait tacitement renoncé à l'application de l'article 1341 du code civil, dont elle relève exactement que ses dispositions ne sont pas d'ordre public, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'apprécier la portée des preuves à elle soumises que la cour d'appel a retenu, par motifs propres et adoptés, que M. Frata avait entendu transformer son obligation naturelle en obligation civile ; d'où il suit que le moyen, pour partie inopérant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Par ces motifs, rejette.

- **Contrat nommé / innommé.**

➢ **Com., 19 juillet 1971**

Sur le premier moyen et la première branche du deuxième moyen :

attendu qu'il est reproche a l'arrêt attaque (paris, 14 janvier 1970) d'avoir décidé que la société des éditions philatélistes ceres devait mettre fin a l'utilisation dans ses publications du numérotage du catalogue philatélique de la société yvert et tellier, utilisation à elle autorisée par celle-ci suivant lettre du 2 avril 1946, et ce, a dater du 1er janvier 1970, pour les timbres émis postérieurement a cette date, la cour d'appel estimant que la convention litigieuse était un prêt a usage, convention a titre gratuit ne conférant a l'emprunteur qu'une jouissance précaire et révocable, au motif que la mention yvert et tellier dans les catalogues ceres n'a pour objet que la reconnaissance du droit de propriété d'yvert et tellier et ne constitue pas une mesure de publicité, alors que, même s'il était normal pour ceres de signaler que la numérotation employée était celle d'yvert et tellier, la mention du nom de cette dernière société n'en constituait pas moins pour elle une certaine publicité, laquelle faisait du contrat litigieux une convention a titre onéreux synallagmatique ;

que la numérotation d'un catalogue ne peut en aucun cas faire l'objet d'un prêt a usage, alors, d'autre part, que l'arrêt attaque ayant considère qu'il était en présence d'un contrat de prêt a usage aurait, selon le pourvoi, faussement applique les règles de celui-ci, la cour d'appel ne pouvant pas dire que la jouissance conférée a l'emprunteur n'est qu'une jouissance précaire et révocable sans violer par la-même l'article 1888 du code civil ;

Mais attendu que, nonobstant la qualification erronée retenue par la cour d'appel, celle-ci, qui se trouvait en réalité en présence d'une convention innomée a durée indéterminée a pu admettre que ladite convention pouvait être résiliée a la seule volonté du concédant ;

que le premier moyen et le deuxième moyen en sa première branche ne sont pas fondes ;

sur la seconde branche du deuxième moyen ;

attendu qu'il est de plus fait grief a l'arrêt d'avoir omis d'examiner la demande reconventionnelle de la société ceres, l'admission du bien-fondé de la demande de la société yvert et tellier ne pouvant dispenser la cour d'appel d'examiner la demande de ladite société ceres qui établissait l'existence d'un préjudice cause

par la suppression éventuelle de l'autorisation ;

mais attendu que la cour d'appel énonce "qu'il echet de rejeter purement et simplement la demande reconventionnelle de la société ceres qui n'a aucun fondement juridique, l'exercice par la société yvert et tellier
d'un droit dans des conditions exclusives de faute n'étant pas susceptible de donner ouverture a une action en dommages-intérêts" ;

qu'elle a ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées et que le moyen n'est donc pas fonde ;

sur le troisième moyen, pris en ses deux branches : attendu que l'arrêt est enfin critique en ce qu'il a prononce une astreinte de 50 francs par catalogue vendu a partir du1 janvier 1970 en infraction a ses prescriptions et a condamne la société ceres en 5.000 francs de dommages-intérêts, alors que, d'une part l'astreinte est prononcée sans aucun motif et alors, d'autre part, que les juges d'appel ne pouvaient reprocher a la société ceres sa résistance vis-à-vis de la société tellier puisque, faute de terme convenu lors de la convention que la cour d'appel qualifie de prêt a usage, le seul moyen de savoir le moment de la restitution était de la demander aux tribunaux, que chacune des deux parties avait le droit d'exposer ses arguments et de se défendre, qu'au surplus, la société ceres avait obtenu entièrement gain de cause devant les premiers juges ;

mais attendu d'une part que le prononce de l'astreinte n'a pas a être motive ;

attendu d'autre part, que la cour d'appel constate qu'a la notification par la société yvert et tellier du retrait de l'autorisation par elle accordée, la société ceres, tout en reconnaissant le droit de propriété de ladite société sur son système de numérotation, lui a oppose une fin de non-recevoir fondée sur le caractère irrévocable de cette autorisation ;

qu'estimant cette résistance "inadmissible", la cour d'appel a pu en déduire, peu important la décision sur ce point des juges de première instance, l'existence d'une faute a la charge de la société ceres ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fonde ;

par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 14 janvier 1970, par la cour d'appel de paris.

- **Civ. 3ème, 1er Juillet 1998**

Sur le premier moyen :

Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Marmande, 7 mars 1996), statuant en dernier ressort, que M. Bodini, agissant ès qualités de représentant des cohéritiers de Mme Bodini, sa mère, a assigné la société Maison de retraite Fleury (la maison de retraite) qui avait accueilli Mme Bodini jusqu'à son décès, en remboursement partiel du prix de journée, au motif que celle-ci n'avait pas bénéficié d'une chambre individuelle ;

Attendu que M. Bodini fait grief au jugement de rejeter cette demande, alors, selon le moyen ; 1° que le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à la faire jouir paisiblement du bien pendant un certain temps, moyennant un certain prix, en sorte que le bailleur est obligé, sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée ; que la convention aux termes de laquelle une personne loue une chambre à un résident entraîne donc à sa charge l'obligation de mettre ce local à la seule disposition du locataire et de l'en faire jouir paisiblement

pendant toute la durée du bail ; qu'en décidant que la maison de retraite avait pu accueillir la mère de M. Bodini dans une pièce où logeaient déjà deux autres pensionnaires puisque, dans l'acte du 25 mars 1995, il n'était pas question de chambre individuelle, le Tribunal a violé les articles 1709 et 1719 du Code civil ; 2° qu'en toute hypothèse, en son annexe II, l'acte du 25 mars 1995 stipulait expressément que la prestation essentielle comprenait la location d'une chambre qui restait réservée au résident en cas d'absence, sauf s'il donnait l'autorisation de la mettre provisoirement à la disposition d'un résident de passage ; qu'en décidant que la maison de retraite avait bien exécuté ses obligations dès lors que l'instrumentum ne précisait à aucun moment que la location portait sur une chambre individuelle, le Tribunal a dénaturé la convention des parties en violation de l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que le contrat de séjour par lequel une maison de retraite s'oblige à héberger une personne âgée et à fournir des prestations hôtelières, sociales et médicales n'étant pas soumis aux règles du Code civil relatives au louage de choses, le Tribunal, qui a relevé, sans dénaturation, que la maison de retraite rapportait la preuve du respect de ses obligations et qu'à aucun moment dans le contrat il n'était question de chambre individuelle, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ;
Sur le second moyen : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Contrat synallagmatique / unilatéral.**

➢ **Civ. 1ère, 28 mars 1984**

Sur la recevabilité du pourvoi contestée par les consorts cadene : attendu qu'il ressort de la procédure que l'arrêt attaque a été signifie a personne aux consorts cadene, par un acte d'huissier de justice du 5 juillet 1982 ;

Attendu que le pourvoi des consorts Guallar a été déposé au secrétariat-greffe de la cour de cassation le 15 septembre 1982 alors que le délai de deux mois courant du jour de la signification a personne était expire ;

Qu'il est donc tardif et, par suite, irrecevable Déclaré irrecevable le pourvoi, en ce qu'il est forme contre les consorts cadene ; dit, en conséquence, n'y avoir lieu de statuer sur le troisième moyen qui ne concerne que la disposition de l'arrêt ayant débouté les consorts Guallar de leur appel en garantie dirigée contre les consorts cadene ;

sur le premier moyen : attendu que l'arrêt attaque a condamne mme Guallar et ses deux fils, Jean-pierre et Claude Guallar, a payer a m fort, chacun dans la proportion de ses droits sur la communauté de biens Guallar- montsarrat et de ses droits héréditaires sur la succession de joachim Guallar, la somme de 150 000 francs, montant total de trois reconnaissances de dette signées le 4 septembre 1972 par joachim Guallar ;

attendu que les consorts Guallar font grief a la cour d'appel d'avoir ainsi statue aux motifs que s'il est constant que m Guallar avait frauduleusement appose les signatures de sa femme et de ses fils sur les reconnaissances de dette, il n'était pas démontré que les préteurs fort aient concouru a la fraude et aient été de connivence lorsque les fausses signatures étaient intervenues alors, selon le moyen, que toute reconnaissance de dette conclue en fraude des droits des tiers est entachée de nullité absolue, "peu important la non-complicité du cocontractant" ;

que la cour d'appel ayant constate que la reconnaissance de dette avait été conclue par m Guallar en fraude des droits de sa femme et de ses fils, tiers a l'acte qu'ils n'ont jamais signe, n'a pu, sans violer le principe "fraus

omnia corrumpit", condamner ces tiers en exécution de cet acte nul ;

mais attendu que dans leurs conclusions d'appel, les consorts Guallar ont soutenu qu'en application de l'article 1413 du code civil le paiement de la dette ne pouvait pas être poursuivi sur les biens communs en raison tant de la fraude commise par leur auteur que de la mauvaise foi de m fort ;

que la cour d'appel, ayant admis l'absence de mauvaise foi des créanciers et en ayant justement deduit que l'article 1413 du code civil ne pouvait être applique en la cause, n'avait pas a se prononcer sur la regle "fraux omnia corrumpit" dont l'article précité n'est qu'une application spécialisée ;

sur le deuxième moyen, pris en ses deux branches : attendu qu'il est encore fait grief aux juges du second degré d'avoir estime que ne pouvait être retenue la thèse des consorts Guallar selon laquelle il n'y avait qu'une seule reconnaissance de dette, répétée en trois exemplaires et considère qu'il s'agissait de trois actes distincts portant chacun sur une somme de 50 000 francs, alors, selon le moyen, que, d'une part, l'acte du 4 septembre 1972 par lequel m fort s'engageait a investir des fonds dans l'intérêt des consorts Guallar et ceux-ci s'engageaient a les rembourser constituait un contrat synallagmatique légitimement établi en autant d'exemplaires que d'intérêts distincts, de sorte qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a viole les articles 1134 et 1102 du code civil, et alors, d'autre part, qu'elle n'a pas donne de base légale a sa décision au regard des articles 1325 et 1134 du même code en ne recherchant pas si la croyance légitime des parties en l'obligation qu'elles avaient d'établir leur convention en trois exemplaires n'était pas de nature a démontrer que les trois actes identiques produits représentaient les trois originaux du même acte ;

mais attendu qu'après avoir justement énonce que le contrat du prêt, qui n'impose d'obligation qu'a l'emprunteur, n'a pas de caractère synallagmatique et n'implique donc pas qu'il soit établi en autant d'exemplaires que de parties, la cour d'appel, par une interprétation souveraine de la commune intention des parties, a estime qu'il s'agissait de trois actes de prêt distincts dont les montants devaient se cumuler pour donner le total de la dette ;

qu'elle a ainsi légalement justifie sa décision ;

d'ou il suit qu'en aucune de ses branches le moyen ne peut être accueilli ;

par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le troisieme moyen : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 27 mai 1982 par la cour d'appel de Montpellier ;

et, vu les dispositions de l'article 628 du nouveau code de procédure civile, condamne les demandeurs, a une amende de six mille francs, envers le Trésor Public ; les condamne, envers les défendeurs, a une indemnité de six mille francs, et aux dépens liquides a la somme de , en ce non compris le cout des significations du présent arrêt

- **Civ. 1ère, 2 février 1994**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que par lettre du 30 janvier 1985, Mme Goujon a demandé à la Société marseillaise de crédit de lui ouvrir un compte de dépôt à terme pour bloquer, à partir du 6 février 1985 et pendant une durée de 13 mois, une somme de 300 000 francs, productive d'intérêts au taux de 10,50 %, à prélever sur un autre compte dont elle était titulaire ; que le nouveau compte était destiné à garantir la bonne fin de toutes les opérations que ferait une société à responsabilité limitée Dragui-Manu-Soldes avec la Société marseillaise de crédit ; que le 12 novembre 1985 la SARL a été placée en règlement judiciaire ; que le 14

janvier 1986, en exécution d'un ordre de virement du 10 décembre 1985, la banque a viré la somme de 300 000 francs du compte de Mme Goujon au compte de la société Dragui-Manu-Soldes ; que Mme Goujon a d'abord contesté les ordres de virement donnés, puis a assigné la Société marseillaise de crédit en restitution de la somme de 304 244,76 francs et en paiement des intérêts au taux de 10,5 % à compter du 6 février 1985 sur la somme de 300 000 francs, en prétendant que la lettre du 30 janvier 1985 devait s'analyser comme un cautionnement et qu'à ce titre il devait être conforme aux dispositions de l'article 1326 du Code civil ; que l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 11 décembre 1991) a réténu que la convention passée entre Mme Goujon et la banque le 30 janvier 1985, renouvelée le 25 septembre 1985, constituait une convention synallagmatique indivisible et que Mme Goujon ayant bien précisé que le compte à terme était destiné à garantir le compte de la SARL Dragui-Manu-Soldes, la convention pouvait être qualifiée de convention de garantie rémunérée ;

Attendu que Mme Goujon reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen d'une part, qu'aucune des parties ne prétendait que l'acte du 30 janvier 1985 était une convention sui generis de garantie rémunérée, la banque ayant soutenu que ladite convention s'analysait en un gage avec dépossession au sens des articles 2073 et suivants du Code civil ; que, dans ces conditions, c'est au prix de la violation des droits de la défense et du principe de la contradiction édicté par l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'en violation de l'article 12 du même Code, que la cour d'appel a pu juger d'office que la convention était une convention sui generis de garantie rémunérée ; alors, d'autre part, que la cour d'appel se devait de préciser quels étaient les textes susceptibles de régir cette convention ; qu'en n'indiquant pas quelles étaient les dispositions du Code civil applicables à ce genre de convention et les formalités indispensables à sa validité, elle n'a pas donné de base légale à sa décision, violant ainsi les articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile ; alors, enfin, qu'un contrat synallagmatique est celui dans lequel les cocontractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que le compte ouvert par Mme Goujon auprès de la Société marseillaise de crédit était destiné à la garantie de bonne fin des opérations que la SARL Dragui Manu Soldes pourrait faire avec cette banque, ce qui faisait apparaître un engagement envers celle-ci de la titulaire du compte, mais aucun engagement réciproque de la banque envers elle ; qu'en analysant cette convention comme un contrat synallagmatique pour la faire échapper aux règles protectrices relatives aux engagements unilatéraux, l'arrêt a violé les articles 1102 et 1326 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a relevé que Mme Goujon faisait valoir que la lettre du 30 janvier 1985 comprenait un contrat de prêt et un engagement unilatéral, ce qui, selon elle, ne pouvait s'analyser en un dépôt de somme en garantie mais comme comportant un cautionnement, n'a fait que restituer à l'acte son exacte qualification, sans introduire dans le débat de nouveaux éléments ; qu'ayant ainsi réténu le caractère indivisible des engagements contenus dans cet acte, la cour d'appel, qui par motifs propres et adoptés s'est référée à l'article 1102 du Code civil définissant le contrat synallagmatique, a aussi relevé que cette convention, renouvelée le 25 septembre 1985, était explicite quant au contenu des obligations réciproques des parties ; qu'il s'ensuit que la décision, légalement justifiée, n'encourt aucun des trois griefs du moyen ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Contrat commutatif / aléatoire**

- **Civ. 1ère, 3 juin 2003**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu qu'après leur divorce, M. X... et Mme Y..., auparavant mariés sous le régime légal, ont procédé au partage des biens de la communauté ; qu'un premier jugement a prononcé la liquidation judiciaire de M. X... et fixé la date de cessation des paiements ; qu'un deuxième jugement a reporté cette date ; qu'un troisième jugement a annulé l'acte de partage ; qu'un quatrième jugement a déclaré irrecevable la tierce opposition formée par Mme Y... à l'encontre du deuxième jugement ; que, par deux arrêts attaqués du 30 juin 2000 (RG 1997/03691 et 1999/03779), la cour d'appel de Lyon a confirmé les troisième et quatrième jugements ;

Sur le premier moyen :
Attendu que Mme Y... demande la cassation du premier arrêt attaqué, qui a confirmé le troisième jugement, par voie de conséquence de la cassation de l'arrêt ayant confirmé le quatrième jugement et faisant l'objet du pourvoi n° F 01-17.972 ;
Mais attendu que ce pourvoi a été rejeté par arrêt de ce jour ;
Sur le second moyen, pris en ses quatre branches ;
Attendu que Mme Y... fait grief au même arrêt attaqué d'avoir annulé l'acte de partage en vertu de l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985, alors, selon le moyen :
1 / qu'en qualifiant l'acte de partage de la communauté des époux X...-Y... de contrat commutatif et créateur d'obligations à leurs charges respectives pour en prononcer la nullité, la cour d'appel a violé les articles 819, 883, 1101, 1104 et 1476 du Code civil ;
2 / qu'en se fondant d'office sur les dispositions de l'article 107, alinéa 1er, de la loi du 25 janvier 1985, sans rouvrir les débats afin de permettre aux parties de s'expliquer contradictoirement, la cour d'appel a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;
3 / qu'en affirmant, que Mme Y... ne pouvait ignorer les difficultés financières de son époux dont elle vivait séparée depuis dix ans pour en déduire qu'elle aurait eu connaissance de sa cessation des paiements, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 108 de la loi du 25 janvier 1985 ;
4 / qu'en ne décidant pas que l'acte de partage est un acte gratuit excluant l'application de l'article 108 de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel a violé les articles 1106 du Code civil et 108 précité ;
Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, qui s'est fondée à titre principal exclusivement sur les dispositions de l'article 107-2 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 621-107-2 du Code de commerce, a exactement décidé que l'acte de partage de la communauté auquel ont procédé M. X... et Mme Y... à la suite de leur divorce pour faute s'analysait en un contrat commutatif ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui s'est fondée à titre surabondant sur les dispositions de l'article 108 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 621-108 du Code de commerce, a implicitement mais nécessairement décidé, à juste titre, que l'acte de partage litigieux constituait un acte, à titre onéreux et a estimé souverainement que Mme Y... avait eu connaissance de la cessation des paiements de M. X... ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;

- **Civ. 1ère, 4 novembre 2003**

Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches :
Vu les articles 1964 du Code civil et L. 121-15 du Code des assurances, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé ;

Attendu qu'après avoir constaté que la société Provex, devenue société Elyo, était assurée auprès du groupe Mutuelles de France, aux droits duquel se trouve la société Azur assurances, depuis le 9 octobre 1987, date à laquelle elle avait déjà connaissance de l'existence du sinistre, la cour d'appel a considéré que le fait que le souscripteur ait omis d'en informer l'assureur ne permettait pas pour autant à celui-ci de dénier l'application de sa garantie, alors qu'il n'invoquait pas la nullité de la police ou la réduction proportionnelle de l'indemnité, seules sanctions prévues par le contrat conformément aux articles L. 113-8 et L. 113-9 du Code des assurances ;
Attendu qu'en réténant ainsi la garantie de l'assureur qui la déniait en invoquant l'absence d'aléa du contrat, les juges du fond, qui ont méconnu leur office en ne tirant pas les conséquences légales de leurs propres constatations, ont violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le surplus des griefs :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 octobre 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

II. – Doctrine

- **G. Loiseau, *De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale*, D. 2005 p. 1393**

1- L'engagement par volonté unilatérale peine à sortir de l'ombre des sources académiques d'obligation. Les tribulations de la jurisprudence en matière de loterie publicitaire sont topiques : furtivement évoqué (1), l'engagement unilatéral n'a pas vraiment fait carrière face au contrat et à la faute, avant que leur soit tout bonnement préféré un nouveau quasi-contrat (2). Pourtant, la force créatrice de la volonté isolée n'est pas laissée totalement inactive. Le droit du travail, en première ligne, se sert aujourd'hui volontiers de l'engagement par volonté unilatérale pour donner un caractère contraignant à l'octroi d'avantages auxquels les salariés ont pu légitimément croire parce que l'employeur a, d'une manière ou d'une autre, manifesté la volonté de les consentir (3). Et le droit civil, sporadiquement, y fait encore appel lorsqu'il s'agit de justifier la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile. L'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 4 janvier 2005 enracine d'ailleurs cette dernière utilité de l'engagement par volonté unilatérale.

2- Dans les faits, il était question du sort de biens légués par une personne à son petit-fils, le *de cujus* ayant émis le souhait qu'il les partage avec son frère, bien qu'il n'ait pas lui-même de lien de filiation avec ce dernier. Un tel legs verbal n'ayant pas de valeur juridique, il ne pouvait en sortir qu'une obligation morale de respecter la volonté du défunt, ce que le légataire fit au demeurant en s'engageant par écrit à partager les biens qui lui avaient été légués. Seulement, cet engagement étant resté sans suite, les juges ont dû en sceller l'autorité en s'appuyant à cet effet sur la considération que « *l'engagement unilatéral pris en connaissance de cause d'exécuter une obligation naturelle* » avait transformé « *celle-ci en obligation civile* ».
Ainsi conçue, la solution n'est pas nouvelle. Déjà, le 10 octobre 1995, la Cour de cassation avait

jugé que « *la transformation improprement qualifiée novation d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci* » (4). Mais le rappel est opportun car, entre-temps, une décision a pu semer le doute en se recommandant, pour justifier la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile, des dispositions de l'article 1271 du code civil qui gouvernent la novation (5). Or, s'il est exact que, longtemps, la novation a été la caution d'une semblable mutation, on convient aujourd'hui du caractère factice de l'explication : techniquement, ce mécanisme ne peut fonder la juridicité d'une obligation qui demeure par ailleurs inchangée, l'obligation devenue civile ayant les mêmes sujets, le même objet et la même cause que celle qu'elle est supposée remplacer.

3- Le recours à la théorie de l'engagement par volonté unilatérale est au contraire pleinement approprié. Soutenue par la volonté libre de donner suite à un devoir de conscience, l'obligation naturelle, jusque-là sans force propre, s'affermit en une obligation civile : l'engagement qui la porte, bien qu'unilatéralement souscrit, se doit alors d'être respecté. Sa considération satisfait du reste aux prescriptions de Gény, pour qui il y a lieu de « déclarer obligatoires, non pas toutes promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie » (6). Or, il y a certainement un intérêt social qui s'attache à reconnaître un caractère obligatoire à la déclaration de volonté d'exécuter une obligation naturelle. Si chacun reste libre de s'acquitter ou non d'un devoir de conscience, la volonté exprimée de l'assumer ne peut en effet être neutre ; et il est alors objectivement opportun que cette volonté change le sort de l'obligation naturelle, la faisant quitter le ressort de la morale pour accéder à la condition d'une dette civile. Au besoin, le contrôle opéré par le juge quant à la réalité de l'obligation naturelle en cause assure que l'efficacité de l'engagement de l'exécuter ne soit réténue que pour des devoirs de conscience caractérisés et non pour n'importe quel devoir même imprécis. Dans la présente espèce, il ne
faisait pas au demeurant de doute que l'engagement pris par le légataire de partager les biens légués par moitié avec son frère se coulait dans un devoir de conscience de respecter à ce sujet les volontés exprimées par le défunt.
Utile, la considération d'un engagement par volonté unilatérale est aussi, par ailleurs, sans véritable rival. Bien sûr, il est toujours possible de se rattacher, d'une manière ou d'une autre, à la figure du contrat pour faire produire effet à la volonté exprimée, quitte à l'envisager comme un contrat tacitement accepté par le bénéficiaire (7). Seulement, l'analyse contractuelle présente nettement l'inconvénient de subordonner l'efficacité de la promesse à une manifestation de volonté de la part du bénéficiaire qui ne sera le plus souvent que bien difficilement décelable. En outre, le contrat étant une source principale d'obligation, l'accord de volonté justifie en soi la création d'une obligation juridique sans qu'il soit besoin de se préoccuper de l'existence d'une obligation naturelle préexistante. Au contraire, la théorie de l'engagement unilatéral permet avec justesse d'expliquer que de la seule volonté exprimée par celui qui n'est assujetti qu'à un devoir de conscience s'extrait une obligation qu'il doit exécuter. La sécurité juridique n'est pas pour autant menacée car l'engagement n'oblige qu'en considération d'un devoir de conscience clairement identifié, pour peu que la personne déclare son intention de s'en acquitter.

4- Tout au plus, cette intention doit-elle alors être nettement exprimée puisque la force de l'engagement se suffit d'une volonté solitaire. Il importe donc de ne lui faire produire effet que lorsqu'elle est, d'une part, ferme et qu'elle s'exprime, d'autre part, précisément. A cet égard, la fermeté n'est pas au demeurant éliminatoire des seules manifestations équivoques de volonté ; elle impose, plus généralement, une manifestation expresse tant il paraît difficile, pour être sûr que le débiteur a eu la volonté certaine de s'obliger unilatéralement, de reconnaître la même autorité à une manifestation simplement tacite. La Cour de cassation, dans le présent arrêt, prend d'ailleurs soin de relever que l'engagement avait été pris par écrit et qu'il était expressément indiqué dans l'acte qu'il avait pour cause l'obligation morale de respecter les volontés exprimées par le défunt :

le doute n'était donc pas permis. Quant à la précision de l'engagement, elle est tout aussi nécessaire afin que la déclaration de volonté puisse se suffire à elle-même pour faire naître une dette à la charge de celui qui s'oblige et donner corps, corrélativement, à une créance susceptible de profiter à son destinataire : elle doit donc, pour cela, décrire explicitement les éléments qui forment la matière de l'engagement. Du reste, ce n'est que lorsque l'objet de l'engagement est ainsi nettement déterminé que, son bénéficiaire ayant pu légitimêment croire à l'efficacité de la déclaration de volonté, il est justifié de lui reconnaître un caractère contraignant. De surcroît, l'exigence de précision permet de s'assurer, ce qui n'est pas indifférent, que le débiteur qui s'oblige seul a bien pu prendre la mesure de son engagement.
Cela étant, il reste encore une dernière attention à porter à la volonté exprimée pour s'assurer de son intégrité. L'exigence, sur le principe, est sans réténue car, empruntée à la casuistique contractuelle, la protection de la volonté est une préoccupation commune à tous les actes juridiques. Seulement, concentrée sur la volonté d'un seul, elle doit sans doute être plus intense puisqu'elle n'a pas alors à composer, comme c'est le cas en matière contractuelle, avec la considération des intérêts de l'autre partie qui a pu donner, de son côté, un consentement valable à l'acte. Et c'est pourquoi, il paraît raisonnable d'admettre que l'erreur puisse porter sur un simple motif à condition que celui-ci ait été déterminant et ait joué un rôle causal dans la souscription de l'engagement. C'est d'ailleurs ce que laisse entendre la présente décision lorsqu'elle fait au passage remarquer que le légataire n'avait pas en l'espèce soutenu s'être engagé par erreur.

5- Tout compte fait, l'engagement par volonté unilatérale témoigne donc bien de son utilité. Il constitue une alternative pertinente aux autres sources d'obligation pour faire face à une situation qui implique, comme en l'espèce, la considération d'une volonté qui oblige indépendamment d'un rapport contractuel et qui ne peut trouver d'explication plus rigoureuse dans la matière du droit des obligations. Source auxiliaire certes, qui n'intervient que par défaut, l'engagement par volonté unilatérale a tout de même ainsi le mérite de ces mécanismes de secours qui donnent crédit à une solution lorsque l'ordinaire du droit est défaillant. Malgré la pauvreté de ses applications en droit civil, l'arrêt du 4 janvier 2005 oblige à tout le moins à s'en souvenir.

Notes de bas de page: (1) Cass. 1re civ., 28 mars 1995, Bull. civ., I, n° 149 ; D. 1995, Somm., p. 227, obs. Ph. Delebecque ; D. 1996, Jur. p. 180, note J.-L. Mouralis_ ; RTD civ. 1995, p. 886, obs. J. Mestre_ ; RTD com. 1995, p. 829, obs. B. Bouloc_. - V. aussi CA Toulouse, 14 févr. 1996, D. 1997, Somm., p. 168, obs. D. Mazeaud_ ; RTD civ. 1996, p. 397, obs. J. Mestre_. - T. com. Nanterre, 4 juin 1999, D. 1999, AJ p. 4, obs. C. R_.
(2) Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, Bull. civ., n° 4 ; D. 2002, Jur. p. 2963, note D. Mazeaud et AJ p. 2531, obs. A. Lienhard_ ; RTD civ. 2003, p. 94, obs. J. Mestre et B. Fages_ ; RTD com. 2003, p. 355, obs. B. Bouloc_ ; JCP 2002, II, 10173, note S. Reifegerste ; JCP E 2002, p. 1687, note G. Viney ; Defrénois 2002, p. 1608, obs. E. Savaux ; Comm. com. élec. 2002, comm. n° 156, obs. Ph. Stoffel-Munck.
(3) V. J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, Traité de droit civil ; Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, n° 117, p. 137 et s.
(4) Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, Bull. civ., I, n° 352 ; D. 1996, Somm. p. 120, obs. R. Libchaber ; D. 1997, Jur. p. 155, note G. Pignarre_ ; LPA, 28 août 1996, p. 9, note S. Hocquet-Berg ; N. Molfessis, L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995, D. 1997, Chron., p. 85 . - V. aussi Cass. 1re civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 99-19.472, Légifrance.
(5) Cass. 1re civ., 22 juin 2004, D. 2004, Jur. p. 2953, note M. Nicod_.
(6) Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, tome 2, LGDJ, 1954, n° 172 bis, p. 164.
(7) V. J.-J. Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, thèse Toulouse, LGDJ, 1955, préface Maury, n° 374.

- **D. Grillet-Ponton, *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, p. 331.**

« L'imagination se lassera plutôt de concevoir que la réalité de fournir » B. Pascal

1 - Dans tous les domaines où la classification est de règle, le nom est utilisé comme instrument de mesure et de structuration des données de la réalité. Bien que cette approche dite « nominaliste » paraisse correspondre à une inclinaison naturelle de l'esprit, elle soulève des interrogations philosophiques quant aux relations existant entre « l'essence des choses » et leur représentation formelle. En effet, le classement par la nomenclature tend à conférer un certain universalisme aux concepts nommés, au détriment de toute autre réalité. Aussi est-ce avec un premier mouvement de rejet que les juristes ont appréhendé le domaine de l'innommé, parallèlement aux techniques conventionnelles de classement. Cette théorie a notamment été introduite en matière contractuelle afin de remédier à l'embarras de qualification qu'entraîne le débordement des types nommés par de nouvelles techniques. Or, cette problématique constitue une donnée constante dans le temps, ainsi qu'en témoigne l'origine historique du phénomène étudié.
La théorie du contrat innommé plonge ses racines dans le droit romain où elle est apparue, en réaction à l'étouffant formalisme qui entourait les contrats nommés durant la période classique. Elle a marqué l'éveil du système juridique romain à de nouvelles conceptions de l'efficacité contractuelle et a préfiguré l'évolution moderne vers la technique du consensualisme. Aussi, la consécration de ce dernier mode d'engagement dans le code civil a-t-elle renouvelé les données du problème en droit moderne. En recueillant la division des contrats nommés et des contrats innommés dans la formule de l'art. 1107 c. civ., les rédacteurs du code civil n'ont de toute évidence pas renoué avec la conception processualiste romaine. Ils ont eu en vue une diversification des types contractuels eux-mêmes, non des mécanismes juridiques permettant de les sanctionner. Cette évolution pouvait alors porter à conclure à un effacement de la distinction des contrats nommés et des contrats innommés sous le régime du code civil. De fait, une fraction de la doctrine a longtemps dénoncé cette typologie comme scolastique et considéré l'inventaire des contrats innommés comme un « vain commerce de nouveautés » (R. de Lacharrière, La divagation de la pensée politique, PUF, 1972, p. 70), voire comme une « paresse flatteuse » (G. Cornu, préface à l'ouvrage collectif, Le droit contemporain des contrats, Travaux de Rennes, Economica, 1986, p. 2).

2 - Dans ce contexte d'hostilité, entreprendre l'étude d'une théorie générale du contrat innommé paraissait une gageure. Nous avons cependant tenté de convaincre de cet enjeu dans une thèse soutenue en 1982 (D. Grillet-Ponton, Essai sur le contrat innommé, thèse ronéo Lyon, sous la dir. de F. Terré). Près de dix-sept ans plus tard, la curiosité incline l'ancien doctorant à porter un nouveau regard et dresser un bilan.
A la date d'aujourd'hui, l'interrogation des bases de données informatiques ne livre cependant qu'une mince moisson. De 1982 à nos jours, on ne recense approximativement qu'une vingtaine de décisions souvent restées inédites. Se pourrait-il que la liberté s'épuise par son exercice et que le concept de l'innommé ne fasse plus florès en matière contractuelle ? En cette fin de millénaire, l'évolution technologique dicte une loi de spécialisation et de sophistication à laquelle n'échappe pas la sphère contractuelle. Sous la poussée de ce phénomène, « les contrats très spéciaux chassent les contrats spéciaux » (P. Rémy, Journées Savatier préc., La jurisprudence des contrats spéciaux, p. 110).
A ces données s'ajoute une loi de croissance et de complexification des genres. Selon le mot de MM. P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, « l'arbre a poussé et s'est enrichi de branches nouvelles » (Contrats spéciaux, Litec, 1998, p. 7, n° 7). Cependant, plus que jamais dans cette période troublée, l'univers

juridique aspire à la permanence et à la stabilité. Un réflexe protectionniste porte encore à se défier des modes contractuelles éphémères. « Les contrats *sui generis* ne sont-ils, sous des baptêmes de publicité, que le produit de déménagements terminologiques... ? » (G. Cornu, préface aux Journées Savatier préc., p. 100).

Au temps de notre « Essai sur le contrat innommé », nous avions déjà relativisé cette objection en établissant une classification hiérarchique et dualiste des contrats innommés selon leur typicité. Dans le sillage des contrats nommés les plus « prégnants » se développe, par un phénomène d'évolutionnisme, des sous-produits dépourvus d'autonomie conceptuelle. Il s'agit de contrats « atypiques » qui se nourrissent d'un contrat-matrice et obéissent à une loi de tropisme juridique. Mais parallèlement, la nomenclature des contrats nommés s'enrichit de concepts inédits qui ont vocation à prendre place au rang de nouveaux contrats nommés « typiques ». Loin des modes éphémères, l'innommé traduit alors un réel progrès dans la processus de catégorisation. Si l'on situe à présent l'observation dans le paysage contemporain des contrats, on vérifie la permanence de ces propos au travers d'une approche analytique (I) puis synthétique (II).

I - L'approche analytique

Dans tout système juridique ouvert, le développement de l'innommé constitue une donnée constante car il traduit une aspiration à la liberté et la spontanéité. Au sein de la nomenclature contractuelle existante apparaissent toujours des espaces libres qui favorisent le renouveau des contrats classiques (A). Parallèlement, l'acclimatation en France de techniques d'origine étrangère ou d'anciens contrats tombés en désuétude manifeste le renouveau de l'innommé aussi bien dans le temps que dans l'espace (B).

A - Le renouveau des contrats classiques

3 - On doit au Doyen Carbonnier d'avoir mis en lumière la hiérarchie autrefois établie entre les « grands » et les « petits contrats » du code civil (Flexible droit, LGDJ, 8e éd., 1996, p. 331). Dès l'abord, les progrès du dirigisme économique dans le secteur des « géants contractuels » (contrat de travail, de transport, de vente et de bail...) paraissent incliner vers une approche restrictive. A l'ombre de ces contrats « pleins » à forte pérennité systémique et dans un environnement statutaire très dense, il ne semble plus y avoir de place pour l'innommé. Ce serait oublier cette loi sociologique selon laquelle l'interdit est un puissant moteur d'innovation. De même que, autrefois, l'étouffant statut d'ordre public des baux commerciaux a sécrété le développement de conventions d'occupation précaire, de même aujourd'hui - en matière rurale - apparaissent des formes détournées de bail en réaction à l'immobilisme de l'ordonnance de 1945 qui perpétue un carcan de règles inadaptées à l'agriculture moderne (V. L. Lorvellec, Y a-t-il spécificité des contrats ruraux ?, Le droit contemporain des contrats, préc., p. 207 ; V. par ex. Cass. 3e civ., 28 janv. 1987, Lexilaser, pourvoi n° 85-13.782). On observe également, au voisinage du contrat de vente, le développement de pratiques mercantiles qui - pour être attractives - n'en sont pas moins très atypiques. Sous le néologisme de *buy-back*, on désigne une vente par laquelle l'achéteur d'un bien de consommation peut solliciter le remboursement du prix plusieurs années plus tard, ce qui n'est pas sans évoquer une vente traditionnelle avec faculté de reméré au profit de l'achéteur. Cette sorte d'achat gratuit, construite sur un calcul de probabilités, n'est rien moins qu'un gadget promotionnel (G. Raymond, le *buy-back*, Contrats, conc., consomm., sept. 1991, p. 3). *Mutatis mutandis*, semblable processus de résistance au droit impératif est observé en droit des affaires, véritable

vivier de nouveautés (J. Paillusseau, Les contrats d'affaires, JCP 1987, I, n° 3275). Les « petits contrats » du code civil, autrefois cantonnés à la sphère de l'amitié prennent ici leur revanche et deviennent l'instrument d'opérations de masse organisées dans une perspective professionnelle. La catégorie générique des contrats dits « de garde » accueille de nombreuses figures, dont l'instrument matériel est un contrat de location, mais dont la finalité réside dans un dépôt générateur d'une obligation de garde (mise à disposition d'un coffre-fort bancaire, d'un garage, d'un emplacement portuaire...). Les contraintes inhérentes à l'organisation « technicienne » du dépôt professionnel impriment à celui-ci une physionomie particulière car, dans l'une de ses modalités - la surveillance de l'objet déposé - l'obligation de garde du débiteur professionnel s'alourdit, tandis que sous sa deuxième forme - l'obligation de conservation - elle s'allège au point de disparaître (F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 1998, n° 801, p. 566). Nouvelle carrière aussi, dans le secteur professionnel, pour le commodat, prêt éminemment gratuit exclusif de toute contrepartie financière. Comment qualifier les nombreuses applications du prêt, en droit des affaires, quand le prêteur est animé d'un esprit de retour diffus ou direct, telle la perspective d'un profit commercial ou publicitaire à venir : mise à disposition de matériels par une compagnie pétrolière, de supports publicitaires dans le secteur du mécénat, de locaux de stockage par un hôtelier... Attachée à une conception morale élevée du prêt gratuit, la jurisprudence rejette dans la sphère de l'innommé ces « faux commodats conclus sans prétention de sainteté » (I. Najjar, note sous Cass. 1re civ., 29 mai 1980, D. 1981, Jur. p. 273). Pareillement, dans le montage sophistiqué du contrat de précaire, en usage dans la diffusion cinématographique, un commodat « dénaturé » se greffe sur l'usufruit des droits voisins du droit d'auteur. Résurgence de l'antique *precarium* romain, le précaire sur les images du cinéma est traité comme un contrat *sui generis* régi par analogie à une location mobilière (P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989, Chron. p. 113).

4 - Le droit des affaires reflète surtout la complexification croissante des objets du contrat : transmission de savoir-faire (contrats d'ingénierie), promotion de nouveaux matériels hautement technologiques (contrats d'informatique), délivrance de nouveaux services (tourisme, agence de voyage...). En toute hypothèse, la qualification de vente de services procède d'une totale impropriété de langage s'agissant de prestations immatérielles insusceptibles d'appropriation privative. La problématique commune à ces différentes figures réside dans la spécificité de ces ensembles complexes, formés d'emprunts disparates à des contrats classiques. Selon une démarche empirique, le juge règle le conflit de qualification en soumettant le contrat à une application distributive des règles issues de ses composantes. En vertu d'une approche désormais usuelle, c'est en contemplation de l'obligation fondamentale, noyau dur du contrat, qu'il faut catégoriser l'ensemble (C. Lavabre, Eléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, RJDA 1997, p. 291). Selon une idée empruntée à l'école économique des marginalistes, le contrat n'atteint à l'innommé que si l'addition des services offerts procure à l'utilisateur une « utilité marginale résiduelle ». (V. notre thèse, p. 104-119). L'attrait d'une qualification unitaire, tentante par sa commodité, l'est également par le concept progressiste de « groupe de contrat ». Mais, sur cette pente, il faut se garder de toute confusion des genres avec la notion de « chaîne de contrat », laquelle intègre dans un même circuit économique plusieurs partenaires liés par des contrats de nature distincte. Là où le groupe de contrats suscite un processus de qualification par référence au standard du nommé, la chaîne de contrats commande la mise en oeuvre entre les parties d'une responsabilité uniforme, de nature contractuelle, délictuelle, voire supracontractuelle. Enfin, l'innommé regagne du terrain à la faveur d'un infléchissement de l'ordre public impératif traditionnel vers un ordre public dispositif formé d'un plancher de protection minimale. Ainsi la percée d'un certain volontarisme en droit de la famille, dans un domaine autrefois marbré de la prohibition des pactes amiables et contrats entre époux, ouvre la voie à de nouvelles créations. Les vicissitudes des contrats de

mère porteuse, accords de procréation médicalement assistée et autres projets de partenariat civil illustrent un réel affaiblissement du soubassement institutionnel du droit de la famille, sans qu'on puisse observer avec certitude si les nouveaux espaces de liberté sont la cause ou l'effet du phénomène observé (G. Greff, Les contrats de la famille, Droit contemporain des contrats, préc., p. 244). Par un même mouvement, la relative contractualisation du droit successoral - longtemps soustrait à toute influence de la volonté - facilite la percée en droit français du trust anglo-saxon et de sa version française, la fiducie, qui offrent tous deux de formidables instruments de liberté testamentaire. C'est évoquer ici la lente acclimatation du droit français à des techniques d'origine étrangère.

B - Le renouveau dans le temps et l'espace

Le cosmopolitisme contractuel n'est pas toujours la manifestation de modes étrangères mais l'expression de nouveaux courants de pensée porteurs d'un phénomène de réception interne par acculturation. A la source de celui-ci, on observe la force récurrente de la notion de besoin créateur de droit. Toutes les sociétés d'économie de marché sont, dans un environnement économique identique, soumises aux mêmes aspirations : recherche de l'optimisation des biens, de la meilleure performance contractuelle, volonté d'éradication par le contrat de toute insécurité dans le paiement. *Utilitatis causa*, apparaissent ainsi des figures inédites qui ont pour dénominateur commun de porter l'éclairage sur une nouvelle thématique de la propriété dans le secteur contractuel.

5 - D'un impératif de rationalisation du droit réel procède - depuis plus d'une décennie - le contrat de *time share*, articulé autour d'une superposition de droits de propriété successifs sur un même lot immobilier. Le rayonnement de cette formule de vacances dans un cadre européen a contraint la France à mettre le droit interne en conformité avec la directive communautaire du 26 oct. 1994relative à « l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier ». Bien que la récente francisation du concept, devenu contrat de « jouissance à temps partagé » (L. n° 98-566 du 8 juill. 1998, D. 1998, Lég. p. 289) ne reflète qu'un impératif consumériste, l'assimilation du propriétaire à un consommateur incite à une réflexion sur le fond. Quoi que soient réunis les trois attributs visés à l'art. 544 c. civ., l'idée d'une propriété collective heurte l'orthodoxie juridique. A l'éclatement de la propriété dans l'espace et dans le temps, s'ajoute une dilution de l'essence du droit réel qui semble désormais confiné à un simple droit de jouissance. Utilisateur plus que propriétaire, l'acquéreur des parts de la société immobilière promoteur utilise le bien dans des conditions qui portent l'éclairage sur la dérive utilitaire de la propriété au service d'un contrat de loisirs original.

6 - De cette fragmentation du droit réel dans le temps à la succession chronologique de transferts de propriété sur un même bien, la transition est aisée et oriente naturellement le regard vers la lente acclimatation en France du trust anglo-saxon et de son avatar français, la fiducie. Ce contrat, qui semble exhumé du droit romain, ne renoue que par la référence à la bonne foi contractuelle (fides) avec son antique devancier (J.-L. Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations, PUF, 1992, p. 81). Dans le domaine des sûretés, la pratique tente en effet de restaurer par le canal de la liberté contractuelle la sécurité de paiement du créancier. A l'heure où la prolifération de textes votés dans un contexte de précarité économique et sociale ranime l'ancienne crainte d'un « droit légal de ne pas payer ses dettes », selon la fameuse formule du Doyen Ripert, la technique du transfert fiduciaire de la propriété devrait offrir une intéressante parade en droit du crédit. Ce contrat représente un montage par lequel le propriétaire d'un bien en transfère la propriété à titre de garantie d'une dette au créancier - simple interface fiduciaire - à charge de restitution par ce dernier en cas de dénouement heureux de l'opération de crédit. Cette application instrumentale du transfert de la propriété donne la mesure de l'originalité du contrat. Alors que, dans le schéma de la vente, le transfert d'un droit réel constitue une

finalité en soi, l'aliénation fiduciaire est ici érigée en un instrument de garantie (C. Witz, La fiducie en droit privé français, Economica, 1981). Considérée par les opérateurs professionnels comme un excellent outil d'ingénierie financière, la fiducie reçoit pour l'heure diverses applications dans le secteur du crédit mobilier (A. Gobin, Fiducies sans la fiducie, JCP éd. N 1994, p. 314 ; P. Decheix, La fiducie ou du sens des mots, D. 1997, Chron. p. 35), voire au service d'opérations comptables complexes. La pratique de la « défaisance économique » issue de la *defeasance trustale* d'origine américaine, permet à une entreprise de transférer une dette à titre fiduciaire moyennant le service de liquidités (C. Ferry, Défaisance économique et fiducie, JCP éd. E 1991, I, p. 23). Si la réalité de l'innommé ne fait nul doute, en matière civile, la jurisprudence répressive veille à ce que les justiciables ne tentent d'éluder les sanctions de l'abus de confiance à la faveur de prétendus contrats innommés revêtus d'une simple apparence « trustale ». Bien qu'une remise à titre fiduciaire constitue le dénominateur commun aux différents contrats nommés visés par l'art. 314-1 c. pén., le principe d'interprétation étroite des textes de droit pénal commande une stricte catégorisation de l'opération délictueuse (Cf. Cass. crim., 27 janv. 1992, Lexilaser, pourvoi n° 90-87.802. Dans cette affaire, la qualification de trust travestissait en réalité un dépôt fiduciaire de sommes d'argent). L'observation du Doyen Carbonnier, suivant laquelle les « petits contrats » n'ont souvent accès à la juridicité que par le vecteur du droit pénal, conserve toute sa pertinence en droit positif (Flexible droit, préc., Variations sur les petits contrats, p. 308). Si la fiducie-sûreté semble promise à un avenir prometteur, la fiducie-libéralité, par laquelle le fiduciaire retransmet à son tour un bien reçu à titre gratuit à un tiers gratifié, rencontre au contraire bien des résistances. Bien que cette dernière formule serve des desseins familiaux respectables (prévoyance successorale au profit du conjoint survivant ou d'enfants handicapés ; dévolution graduelle du patrimoine sur plusieurs générations...), sa réception en droit interne se heurte à la forte pesanteur d'une réserve successorale impérative. En outre, la scolastique juridique de l'interdiction des patrimoines d'affectation dissimule en réalité l'enracinement psychologique de l'idée d'absolutisme du droit de propriété. Comment cette prérogative, la plus exclusive d'entre toutes, pourrait-elle être partagée dans son essence entre l'intermédiaire fiduciaire (propriétaire légal à durée déterminée) et le tiers bénéficiaire (titulaire virtuel d'un droit de propriété différé). Le projet de loi du 2 févr. 1992, introduisant la fiducie dans le secteur des libéralités avec le séduisant bénéfice fiscal de neutralité de la mutation intercalaire, a été rapidement mis sous le boisseau par les services des impôts inquiets des risques d'évasion fiscale (J.-P. Le Gall, La « butte témoin » de la fiducie : l'article 55 de la loi de finances rectificative pour 1992, une réglementation ou une prohibition ?, Dr. fisc. 1993, p. 225 ; C. Coustet, Le trust ou la boîte de Pandore, Dr. et patrimoine 1997, p. 26).

7 - Glissant du domaine des garanties réelles à celui des garanties personnelles, on observe le même potentiel innovant du besoin créateur du droit. Dans la frange de liberté qui environne le contrat de cautionnement, prototype idéal de la sûreté personnelle, sont apparues de nombres variantes placées sous le signe de l'innommé. Depuis plus d'une décennie, les utilisateurs recherchent les moyens de s'affranchir des contraintes issues des art. 2011 s. c. civ., exigences constamment alourdies par un protectionnisme prétorien. En réaction au texte de l'art. 2015 c. civ., se sont développées des garanties dites à première demande, sous formes de « déclarations d'intention » et de « lettres de confort », ainsi soustraites à l'insécurité inhérente au caractère accessoire du cautionnement. Selon une casuistique nuancée, la jurisprudence réserve la qualification de contrat *sui generis* aux seules garanties autonomes génératrices d'une simple obligation de faire (Cass. com., 25 oct. 1995, Lexilaser, pourvoi n° 92-14.300). Mais si le souscripteur donne l'assurance de payer à la place du débiteur, en vertu d'une obligation de résultat, le contrat perd toute spécificité et rentre dans l'orbite du cautionnement (V. sur l'ensemble de la question X. Barré, La lettre d'intention, technique contractuelle et pratique bancaire, Economica, 1995). Le mouvement de fuite ainsi amorcé se déplace de la garantie autonome vers la récente formule

du contrat de constitut (F. Jacob, Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, thèse, LGDJ, 1998), qui illustre une résurgence du contrat spécial de droit romain (A. Laingui, Les contrats spéciaux dans l'histoire des obligations, *in* Le droit contemporain des contrats, préc., p. 41). Cette formule se situe dans une zone de demi-teinte entre le cautionnement et la garantie autonome, par l'élaboration d'une couverture forfaitaire mise en oeuvre *a posteriori* et de façon indemnitaire. Ce gauchissement du contrat de cautionnement classique, par l'appel à l'innommé, manifeste tout à la fois un symptôme d'autorégulation et un besoin de libéralisation contractuel. Véritable « balkanisation » d'un contrat nommé ancestral ou simple opportunisme normatif ? Tel est, en réalité, l'enjeu du débat qu'ouvre la qualification innommée.

II - L'approche synthétique

A - Un contrat hétéronome ?

8 - Rechercher si les contrats innommés sont générateurs d'une autonomie normative, c'est déterminer leur traitement par l'ordre juridique. A cet égard, l'observation suivant laquelle la volonté des parties est la première loi du contrat innommé relève d'une pétition de principe, à une époque où la doctrine spiritualiste exaltant le pouvoir de la volonté contractuelle tend à s'affaiblir. Il faut aller plus avant et démontrer l'hétéronomie par l'hétérodoxie du contrat. Si le contrat nommé voisin vaut comme *abstract* normatif, il y a lieu d'en étendre certaines règles selon une casuistique inspirée de la *ratio legis* du texte. L'extension analogique, véritable « jeu des familles juridiques », tend à gagner progressivement ses lettres de noblesse dans d'autres secteurs du droit (A. Terrasson de Fougères, Le modèle dans le droit de la famille : notions et fonctions, thèse, Paris II, 1994). La dynamique de l'*abstract* n'est pas seulement celle de l'attraction ; elle est aussi - négativement - celle du retranchement par dérogation à la matrice contractuelle. Dans la plupart des décisions où ils reconnaissent l'innommé, les juges se contentent en effet d'évincer les règles du contrat nommé voisin. Selon le cas, « les lois du genre s'appliquent à l'espèce, sauf dérogation et les lois de l'espèce à la variété sauf dérogations » (P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, *op. cit.*, p. 17, n° 7, note 44). « Descendante » dans le premier cas, l'autonomie du contrat est « remontante » dans le second (E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, LGDJ, 1997, p. 61). Mais, en toute hypothèse, on ne peut manquer de s'interroger sur la spécificité d'un statut qui n'est formé que par l'addition de dérogations aux contrats nommés voisins. Il est certains contrats innommés qui, à l'exemple de la chauve-souris de la fable de La Fontaine, vivent de l'opportunisme de leur dualité. Que l'on songe au contrat de cession d'un terrain à bâtir contre remise d'un lot futur, dans lequel le cédant se réserve des millièmes correspondant à sa quote-part dans la future construction. Directement investi d'un droit de propriété sur le local, le vendeur se réclame d'un contrat innommé de type *do ut facias* impliquant une obligation de faire non de donner et, à ce titre, dérogatoire aux règles de la vente (Cass. 3e civ., 9 déc. 1986, JCP 1987, IV, n° 63 ; P. Malinvaud et P. Jestaz, Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 5e éd., p. 542, n° 669). Cet artifice de qualification est porté à son comble lorsqu'en vue de bénéficier du privilège du vendeur le cédant stipule un prix en argent, éventuellement convertible en obligation de faire, en l'absence d'incident dans la construction. Il y a là un travestissement du contrat de vente révélant la fragilité de l'innommé utilisé parfois comme « catégorie mensongère » (P. Malaurie et L. Aynès, Obligations, Cujas, 9e éd., 1999, p. 185, n° 311). Très forte également est l'attraction de ce que l'on pourrait désigner « le régime primaire contractuel ». A l'abri de réglementations nommées parfois sclérosantes, le contrat innommé se nourrit essentiellement de la théorie générale du contrat. Mais l'universalisme de cette dernière entraîne un processus de dissociation entre l'opération de qualification et le régime juridique applicable. La loi générale embrasse,

avec plus ou moins de plénitude, des familles de contrats, sinon l'ensemble d'entre elles, sous forme d'un *corpus generalis*. Par un curieux paradoxe, l'innommé - qui s'alimente de la théorie générale - semble également s'y dissoudre. Ce constat est au coeur du débat actuel relatif à l'articulation de la théorie générale des obligations avec les multiples réglementations parcellaires, dont la moindre n'est pas celle du droit de la consommation. Selon une opinion progressiste, le « destin d'un droit général abstrait est d'éclater » sous la pression de besoins catégoriels (F. Grua, Les divisons du droit, RTD civ. 1993, p. 59). Cette dynamique obéit à un double mouvement. A la spécialisation du droit commun correspond, par ailleurs, une généralisation du droit spécial. Néanmoins, les rapports dialectiques entre le droit spécial et le droit général semblent évoluer à nouveau vers une réactivation de ce dernier (B. Oppetit, Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, Mélanges Holleaux, 1990, p. 318 ; J. Hauser, L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique, Mélanges Derruppé, 1991, p. 1). Les orientations jurisprudentielles récentes amorcent un retour vers l'historicité de la théorie générale envisagée comme sanctuaire du droit (94e Congrès des notaires, 1998, Le contrat, Rapport de synthèse, par D. Mazeaud, JCP éd. N 1998, p. 1193). La même menace pour l'innommé semble résulter de l'émergence de nouveaux *summa genera*, intermédiaires entre les contrats spéciaux et la théorie générale. A cet égard, dans le domaine des avant-contrats et des contrats préparatoires, l'historique du contrat-cadre est très instructive. L'autonomie de ce contrat *sui generis*, ayant pour vocation d'encadrer dans une charte unique les modalités d'application de contrats futurs, a été chronologiquement affirmée sous l'angle de l'art. 1591 c. civ., relatif à l'exigence de la détermination du prix dans le contrat de vente (Cass. com., 27 janv. 1971, D. 1972, Jur. p. 536, note J. Ghestin). Mais, à mesure que la jurisprudence a systématisé l'exigence de détermination du prix par le truchement du texte général de l'art. 1129 c. civ. (Cass. com., 11 oct. 1978, D. 1979, Jur. p. 135, note R. Houin), on a assisté à un effacement de la qualification innommée. L'observation est plus que jamais pertinente à la suite de la décision d'assemblée plénière, déplaçant la sanction d'un prix abusif du terrain de la qualification du contrat à celui de son exécution de bonne foi (Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, Jur. p. 13, note L. Aynès ; JCP 1996, II, n° 22565, concl. M. Jeol, note J. Ghestin). La constante aspiration à plus de loyauté contractuelle, à un *affectio contractus* inspiré de l'art. 1134 c. civ., transcende la typologie entre le nommé et l'innommé (C. Thibierge-Guelfucci, Libre propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p. 371). Dans le même esprit, le concept de contrat d'intérêt commun - cristallisé autour du contrat de mandat - aurait dû connaître une belle carrière. Dégagé de façon prétorienne à propos du contrat d'agent commercial, le mandat d'intérêt commun a semblé recevoir une consécration législative prometteuse dans la loi du 31 déc. 1989 relative à certains contrats de distribution. Mais, contre toute attente, la jurisprudence en refuse toujours l'extension aux contrats de franchise et de concession commerciale (Cass. com., 7 oct. 1997, D. 1998, Jur. p. 413, note C. Jamin).
Pas plus de bonheur pour la catégorie générique du « contrat de consommation » qu'a paru promouvoir le code de la consommation à propos de la garantie des vices cachés (art. L. 211-1 c. consomm.). Une lecture plus attentive du texte révèle que loin d'étendre la garantie hors du cadre de la vente, le législateur a seulement conféré à cette obligation un plus grand rayonnement quant aux biens visés (G. Raymond, Bienvenue au code de la consommation, Contrats, conc., consomm., n° d'août-sept. 1993, Chron. p. 8). Sous cet éclairage, la catégorisation du nommé et de l'innommé ouvre toujours des perspectives. Sous-jacent au contrat de consommation, se profile enfin le concept générique de contrat de service, expressément visé par l'art. L. 121-21 c. consomm. relatif au démarchage à domicile. Cette catégorie accueillante embrasse non seulement le contrat d'entreprise mais aussi tous les contrats générateurs d'une prestation de service quelconque. Or, la massification de ces derniers emporte, cette fois, un sérieux risque de disparition de l'innommé par absorption, comme en témoigne la récente décision de la Chambre criminelle en date du 30 oct. 1996relative au contrat de généalogiste. Opérant un revirement, la Cour de cassation abandonne l'idée d'un contrat *sui generis* afin de moraliser cette

pratique par son assujettissement au droit de la consommation (D. Lochouarn, L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents, JCP éd. N 1999, p. 20). L'impropriété sémantique du terme de « vente » de services fournit cependant l'occasion d'une réflexion sur les rapports entre le fond et la forme, c'est-à-dire entre le nom et sa représentation nommée.

B - Un contrat sans nom ?

9 - Dans un système linguistique évolué, le choix du nom des objets de connaissance ne procède pas seulement de conventions de langage mais d'une politique législative ouvertement déterministe dans la relation du signifiant sur l'objet signifié. Dans le vaste fonds terminologique, cette observation marque un relatif abandon du fétichisme de l'étiquette à propos du standard du nommé. Le temps n'est plus où l'on tenait pour établi qu'« à la chose, il faut le nom... pour entrer en circulation » (R. Von Ihéring, L'esprit du droit romain, éd. Maresq, 3e éd., t. 3, p. 23). L'investiture législative formelle était alors saluée comme un acte de promotion dans la catégorie noble du nommé et son abstention considérée comme un déni d'existence du contrat. Cette opinion simplificatrice réduisait la dialectique du nommé et de l'innommé à celle du droit et du non-droit, contrairement aux orientations récentes dans l'art législatif de nommer (Les mots de la loi, Economica, 1999, coll. Etudes juridiques, sous la dir. de N. Molfessis). Sans doute cette conception était-elle teintée d'un anthropomorphisme inspiré d'épisodes de l'histoire de l'humanité au cours desquels la privation de cet attribut essentiel qu'est le nom a voué la personne qui en était dépourvue au néant juridique (A. Lefebvre-Teillard, Le nom, droit et histoire, PUF, 1990). Tout au contraire, aujourd'hui, la politique moderne instrumentale du *nomen* peut elle parfois inspirer au législateur l'habileté de ne pas nommer ! Le procédé grammatical de la prétérition offre un artifice permettant de conférer une réalité à l'objet signifié sans l'identifier par un signifiant formel. Dans le domaine des contrats de trust et de fiducie (*supra*, n° 6), une abstention législative délibérée a récemment permis la subreptice introduction en droit des affaires de montages aussi attendus par les usagers que redoutés par le fisc (P. Decheix, chron. *op. cit.*) La lecture de l'art. 49, issu de la loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 (D. 1996, Lég. p. 301) relative à la modernisation des activités financières, révèle l'acclimatation - aussi feutrée qu'innommée - du concept de propriété fiduciaire dans le secteur de la banque.

10 - Sous le bénéfice de ces nuances, la puissance mobilisatrice du nom demeure incontestable dans le processus identitaire. Historiquement, les noms des principaux contrats nommés hérités du droit romain sont le fruit d'une cristallisation des formules romaines sanctionnant ces contrats dans l'ancienne procédure formulaire. Le code civil a consacré la vente et non plus le « transfert de propriété contre argent », le dépôt et non plus « la remise à fin de garde... ». Par une ellipse de la pensée, cette simplification a marqué l'identification du contrat à sa finalité. Dès lors que les obligations contractuelles ne sont plus substantivées dans une locution, le *nomen* ne suggère plus le concret mais l'abstrait, c'est-à-dire la représentation conceptuelle du signifié. Le temps a vulgarisé la dénomination des principaux contrats nommés en sorte que prononcer ces noms, c'est subsumer toute la complexité de la chose. Plus qu'un simple procédé de classement dans la nomenclature, la dénomination implique une véritable « appropriation » normative du concept appréhendé. « La forme induit le fond... Une domination linguistique porte en elle, Cheval de Troie, une hégémonie juridique » (G. Cornu, Rapport de synthèse, *in* Les mots de la loi, préc., p. 103).

11 - La promotion de l'innommé par le nom n'obéit pas toujours, loin s'en faut, à un processus linéaire. Considéré sous un éclairage dynamique, cette typologie ne traduit pas une opposition de nature ou de qualification mais une succession d'états dans la vie d'un même contrat. Dès lors, on explique mieux les

vicissitudes qui affectent le choix du nom qui donnera au nouveau contrat son brevet d'existence. L'observation peut être vérifiée dans le temps, comme dans l'espace. Le contrat de précaire, exhumé du droit romain (*supra*, n° 3), offre un exemple sémantique assez rare d'une correspondance signalétique ancienne entre le signifiant et le signifié. Réminiscence d'une pratique rituelle, la prière autorisant la révocation de l'accord (du latin *preco*), le contrat de précaire puise son origine dans le fonds des termes sémiologiques associés à un gestuel (G. Cornu, Linguistique juridique, Montchrestien, 1990, p. 81). Le procédé de la métonymie consistant, en l'occurrence, à référencer l'abstrait par le concret, constitue sans nul doute l'indice d'un contrat innommé « atypique » alors que l'évolution sémantique inverse vers l'abstraction signale au contraire l'investiture par le droit de nouveaux contrats à forte densité conceptuelle (*supra*, n° 10). Dans un autre domaine, l'amphibologie du terme latin *sponsor* dont est issue la pratique anglo-saxonne du *sponsoring*, suggère étymologiquement à la fois l'idée de caution et celle du parrainage. Mais l'éradication de toute idée de garantie par la traduction française univoque de « parrainage publicitaire » (Arr. du 17 mars 1982 relatif à l'enrichissement du vocabulaire français dans le domaine du tourisme), a marqué une rupture innovante dans l'héritage terminologique. Considéré à présent dans l'espace, particulièrement dans le cadre de créations d'outre-atlantique, le choix du nom place le juriste face à la problématique du néologisme. En arrière-plan du phénomène d'acculturation se profile un réflexe quasi politique d'identité nationale (en ce sens, P. Malaurie, Le droit français et la diversité des langues, JDI 1965, p. 578). La linguistique reflète ainsi une relative géographie terminologique au travers de quelques avatars de traduction. Le terme de crédit-bail, préféré à celui de *leasing*, traduit avec plus de précision l'originalité juridico-financière de la formule (Circ. du 15 sept. 1977 ; L. Fougère, La modernisation du langage juridique, EDCE 1984-85, p. 121). Dans le domaine de la promotion immobilière de loisirs, le concept de *time-propriété* qui suggérait fort maladroitement le support d'un droit réel, a été utilement remplacé par le vocable de « jouissance à temps partagé » (*supra*, n° 5). Au contraire, une traduction à l'identique reflète un accueil sans réserve de la technique étrangère ; l'affacturage remplace le *factoring* et le franchisage le *franchising* (Arr. du 29 nov. 1979 relatif à la terminologie économique et financière). Par ailleurs, on peut observer que les nombreux néologismes qui échappent au courant de modernisation de la langue française sont précisément ceux qui ne suscitent aucun besoin sérieux d'acclimatation, faute d'une réelle autonomie normative : contrats de *buy-back* (*supra*, n° 3), de *show-room* (d'exposition), de *joint venture* (d'entreprise en commun)... Il s'agit là de contrats « d'occasion » plus que de contrats « de situation », sortes d'« *apax* contractuels » selon le mot de P. Jestaz, l'adverbe *apax* étant substantivé par l'auteur en vue de définir un contrat innommé isolé (pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, RTD civ. 1979, p. 480, n° 3). Le *nomen*, simple ornement formel du droit ? Certes non ! Outre que l'investiture nominale n'est pas l'apanage du législateur, d'autres critères, tel celui de la sanction par la voie répressive (*supra*, n° 6), viennent consacrer la juridicité d'un nouveau contrat. Le contrat innommé, simple catégorie méthologique, voire didactique ? L'interrogation est vaine car le nommé est arrimé à l'innommé comme la thèse à l'antithèse. Dans un système non hiératique, inspiré du principe de liberté contractuelle, les catégories du code civil ne vivent que parce qu'elles sont ouvertes. D'un point de vue factuel, la typologie du contrat innommé ouvre une sorte de référendum contractuel permanent par l'information donnée sur les besoins de la pratique. D'un point de vue normatif, la grille d'analyse par l'innommé constitue sinon un passage obligé dans le processus de qualification, du moins un nécessaire jalon de connaissance juridique.

- **J. Ghestin, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147**

Il ne sera directement question ni de la fonction, ni du régime du contrat (2), mais seulement de la

notion de contrat, c'est-à-dire du point de savoir ce que c'est qu'un contrat et ce qui est contrat.

On a montré combien il était difficile de donner une définition commune du contrat, même en se limitant à quelques systèmes juridiques, tels que les droits anglo-américains, allemands, italiens et français. Certains considèrent même qu'une telle définition est impossible (3) ou que, du moins, le contrat ne peut recevoir qu'une définition fonctionnelle dont le sens sera variable en fonction du contexte (4).

Si le contrat a pu être qualifié de « pilier » du droit (5), son existence même, en tant que concept suffisamment identifiable pour être de quelque utilité, a été contestée (6). Un critère du contrat suppose un élément unique de reconnaissance ou, en tout cas, des éléments peu nombreux, qui devront être retrouvés dans tous les actes auxquels cette qualification sera attribuée.

L'anthropologie juridique donne à penser cependant que le contrat, les relations contractuelles, sont bien de l'essence des relations humaines (7).

On a montré (8) que dans les sociétés semi-complexes et, a fortiori, dans les sociétés complexes, comme nos propres sociétés, la soumission à des règles juridiques externes aux parties et sanctionnées par des organes judiciaires permet la réunion des conditions minimum permettant d'identifier des relations contractuelles : des sujets (les parties), un objet (prestation ou bien) et une sanction judiciaire.

A cet égard on observera que s'il peut éventuellement y avoir des contrats « sans loi », encore que cette opinion soit contestée, cela signifie seulement qu'un contrat pourrait n'être soumis à aucune loi étatique et n'obéir qu'à celle des marchands, la lex mercatoria. Mais en tout cas il ne peut y avoir de contrat sans droit ni sans juge (9).

L'évolution dans nos sociétés peut aller un temps dans le sens du développement des relations statutaires, ce qui correspond à la fin du XIXe siècle et aux trois premiers quarts du XXe siècle. La standardisation et la réglementation des contrats les font à tout le moins ressembler à des statuts (10). Elle peut aller aussi dans le sens de la prédominance des relations contractuelles, comme dans la période précédant et suivant le code civil, ou encore la période actuelle où la nouvelle société réclamée par beaucoup est présentée essentiellement comme une société contractuelle (11).

Sur le plan proprement juridique la notion de contrat (au singulier), ou tout au moins celle de contrats (au pluriel), est relativement ancienne. On connaît, en effet, l'évolution qui, à partir des contrats nommés, formalistes et concrets du droit romain, a conduit à l'élaboration d'une théorie du contrat par Domat et Pothier, qui ont en même temps orienté le code civil vers une conception « volontariste » du contrat (12).

Le mot contrat vient du latin contractus lui-même dérivé de contrahere qui signifie rassembler, réunir, conclure. Le terme n'est guère explicite en lui même.

Pour préciser alors l'origine sémantique du mot contrat, il est en fait indispensable de se référer à la convention dont il est fréquemment le synonyme et, en tout cas, l'espèce par rapport au genre (13). Il reste alors à définir la convention et à préciser ses rapports avec le contrat.

Le mot convention vient du latin conventio lui-même dérivé de convenire qui signifie venir ensemble,

d'où être d'accord. Conclure un contrat, une convention, c'est se mettre d'accord sur quelque chose. On s'accorde à définir la convention comme un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit.

Il est curieux de constater que, dans les deux éditions du Vocabulaire juridique Capitant, les mots essentiels de cette définition et ceux auxquels leur définition même renvoie, particulièrement les termes accord de volontés ou de volonté, soit au pluriel soit au singulier, volonté et consentement comportent chacun plusieurs significations. Faut-il en conclure que leur importance dans la qualification de contrat serait moins grande qu'on le pense généralement ? A moins que ce ne soit précisément leur caractère fondamental qui impose un tel flou juridique. Celui-ci, en tout cas, ne peut manquer d'influencer la notion même de contrat. Chaque fois qu'il sera question de volonté ou de consentement, il faudra choisir, en fonction du contexte, le sens le plus probable donné à ces mots.

Les droits anglais et nord-américain (14) font également de l'accord (agreement) qui est la rencontre des volontés, un élément constitutif du contrat. Mais comme le droit français ce n'est qu'une partie de ce dernier qui ne coïncide pas avec le contrat tout entier.

Le contrat est enfin classé dans les actes juridiques. Mais si le contrat au sens large de convention n'est ainsi qu'une espèce dans le genre acte juridique, il est l'acte juridique par excellence, celui auquel on se réfère constamment pour caractériser ce dernier.

Selon la deuxième édition du Vocabulaire juridique Capitant (15), « dans l'acte juridique, la volonté recèle nécessairement une intention, la recherche délibérée de l'effet de droit que l'acte est destiné à produire (volonté de vendre, d'acheter, de divorcer) ... ».

A l'intérieur des actes juridiques ce qui fait la spécificité du contrat c'est qu'il produit des effets de droit par un accord de volontés. Sa spécificité ne se situe donc pas en aval, dans le but ou l'objet des règles qu'il pose. Elle réside dans la procédure qui aboutit à poser ces règles. Cela conduit nécessairement à se demander d'où vient la compétence des sujets actifs de cette procédure. Autrement dit pourquoi l'accord de deux ou plusieurs volontés donne-t-il naissance à des règles de droit dont il sera possible de demander aux pouvoirs publics qu'ils en imposent le respect, alors qu'elles ont été posées en dehors de ces pouvoirs ?

Il faut alors s'interroger sur les relations entre les volontés individuelles et les pouvoirs publics. C'est que, au-delà de la technique juridique, le contrat exprime une véritable idéologie volontariste des relations humaines. En droit public le contrat n'a-t-il pas servi de fondement aux relations personnelles hiérarchisées caractérisant la société féodale ; puis, en justification d'abord, en réaction ensuite, à l'égard de l'absolutisme des princes, n'a-t-on pas fait état d'un contrat dit « social » ? Même en droit privé, dans la mesure où il est source de règles, même particulières, le contrat est contraignant. Réalisé normalement par de simples particuliers, d'où lui vient cette force obligatoire ?

Kelsen situe expressément les contrats individuels dans l'enchaînement des normes objectives constituant le droit objectif. Il ajoute, en effet, le contrat aux sources de règles qui, bien que particulières et non générales, n'en sont pas moins des règles de droit propres aux parties contractantes (16). Selon l'article 1134 du code Napoléon, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La qualification de contrat peut être liée à une question de compétence dans l'édiction de règles de droit positif. Le droit administratif français fait une application systématique de cette idée. L'Etat, les personnes de droit public ont compétence pour agir par voie d'autorité ou par voie contractuelle selon les compétences qui leur sont attribuées.

En fait la question ne se pose en ces termes que lorsque l'une des parties à la relation dispose du pouvoir d'édicter de façon unilatérale des règles qui s'imposeront à des sujets ou des assujettis. L'emploi du mode contractuel lui reste ouvert, mais dans les limites des compétences qui lui sont accordées. Il ne s'agit bien que de compétences.

En droit privé la question semble a priori se poser en termes différents. Le contrat est source de droit. D'où ses auteurs, généralement de simples particuliers, dépourvus de toute compétence personnelle les autorisant à édicter des règles unilalérales, tiennent-ils ce pouvoir, cette compétence ? La réponse semble aller de soi : de ce qu'ils ont accepté de se soumettre dans leurs relations aux règles juridiques qu'ils ont eux-mêmes posées par leur accord de volontés. Ici c'est l'accord de volontés qui est le seul moyen de lier autrui par des règles auxquelles il aura en principe consenti.

Finalement, ce qui caractérise le contrat c'est une procédure et des effets, c'est la procédure, un accord de volontés, par laquelle il est destiné à produire des effets de droit. Ces deux éléments essentiels doivent être précisés l'un après l'autre.

I. - Le contrat est un accord de volontés.
Une fois précisé le fondement de la force obligatoire du contrat, il devrait être possible de déterminer le rôle de la volonté comme critère du contrat.

A. - Le fondement de la force obligatoire du contrat.
La théorie de l'autonomie de la volonté, qui a dominé l'enseignement du droit des contrats depuis le début du siècle, n'est plus affirmée aujourd'hui que par la doctrine civiliste la plus traditionnelle (17). Elle fait l'objet de vives critiques, dont les plus fondamentales ont été présentées par les positivistes. Entre ces thèses opposées divers essais de conciliation ont été tentés. Il est aujourd'hui permis, après avoir écarté la théorie « classique » de l'autonomie de la volonté, de proposer un fondement de la force obligatoire du contrat dont finalement les racines sont plus anciennes et qui est déduit de son utilité et de sa conformité à la justice.

Kelsen (18) a montré que l'autonomie de la volonté ne pouvait constituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat. Elle n'explique pas pourquoi, en effet, c'est la volonté passée, volonté morte, qui devrait prévaloir sur la volonté présente, volonté vivante, de celui qui refuse d'exécuter le contrat.

Pour expliquer ce phénomène il faut faire intervenir une règle extérieure à la volonté : pacta sunt servanda, qui, elle-même, dans la construction pyramidale bien connue de Kelsen, trouve sa légitimité dans sa conformité aux normes qui lui sont supérieures. Comme on l'a observé « le contact des volontés individuelles formant le contrat ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée d'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs » (19).

Kelsen a cependant dépassé cette construction formelle. La question portant sur la raison de la force obligatoire des contrats peut avoir pour lui un autre sens. On peut se demander, en effet, quelles sont

les raisons qui ont amené le législateur à instituer (ou plus exactement sans doute à sanctionner) la convention comme état de fait créateur de droit. « Il s'agit ici », pour lui, « d'une question de politique juridique à laquelle il faut répondre : parce que le législateur veut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste » (20).

Un législateur peut faire ce choix ; un autre un choix différent ; alors que le dogme de l'autonomie de la volonté refuse ce pouvoir au législateur. C'est toute la différence. Le fondement logique de la force obligatoire du contrat devient neutre vis-à-vis de la liberté contractuelle. Il ne l'exclut pas ; mais, à la différence de l'autonomie de la volonté, il ne l'impose pas davantage. Il n'y a en tout cas aucune incompatibilité entre l'analyse de Kelsen et le libéralisme.

En fait la théorie de l'autonomie de la volonté ne se survit plus aujourd'hui qu'en raison d'une ambiguïté.

La deuxième édition du Vocabulaire juridique Capitant définit l'autonomie de la volonté (21) comme la « théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où ... l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation de contracter ... et celle de l'interprétation du contrat ». Il s'agit bien d'une autonomie entendue comme un pouvoir souverain, égal en droit à celui du législateur, avec lequel il doit sans doute composer, mais sans lui être subordonné.

Or ce même ouvrage montre que le droit international public donne à l'autonomie des significations diverses, auxquelles il peut être intéressant de se référer : « 1) au sens le plus étendu, capacité que possède tout sujet du droit international à l'effet de librement exercer la plénitude de ses propres compétences ... ; 2) dans un sens plus restreint, capacité que possède une collectivité non souveraine au regard du droit international à l'effet de librement déterminer les règles juridiques auxquelles elle entend se soumettre dans la limite des compétences qu'elle exerce en propre ».

L'autonomie de la volonté entendue comme l'exercice d'un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi semble bien être écartée aujourd'hui par la plupart des auteurs. Elle est en tout cas incompatible avec l'état actuel du droit positif. En revanche, une fois écartée la volonté des parties comme pouvoir souverain, fondement de la force obligatoire des contrats, rien n'interdit de reconnaître une certaine compétence déléguée, octroyée, aux volontés individuelles, afin qu'elles fixent elles-mêmes, ou tout au moins choisissent, les règles qui régiront leurs relations particulières pour une opération juridique déterminée. Il reste alors possible de parler d'une certaine autonomie de la volonté, indissociable d'une certaine liberté contractuelle. Mais la question étant alors précisément de déterminer quelles sont les justes limites de cette autonomie et de la liberté contractuelle, plus rien ne justifie a priori de faire de cette dernière le principe général de solution de tous les éléments constitutifs de la théorie générale du contrat. Il faut se demander ce qui justifie cette autonomie, en tant qu'octroi d'une certaine compétence reconnue aux volontés individuelles dans l'agencement de leurs relations. De là se déduiront les limites d'une liberté qui ne peut plus être que limitée. Pour préciser le fondement et les justes limites de l'exercice de cette liberté des volontés individuelles, puisque celle-ci n'est plus par définition souveraine, il est permis de se référer alors à des valeurs traditionnelles et fondamentales et d'affirmer que le fondement de la force obligatoire reconnue au contrat par le droit objectif se déduit de son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle.

A partir des observations de Kelsen on peut dire que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner. On peut ajouter également que le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste.

De ce que l'accord des volontés est l'instrument d'opérations socialement utiles, il résulte également que ce sont ces opérations elles-mêmes, au moins autant que les volontés instrumentales, qui constituent l'essentiel.

Dans cette optique on examinera l'opération concrète, que tend à réaliser le contrat, autant que les volontés qui déterminent ses conditions. Le centre de gravité du contrat, d'abord placé dans le consentement, puis par réaction dans l'ordre public, se situerait alors de façon plus équilibrée dans les « éléments réalistes, matérialistes du contrat » (22).

Cette conception réaliste des relations contractuelles tend également à déplacer l'intérêt vers les contrats spéciaux (23), dont on constate qu'ils permettent la réalisation « des besoins essentiels de l'homme et de la vie en société » (24).

L'accord de volontés des parties n'en conserve pas moins un rôle important à raison de sa propre utilité sociale.

B. - La fonction de l'accord de volontés.
Nous allons voir que cette conception du fondement de la force obligatoire du contrat n'est pas incompatible avec la reconnaissance de l'accord des volontés comme mode spécifique de création de règles contractuelles. Il faut pour cela situer l'accord des volontés au regard de l'utilité sociale et de la justice contractuelle avant de montrer qu'il reste le critère du contrat, en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit.

1. - L'accord des volontés au regard de l'utilité sociale et de la justice contractuelle.
Le contrat est l'instrument indispensable des prévisions individuelles. C'est surtout dans sa fonction principale d'échange par la création d'obligations qu'apparaît cette utilité du contrat. Une telle opération à terme, dont l'utilité est certaine, est inconcevable sans la force obligatoire du contrat qui est nécessaire à la confiance du créancier et au crédit. On rejoint ici la confiance légitime du créancier dont M. Gorla fait le fondement de la force obligatoire du contrat (25). C'est, sur le plan moral, l'aspect positif du respect de la parole donnée. C'est aussi, sur le plan social et économique, la condition du crédit sur lequel repose l'économie libérale moderne. Toute restriction à la force obligatoire du contrat diminue la confiance du créancier et porte atteinte au crédit dont dépendent de nombreuses opérations d'une utilité sociale incontestable (26).

La primauté du droit objectif ne fait pas obstacle au rôle de la volonté comme instrument privilégié de la liberté et de la responsabilité des individus. Le respect de la parole donnée est une règle morale, qui, dans son principe tout au moins, paraît admise de façon unanime, même si elle n'est pas toujours respectée. Elle apparaît naturellement comme le prolongement de la liberté de s'engager. Les inconvénients de la contrainte et les avantages corrélatifs du libre contrat, sous le contrôle du juge, ont été soulignés (27), particulièrement l'ineffectivité partielle des lois impératives et leurs effets pervers (28). Ces diverses considérations incitent à laisser à chacun sa liberté et la responsabilité qui en est le complément nécessaire.

La règle morale du respect de la parole donnée peut être ainsi justifiée par son utilité sociale. Mais cette règle est également considérée comme juste. La force obligatoire du contrat vient donc également de ce qu'il est juste.

Considéré dans sa fonction principale d'instrument des échanges de biens et de services, le contrat est, comme les obligations en général, soumis au principe de justice commutative. Il ne faut pas qu'il détruise l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne (29). Il y a lieu pour cela de présumer que le contrat, conclu par des individus libres et responsables, est de ce fait conforme à la justice. Mais il ne s'agit que d'une simple présomption (30). La constatation d'un déséquilibre excessif entre les prestations, ou la preuve que l'une des parties n'a pas été en situation d'apprécier ou de défendre normalement ses intérêts justifie l'intervention des pouvoirs publics.

Il est finalement permis d'affirmer que le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle. L'utile et le juste apparaissent ainsi comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat. Cependant, en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit, l'accord des volontés reste le critère du contrat.

2. - L'accord des volontés critère du contrat.
La création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elle constitue ainsi le critère. Il reste alors à préciser qu'il doit s'agir de volontés manifestées, mais qu'en revanche la négociation n'est pas de l'essence du contrat.

a) La création de règles juridiques par un accord de volontés, trait commun des contrats.
Le contrat se caractérise par la participation des assujettis à l'élaboration de la règle qu'il crée. Le contrat est créateur d'effets juridiques dont la reconnaissance et la sanction dépendent du droit objectif. C'est ce dernier qui reconnaît l'efficacité juridique de cette procédure spécifique. Certes, un accord de volontés peut exister en dehors de toute reconnaissance par le droit positif. Mais ce qui caractérise le contrat c'est d'être à la fois un accord de volontés et de se voir reconnaître le pouvoir de créer des effets juridiques par le droit objectif. L'accord des volontés reste ainsi le critère du contrat. Il est une procédure spécifique de création d'effets juridiques.

Mais l'accord des volontés est ainsi un critère qui peut être entendu de façon souple.

Une fois admis que la volonté n'est pas le fondement de la force obligatoire du contrat, il devient tout à fait légitime d'accepter une définition juridique et non plus psychologique, réelle, de la volonté, et même l'utilisation de divers substituts, tels que la représentation par exemple.

Il n'y a pas non plus d'inconvénient sérieux à tenir pour contractuelle toute obligation née d'un accord de volontés, même si celui-ci n'en a pas déterminé le contenu. La liberté, dans le rôle plus modeste qui reste le sien, suffit à caractériser le contrat lorsque celui-ci a été consenti. Il n'est pas indispensable qu'en outre le contenu du contrat ait été déterminé, avec une égale liberté des parties, par l'accord des volontés.

L'évolution des contrats et de leur régime juridique a suscité d'importantes réflexions doctrinales sur ce que l'on a appelé un « déclin » ou une « crise » du contrat (31). En fait s'il y a crise ou déclin du contrat elle ne concerne qu'une certaine conception de ce dernier fondée sur le dogme de l'autonomie de la

volonté, impliquant de ce fait la liberté non seulement de s'engager, mais de fixer librement le contenu du contrat et de choisir en toute liberté son cocontractant (32).

Les atténuations de l'effet relatif du contrat et les restrictions à la liberté contractuelle ne font pas obstacle à la qualification de contrat. La question est de savoir à quel degré de participation volontaire il est juste et utile de subordonner la soumission d'une personne à des obligations qu'elle n'a pas directement assumées. Parallèlement à la création de créances et de dettes par le contrat, celui-ci est de plus en plus pris en considération en tant que fait social. Aujourd'hui, la jurisprudence, devant la complexité des relations contractuelles, admet, de façon générale, que les contrats peuvent, en tant que faits sociaux, être opposés aux tiers par les parties, et même par les tiers aux parties.

Quant à l'intervention de règles d'ordre public visant à réglementer le contenu du contrat ou à en imposer la conclusion, il convient d'apprécier dans chaque situation si c'est finalement l'accord des volontés qui donne naissance au contrat, même avec les incitations préalables, voire les modifications imposées ultérieurement, ou si cet accord de volontés fait défaut. C'est seulement dans ce dernier cas que la qualification de contrat devra être écartée.

Encore faut-il cependant qu'il s'agisse de volontés déclarées.

b) La nécessité du concours de déclarations de volonté.
Le contrat, étant par définition un accord de volontés, suppose nécessairement une extériorisation réciproque de celles-ci. Il n'y a d'accord concevable que sur des volontés manifestées. Cette extériorisation est également nécessaire pour faire la différence entre la simple intention dépourvue d'effet juridique, et la volonté de s'engager, auquel le droit reconnaît certains effets (33). En principe seule la volonté active, exprimée, peut faire naître un contrat.

La manifestation de volonté peut être a priori définie comme « tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté » (34). La difficulté essentielle est ici de distinguer les comportements qui révèlent une véritable volonté de contracter de ceux qui ne traduisent qu'une simple intention, sans valeur juridique. L'un des inconvénients du principe du consensualisme est de rendre la distinction incertaine, en l'absence de tout critère formel (35).

Cette incertitude est atténuée cependant par le choix d'un critère objectif. Ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la signification objective que les tiers, et spécialement le cocontractant, ont pu légitimement lui attribuer. Tout comportement, actif ou passif, peut ainsi manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce (36). Cette solution est imposée par le principe de sécurité juridique (37).

En droit italien « la recherche de la volonté commune » c'est celle « du résultat ou du produit de la rencontre des deux déclarations (c'est-à-dire de ce qui a paru objectivement et qui pouvait être entendu par une personne de diligence normale) » (38).

Les droits anglais et américain adoptent la même solution. Quelle que soit la forme sous laquelle se manifeste la volonté de chacune des parties il faut, et il suffit, qu'elle fasse naître chez son destinataire l'attente raisonnable d'un véritable engagement (39).

c) La négociation n'est pas de l'essence du contrat.
Quoi qu'on en ait dit (40), nous allons voir qu'en réalité l'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat. Réciproquement l'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier cette qualification.

1° L'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat.

Il y a contrat dès l'instant que c'est par l'accord de leurs volontés que les parties se soumettent à un régime impératif.

Se trouve également justifiée cette même qualification contractuelle que la doctrine civiliste s'accorde aujourd'hui à reconnaître au contrat d'adhésion.

Saleilles (41) l'avait qualifié de « prétendu contrat » et y voyait l'oeuvre d'une volonté unilatérale dictant sa loi à une collectivité. Il en déduisait qu'il devait s'interpréter comme une loi proprement dite. A sa suite, les publicistes Hauriou et Duguit (42) ont analysé l'opération en un règlement élaboré unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre volonté venait simplement adhérer (43).

Le contrat d'adhésion reste formé par un accord de volontés. Malgré l'absence de négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat prérédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment où ce dernier a donné son consentement. Avant son intégration dans le contrat individuel, ce n'est qu'un projet (44). Il importe peu, également, quant à la qualification de l'opération, qu'un projet uniforme soit proposé à un nombre indéterminé de cocontractants. « Les consentements distincts feront les contrats distincts » (45). C'est évident puisque, en lui-même, le contrat type prérédigé n'a aucune force obligatoire.

Le contrat d'adhésion est donc à juste titre considéré comme un contrat par la doctrine civiliste et la jurisprudence dans leur ensemble (46). C'est également l'opinion qui prévaut à l'étranger (47).

2° L'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier la qualification de contrat. L'efficacité de l'action de l'Etat dans le domaine économique et social semble exiger une certaine coopération des particuliers et des collectivités concernées. Le procédé réglementaire, unilatéral et contraignant, a paru de ce fait moins adapté que la voie contractuelle (48). Si le thème est aujourd'hui « archi-classique ... depuis 1981 ... les procédés conventionnels servent à traduire dans les faits de nouvelles orientations ; décentralisation, planification, nationalisations, autant de choix qui appellent le contrat » (49).

On s'accorde cependant à admettre que ces multiples contrats, par lesquels l'Etat s'efforce d'organiser les activités économiques et sociales, n'ont « plus grand-chose de commun avec la théorie du contrat du droit civil » (50). On observe que les notions de concertation et d'économie contractuelles sont essentiellement politiques (51) et que de nombreux accords passés entre les pouvoirs publics et les personnes privées n'ont de contractuel que le nom (52). Leur analyse juridique est en tout cas difficile car « la volonté politique d'établir des relations de type conventionnel avec les intéressés a masqué parfois la nature véritable des actes édictés par la puissance publique. Ainsi de nombreuses techniques faisant appel à la terminologie contractuelle ne sont-elles que des formes déguisées de l'action unilatérale » (53). Finalement la technique « contractuelle » utilisée par les pouvoirs publics concerne surtout la phase préparatoire de négociation. Il s'agit sans doute davantage de règlements « négociés » ou « concertés » que de véritables contrats (54).

Or, si l'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat, de même la négociation ne suffit pas davantage à justifier cette qualification. Autrement dit la négociation n'est pas le critère du contrat. Ce qui est essentiel c'est que finalement la règle naisse d'un accord de volontés et non de la décision unilatérale de l'une des parties, même si dans cet accord le poids de l'une des volontés a pesé particulièrement lourd et que le consentement de l'autre ait été fait de beaucoup de résignation. La question est alors de savoir à partir de quel degré de contrainte la volonté manifestée par l'une des parties doit se voir refuser toute valeur obligatoire. Il peut être considéré dans ce cas que l'on n'est plus en présence d'un contrat ou que ce contrat est nul, ce qui peut être rationnellement distingué, mais recouvre la même réalité, l'absence d'accord de volontés réel.

Ce qui caractérise le contrat c'est donc finalement d'être un accord de volontés. Mais tout accord de volontés n'est pas un contrat. Il faut encore qu'il soit destiné à produire des effets de droit.

II. - Le contrat est destiné à produire des effets de droit.
Pour justifier cette qualification le contrat doit certainement produire des effets de droit. Il faut cependant se demander si le contrat n'est pas limité à la création de certains effets de droit.

A. - Le contrat doit produire des effets de droit.
Pour qu'un accord soit véritablement contrat il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques (55). De nombreux accords se situent ainsi en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique (56). Ils appartiennent au non-droit. D'autres accords ne sont pas non plus des contrats parce qu'ils sont dépourvus de véritable caractère obligatoire.

1. - Les accords de volontés non destinés à produire des effets de droit.
En droit français pour qu'un accord soit véritablement contrat, il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques (57). De nombreux accords se situent en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique (58). Dans les relations mondaines l'acceptation d'une invitation ne crée aucune obligation juridique (59). On tend à considérer que les prestations gratuites de services ne font pas naître un contrat (60), notamment lorsqu'il s'agit d'entraide entre voisins ou parents, ou de soins médicaux (61).

Cette solution ne peut être admise cependant de façon générale. C'est ainsi que la Cour de cassation, le 19 mars 1975 (62), a invité les juges du fond à rechercher si un contrat n'était pas intervenu entre un père et sa fille en raison des soins qu'elle lui avait donnés en tant qu'aide familiale (63).

La volonté de tenir certains contrats comme des affaires strictement privées conduit à écarter par principe tout recours au juge, et même à l'arbitrage. Cette attitude se rencontre assez souvent dans les relations d'affaires unissant de grands groupes industriels. Le contrat sert de fondement au règlement des relations entre les parties, mais il est entendu tacitement, et surtout imposé par une certaine permanence des relations et son caractère vital pour au moins l'une des parties, que sa force obligatoire ne sera pas mise en oeuvre devant une quelconque autorité extérieure. Dans la mesure où le propre des règles juridiques est d'être sanctionnées par l'Etat ou, le cas échéant, une autorité supra-étatique, de tels accords peuvent-ils encore être considérés comme des contrats ?

Certains accords, dont les parties connaissent le caractère illicite et, par là, l'absence de sanction juridique, sont cependant conclus. Ils se situent en dehors du droit (64). Il en est ainsi, par exemple,

des dettes de jeu, qualifiées de « dettes d'honneur ».

Les différents accords privés de la sanction des pouvoirs publics peuvent être rapprochés des Gentlemen's agreements que connaît la pratique anglo saxonne (65). Comme l'a souligné Lord Atkin ces accords doivent rester « en dehors du règne du contrat ».

L'exemple de la promenade convenue, cité par M. Atiyah (66) comme exemple de relation non contractuelle, peut être rapproché de la jurisprudence qui admettait, en France, la responsabilité contractuelle du transporteur bénévole. On sait, d'autre part, que le droit français, aujourd'hui, tout en leur reconnaissant une certaine spécificité, tient les pactes familiaux, même extrapatrimoniaux, comme des contrats (67). Quant aux accords patrimoniaux entre époux ce sont évidemment des contrats, dès l'instant du moins que les intéressés ont entendu se lier juridiquement. Le fait, par exemple, pour le mari de verser mensuellement une somme déterminée sur le compte de sa femme pour les besoins du ménage ne semble pas, sauf circonstances particulières, pouvoir faire naître une obligation contractuelle, ce qui rejoindrait la solution admise en droit anglais dans l'arrêt classique Balfour v. Balfour (68).

Se situent également à la limite des engagements moraux et juridiques, combinant d'ailleurs parfois les uns et les autres, les lettres dites « de confort » par lesquelles une société fait savoir qu'elle fera tout le nécessaire pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses obligations, notamment à l'égard d'un établissement financier (69).

On s'est également demandé si les conventions collectives de travail conclues entre employeurs et syndicats traduisaient, au moins de la part de ces derniers, une intention véritable de s'obliger juridiquement (70). Il n'est pas niable cependant que les conventions collectives produisent des effets de droit, qui sont d'ailleurs particulièrement importants.

Les contrats préparatoires posent avec une acuité particulière la question du domaine du contrat. A partir de quel moment y a-t-il contrat dans la période préalable à la conclusion du contrat définitif ?

La qualification de contrat doit être encore écartée lorsque l'accord des volontés n'a pas donné naissance à des effets pourvus d'une force juridique obligatoire.

2. - Les accords dépourvus de véritable force obligatoire.
Une fois formé par l'accord des volontés le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord. Les volontés de chacune des parties ne peuvent en écarter unilatéralement l'exécution ou en changer les termes. Ce principe de la force obligatoire du contrat, posé dans l'art. 1134 c. civ., est toujours fermement affirmé par la jurisprudence.

Il est toutefois incontestable que le législateur et le juge, soit avec la permission de la loi, soit sous le couvert d'une interprétation déformante du contrat, peuvent modifier ce dernier (71).

La véritable question est de savoir si un contrat dont l'une des parties peut modifier le contrat substantiellement le contenu de façon unilatérale mérite encore cette qualification.

C'est particulièrement à l'égard des contrats administratifs que s'est posée la question de savoir si la possibilité pour l'une des parties de modifier le contrat en cours d'exécution autorisait à lui garder cette

qualification.

Dans la mesure où il y a eu un accord de volontés à l'origine d'une situation comportant des effets juridiquement obligatoires, le fait que ces effets, selon les dispositions expresses ou tacites de cet accord de volontés, puissent être modifiés par l'une des parties ne change pas la qualification de contrat, dès l'instant du moins que cette faculté n'autorise pas cette partie à se libérer en fait de toute obligation réelle.

D'ailleurs la faculté donnée à l'une des parties de modifier un contrat de droit privé n'entraîne pas, dans l'opinion commune, une disqualification de cette opération, à moins qu'elle ne donne aux obligations de l'une des parties un caractère potestatif rendant l'accord de volontés parfaitement illusoire.

Se trouve ainsi posée la question de savoir si la qualification de contrat doit être réservée aux contrats valables et, plus largement, si le contrat est limité à la production de certains effets de droit.

B. - Le contrat est-il limité à la production de certains effets de droit ?
Trois questions peuvent être posées : la qualification de contrat doit elle être réservée aux contrats valables ; aux opérations qui réalisent un échange économique à l'exclusion des libéralités ; ou aux accords de volontés qui ne font pas naître une institution ou un statut ?

1. - La qualification de contrat doit-elle être réservée aux contrats valables ?
Cette question conduit à s'interroger sur un risque de confusion entre ce qui est qualification de contrat et conditions de validité de ce dernier.

En droit français le contrat, on l'a vu, est généralement défini comme un accord de volontés en vue de produire des effets de droit. Un juriste italien (72) a reproché à cette définition française du contrat d'être une synecdoque, c'est-à-dire une figure poétique indiquant la partie pour le tout. Pour cet auteur, la cause, élément essentiel de validité du contrat selon l'art. 1108 c. civ. français, devrait figurer dans la définition rationnelle du contrat. Mais à ce titre c'est aussi le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, et un objet certain qui devrait également figurer dans cette définition. On pourrait même aller au delà des éléments constitutifs traditionnels du contrat et inclure dans sa définition toutes ses conditions de validité, et en tout cas sa conformité aux règles d'ordre public dont dépend sa validité, c'est-à-dire sa sanction par le droit positif.

On peut répondre à cette objection en précisant la définition en ces termes : le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets. Du même coup toutes les conditions de validité du contrat résultant du droit positif français sont incorporées dans sa définition. En outre celle-ci reste applicable aux autres systèmes juridiques dont les conditions de validité sont différentes.

Les droits anglais et nord-américain retiennent une telle définition. C'est ainsi que pour Treitel le contrat est « an agreement giving rise to obligations wich are enforced or recognized by law » (73).

Il faut toutefois revenir sur la question des éléments constitutifs du contrat. S'il semble logique, en effet, de distinguer deux étapes, consistant la première à retenir la qualification de contrat avant d'examiner, dans un second temps, si ce contrat est valable, la distinction devient difficile lorsque les éléments de validité ont vocation à être en même temps les éléments constitutifs du contrat.

Quant au consentement et à l'objet, on peut a priori considérer que c'est seulement leur inexistence qui permet d'écarter l'existence même d'un contrat.

Reste la question de la cause, qui est précisément celle que soulevait notre juriste italien. A travers cette notion, du moins quant à son existence même, raison d'être ou but du contrat, c'est la question de l'utilité individuelle et sociale de cette opération juridique qui se trouve nécessairement posée. Fondamentalement c'est le point de savoir si le contrat suppose la recherche, voire l'obtention d'une contrepartie, ou s'il reste lui-même en l'absence d'un tel but, dont tiendra lieu, selon la formule même de Domat (74), « quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ».

La considération à l'existence de laquelle la common law subordonne en principe la qualification d'engagement obligatoire peut être rapprochée ici de la cause.

Comme il n'y a pas d'engagement concevable de la part d'une personne raisonnable sans motif, la cause tend à se confondre avec le consentement lui-même, ce qui autorise certains systèmes juridiques, notamment le droit allemand, à en faire, au moins formellement, l'économie. Dans la définition française du contrat le but, sinon la cause, dont la définition est discutée et les sens multiples, est intégrée dans le fait que l'accord des volontés doit être destiné à produire des effets de droit. Ne convient-il pas cependant de faire une place à la définition de la cause entendue comme la contrepartie, c'est-à-dire l'autre terme de l'échange dont le contrat est l'instrument essentiel ? Cela pose la question de savoir si la qualification de contrat ne doit pas être réservée aux échanges économiques.

2. - La qualification de contrat doit-elle être réservée aux échanges économiques ?
Le mot grec sunallagma, qui signifie contrat, est plus précis que le mot latin contractus, puisqu'il désigne un échange.

Dans le code civil le contrat synallagmatique est précisément celui qui réalise un échange. Selon l'art. 1102 c. civ. « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». C'est la réciprocité des obligations qui caractérise ainsi le contrat synallagmatique. La plupart des contrats présentent ce caractère. Cette réciprocité des obligations réalise l'échange des biens et des services qui est la fonction économique essentielle du contrat.

Il est significatif d'observer que selon l'art. 1106 c. civ. « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ». Comme on l'a observé c'est la définition même du contrat synallagmatique. Autrement dit l'échange est de la nature du contrat à titre onéreux auquel l'art. 1105 c. civ. oppose le contrat de bienfaisance qui est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

D'entrée on réalise que ces deux catégories de contrats sont profondément différentes, même si l'on admet que l'absence de contrepartie pécuniairement évaluable peut être remplacée par l'attente d'une contrepartie morale ou affective, la reconnaissance du bénéficiaire ou d'un tiers, ou plus simplement la satisfaction de faire plaisir. La différence conduit d'ailleurs à se demander s'il est logique de désigner d'un même nom ces opérations. M. Atiyah (75) considère le bargain, qui est « an agreement between two parties for an exchange of performances, either executed or promised » (76), c'est-à-dire un

échange de prestations ou d'obligations, comme le noyau fondamental du contrat. On sait qu'en droits anglais et nord-américain les donations ne sont pas classées parmi les contrats (77).

On pourrait ainsi envisager d'appliquer, cumulativement avec l'accord de volontés, un autre critère, celui de la réalisation d'un échange économique, dont le contrat est l'instrument essentiel, tout au moins dans les sociétés dont l'économie n'est pas planifiée de façon plus ou moins complète et impérative. Sous cette réserve l'importance du contrat dans les échanges économiques des sociétés plus ou moins libérales permet-elle de faire de ces derniers un critère complémentaire de cette qualification ? Cela reviendrait à exclure des contrats les donations, ce qui n'est pas conforme à notre droit positif ni à notre tradition juridique.

On pourrait certes faire valoir en ce sens que ces donations supposent pratiquement le respect de formes particulières qui interdisent de les considérer comme de simples accords de volontés. On pourrait également faire état de ce que dans les donations l'accord des volontés est souvent assez illusoire, la volonté du donateur ayant normalement une tout autre importance que celle du donataire. Enfin la justice contractuelle, en tant que justice commutative ou corrective, n'a guère de place dans les donations dont la caractéristique est de ne pas comporter de contrepartie.

Si ces observations suffisent à montrer le particularisme des donations à l'intérieur des contrats, elles ne semblent pourtant pas constituer des arguments décisifs en faveur de leur exclusion rationnelle de cette qualification. Il arrive d'abord que la volonté du donataire joue un rôle important, qu'il refuse la donation ou qu'il la réclame. L'accord des volontés existe donc bien ici encore. L'exigence de formes solennelles est aujourd'hui si développée, notamment par l'effet de l'ordre public de protection, que cette caractéristique ne peut plus être invoquée pour écarter la qualification de contrat. En outre il peut être admis qu'à leur égard c'est l'utilité sociale qui doit être le principe directeur, complétée par la justice distributive, prenant ici le relais de la justice commutative ou corrective. Enfin il faut tenir compte de ce qu'entre l'acte à titre onéreux et l'acte de bienfaisance existent une série de situations intermédiaires entre lesquelles il serait difficile de tracer une ligne de démarcation suffisamment rigoureuse.

On a vu en outre que les accords de volontés relatifs aux relations extrapatrimoniales dans la famille pouvaient être considérés comme de véritables contrats.

Sans perdre de vue l'importance de l'échange économique dans la théorie générale du contrat, il semble donc préférable de ne pas en faire l'un des critères du contrat et de s'en tenir à son mode de formation : l'accord des volontés. Les droits anglais et nord-américain distinguent d'ailleurs le contract du bargain, de l'échange de prestations ou d'obligations.

3. - La qualification de contrat doit-elle être réservée aux accords de volontés qui ne font pas naître une institution ou un statut ?
La doctrine de droit public oppose classiquement à l'analyse de Kelsen, dont nous nous sommes inspirés, celle de Duguit et de son école, réactualisée par les travaux de A. de Laubadère et particulièrement le traité des contrats administratifs de ce dernier et de MM. Delvolvé et Moderne (78). Duguit (79) n'a guère eu d'influence sur la doctrine de droit privé.

Il donne du contrat une définition très restrictive, qu'il oppose à celle de la convention. Il faut pour qu'il y ait contrat que les parties aient des intérêts opposés et poursuivent des buts différents. En

revanche il y a « union » quand elles s'accordent pour créer une institution ou pour établir un statut comparable à un règlement.

A partir de là les « contrats de programme » conclus naguère entre l'Etat et les entreprises nationales, de même que les « contrats de ville moyenne » ou « de pays » entre l'Etat et des collectivités locales seront qualifiés d'unions créant un statut objectif et permanent. De même les contrats « de plan », malgré la loi de juillet 1982 portant réforme de la planification, qui leur reconnaît expressément une nature authentiquement contractuelle (80), seront tenus pour des contrats discutables (81).

Appliquée au droit privé cette distinction conduira à exclure des contrat les accords de volontés donnant naissance à une société ou une association.

Cette distinction est trop réductrice de la réalité et de la diversité des objectifs poursuivis par les parties. La logique de la distinction proposée par Duguit conduirait à refuser la qualification de contrat aux accords de coopération à long terme fréquents dans les relations industrielles, notamment pour l'exploitation en commun d'un site où se développeront des activités complémentaires entre sociétés juridiquement et même effectivement distinctes. La permanence des relations contractuelles et la poursuite d'un but partiellement commun sont trop fréquents et surtout trop relatifs pour permettre de tracer une ligne de séparation suffisamment significative entre deux catégories d'actes juridiques. Comme on l'a observé « voilà donc que se dessine une nouvelle façon de considérer le contrat, comme une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, oeuvre de mutelle confiance - sous l'égide d'un juge qui sait être, quand il le faut, juge d'équité » (82).

Dans le même esprit une partie de la doctrine de droit public exclut de la qualification de contrat les conventions qui ont pour effet de déclencher l'application d'une situation réglementaire, telles que les « contrats » de recrutement d'agents publics ou les « contrats » d'abonnement téléphonique par exemple, et les conventions qui créent elles-mêmes ces situations réglementaires, telles que les conventions de sécurité sociale ou les concessions de services publics. Il s'agirait d'actes-condition, dont la singularité serait de pouvoir être invoqués par les tiers et de pouvoir leur être opposés (83).

Mais en fait cette situation n'est pas particulière aux contrats administratifs. Tous les contrats sont opposables aux tiers. En outre l'accord des volontés une fois réalisé échappe à ses auteurs. Son contenu peut dépendre dans une certaine mesure de leur commune volonté. Mais il est toujours plus ou moins imposé de l'extérieur, par la loi, ou le juge. S'il s'agit de l'adhésion à une situation réglementaire il reste que celle-ci a été initialement consentie. La qualification de contrat ne doit être écartée que si cette situation réglementaire a pour résultat d'enlever tout effet obligatoire à l'égard de l'une des parties.

Conclusion

Il est possible de préciser maintenant une définition traditionnelle qui reste trop liée à la théorie de l'autonomie de la volonté dont nous avons vu qu'elle devait être rejetée.

Le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets.

Nous avons vu, en effet, que le contrat se caractérise par sa procédure spécifique de création d'effets de droit : un accord de volontés (84). Cet accord de volontés doit être destiné à produire des effets de

droit, condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification. Ces deux éléments figurent déjà dans la définition généralement retenue du contrat.

Mais nous avons vu qu'il fallait lui apporter deux précisions importantes.

Tout d'abord tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volontés (85).

Ensuite, et surtout, l'accord des volontés ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci (86).

Cette définition laisse à l'accord des volontés son rôle spécifique dans la création d'effets de droit. Mais l'autonomie ainsi reconnue aux parties, qui sont autorisées à régler elles-mêmes, par leur accord, leurs relations, n'est pas indépendance, ni souveraineté. Elle ne s'exerce que dans les limites plus ou moins étroites des compétences qui leur sont reconnues par le droit objectif.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cette chronique reprend en substance un rapport présenté en 1989 au Centre de philosophie du droit de l'Université de Paris II.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. L. Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in Le droit contemporain des contrats, 1987, p. 13, n° 6, sur la distinction.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. G. Alpa, Le contrat « individuel » et sa définition, Rev. int. dr. comp. 1988.327 s., spéc. p. 333, citant Atiyah, An introduction to the law of contract, Londres, 1961.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. G. Alpa, préc.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 5e éd., 1983, p. 253 à 283.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. notamment, D. Truchet, Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés, in Le droit contemporain des contrats, sous la dir. de L. Cadiet, 1987, p. 186, qui observe que « parler de critère renvoie implicitement à l'idée qu'il y aurait une notion fondamentale de contrat, une essence contractuelle, des contrats par nature », et ajoute « or je ne crois pas à une telle notion ».
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. N. Rouland, Anthropologie juridique, 1988, n° 158-159.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. E. Le Roy, Cours d'anthropologie historique et juridique des contrats, multigr., Paris-Brazzaville, 1972-1973, p. 90 s., principalement fondé sur l'étude de sociétés négro-africaines, cité in N. Rouland, préc., p. 267 s., n° 160.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. Ph. Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats, sous la dir. de L. Cadiet, 1987, p. 277, n° 22, citant : Le droit des relations économiques internationales, Etudes Goldmann, 1982, spéc. les art. de G. Farjat (p. 47), Ph. Kahn (p. 89), P. Lagarde (p. 125), P. Sanders (p. 281), J. Stoufflet (p. 361), M. Virally (p. 373).
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. Ph. Rémy, op. cit., p. 272, n° 6.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. L. Cadiet, op. cit., p. 12, qui cite : L. Cohen-Tanugi, Le droit sans Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique, 1985, spéc. le chapitre I : « Vers la société contractuelle » ; J. M. Varaut, Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel, spéc.

p. 181 à 189. - Adde, A. Laurent, De l'individualisme. Enquête sur le retour de l'individu, 1985 ; Gallo, La troisième alliance. Pour un nouvel individualisme.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965, t. 1, p. 591 à 594, n° 194 à 195 ; Cf. J. Prévault, Les fondements philosophiques du code Napoléon, « studi urbinati », Milan, 1975-1976, n° 28, p. 143 s.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Vocabulaire juridique Capitant, 2e éd., sous la dir. de G. Cornu, v° Contrat. Vocabulaire juridique, 1re éd., 1930, sous la dir. de H. Capitant, v° Contrat.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. G. Alpa, préc., Rev. int. dr. comp. 1988.329.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. v° Volonté.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 306-1.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. Ph. Rémy, préc., p. 273, n° 7 et 8, citant en ce sens not. Gorla, Rouhette et Villey.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. La théorie juridique de la convention, Arch. phil. droit 1940.33 à 76.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. X. Martin, Anthropologie et code Napoléon, Bull. soc. fr. idées et hist. relig., n° 1, 1984, p. 39 à 62, spéc. p. 43 ; Nature humaine et code Napoléon, in Droits, n° 2, 1985, p. 117 à 128, spéc. p. 120. - Adde, L. Cadiet, préc., 1987, p. 9.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Kelsen, préc., p. 48.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Préc., v° Autonomie.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. en ce sens, J. Carbonnier, Flexible droit, 3e éd., 1976, p. 242. - C'est l'un des thèmes essentiels de la thèse de M. G. Rouhette, préc.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. G. Cornu, Regards sur le titre III du livre III du code civil, Cours DEA droit privé Paris II, 1976-1977, p. 148 à 150, qui observe que les rapports de la Cour de cassation de 1971 à 1975 ne comportent aucune rubrique générale relative au contrat, le droit commun étant redistribué sous les rubriques du droit spécial.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. P. Hébraud, ibid.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, op. cit., n° 166. - Adde A. Chirez, De la confiance en droit contractuel, thèse Nice, 1977.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. A. von Mehren, in International Encyclopedia of comparative law. A general view of contract, n° 25.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Ph. Rémy, préc. note (8), p. 273-274, n° 9 s.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Le contrat : Formation, n° 155-5.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, Traité de droit civil, Introduction générale, par J. Ghestin et G. Goubeaux, n° 192 et 193. - Cf. E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté, thèse 1912, p. 358-359 : « Chacun cède ou promet pour obtenir lui-même. Un bien ne sort de mon patrimoine, mon activité ne se met au service d'autrui, je n'assume une obligation quelconque que parce qu'une valeur correspondante m'est actuellement fournie ou, ce qui revient au même, m'est promise, et qu'ainsi un dédommagement vient rétablir l'intégrité première de mon patrimoine. En sorte que si ... nous pénétrons à l'intérieur du contrat ... c'est un principe de justice commutative que, dès l'abord, nous rencontrons ». - Cf. N. M. K. Gomaa, Théorie des sources de l'obligation, thèse Paris, 1968, LGDJ, préface J. Carbonnier, p. 236 à 241 et p. 249.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté, p. 387-388.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. not. R. Savatier, Métamorphoses économiques et sociales du droit civil, t. 1, 2e éd., p. 19 à 105, spéc. chapitre III, « La technique de

l'éclatement des contrats » ; G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 269 s., p. 322 ; G. Morin, La loi et le contrat, 1927, p. 111 et 112 ; La désagrégation de la théorie contractuelle du code, Arch. phil. droit 1940.7 s. ; A. Barreyre, L'évolution et la crise du contrat, thèse Bordeaux, 1937 ; G. Péquignot, Théorie générale du contrat administratif, thèse Montpellier, 1944, p. 17 ; Cf. G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965, § 2 ; H. Batiffol, La « crise du contrat » et sa portée, Arch. phil. droit 1968.13 s. ; P. Hébraud, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, Mélanges Maury, t. 2, p. 420.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. Ph. Rémy, op. cit., note (8), p. 272, n° 5.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. P. Godé, Volonté et manifestations tacites, thèse Lille, 1977, préface J. Patarin, spéc. p. 19 à 21, n° 11 et 12.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. A. Rieg, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Travaux Assoc. H. Capitant, 1968, p. 43, n° 3.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. La paumée dans les foires traduisait bien cette utilité du formalisme.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. A. Rieg, préc., p. 43, n° 3.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 179.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. G. Alpa, art. préc., p. 346-347.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. en ce sens, cités in G. Alpa, art. préc., p. 330 à 332 : Treitel, Howarth, The meaning of objectivity in contrat, 100 L. Q. Rev. 265 (1984) ; Corbin, Kessler et Gilmore, Contracts, Toronto-Londres, 1970, p. 97 ; V. Gray, Handbook of the law of contracts, 1985, p. 85 ; Farnsworth, Meaning in the law of contracts, 76 Yale L. J. 939, 1967, et Dispute over omission in contracts, 68 Colum. L. Rev. 860, 1968. - Adde, G. Rouhette, La révision conventionnelle du contrat, Rev. int. dr. comp. 1986.369 ; Zaki, Le formalisme conventionnel. Illustration de la notion de contrat-cadre, Rev. int. dr. comp. 1986.1057.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. not. L. Cadiet, préc., p. 15-17, n° 9 et 10.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. De la déclaration de volonté, p. 229 et 230, n° 89 et 90.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Hauriou, note sous Cons. d'Et. 23 mars 1906, S. 1908.3.17 ; Duguit, Les transformations du droit privé, 1912, p. 121 à 126.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. N. M. Gomaa, op. cit., note (28), n° 49, p. 69, qui considère qu'il n'y a pas de contrat dès l'instant que le contenu de celui-ci n'est pas l'oeuvre commune des deux parties. Cet auteur considère que la volonté doit être l'élément décisif du contrat et, surtout, il définit celui-ci comme un accord de volontés entre deux parties égales (op. cit., n° 13, p. 31), ce qui explique sa position quant au contrat d'adhésion. - Adde : A. Rieg, Contrat type et contrat d'adhésion, Travaux et recherches Inst. dr. comp. Paris, t. XXXIII, 1970, p. 111 ; A. Popovici, Les contrats d'adhésion, un problème dépassé ?, Mélanges L. Baudoin, 1974, p. 173 ; A. Seube, Les conditions générales des contrats, Mélanges Jauffret, p. 628.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. en ce sens, not. J. Carbonnier, Obligations, § 17.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. J. Carbonnier, op. cit., § 17.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. A. Rieg, op. cit., p. 111.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. P. A. Crépeau, Rapport général au VIIIe congrès international de droit comparé, Pescara, 1970, Contrat d'adhésion et contrat type, Mélanges L. Baudoin, p. 70, qui fait état, en ce sens, des rapports français, belge, italien, ouest-allemand, et suisse. - V. également en ce sens, pour le Québec, A. Popovici, préc., p.173-174.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. Rivero, Action économique et évolution

administrative, Rev. économique 1962.886 ; Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ, 1969, spéc. p. 110 ; M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, RTD civ. 1964.5 s., spéc. n° 20 s.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in Le droit contemporain des contrats, sous la dir. de L. Cadiet, 1987, n° 9, p. 93.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, RTD civ. 1964.48, n° 28 ; B. Starck, Obligations, n° 1048 ; Flour et Aubert, Obligations, vol. 1, n° 126.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Ce qui correspond à la fréquence des déclarations gouvernementales ou autres faisant appel à ces notions.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Chevallier, Les formes actuelles de l'économie concertée, Publications Fac. droit Amiens, 1971-1972, n° 1, p. 67 s.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. M. Hecquard-Théron, Essai sur la notion de réglementation, thèse Toulouse, 1977, LGDJ, préface J. A. Mazères, p. 242.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. M. Hecquard-Théron, thèse préc., p. 249 s., et les auteurs cités. - Adde, pour une étude approfondie de la notion de contrat administratif, A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, t. 1, 2e éd., 1983, n° 3 s. ; J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, préc. ; Cf. Ph. Langlois, Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation, Dr. soc. 1975.284, qui observe à propos de la convention nationale passée entre la caisse nationale d'assurance maladie et les organisations syndicales de médecins : « La négociation existe. Mais, en réalité, les médecins adhèrent individuellement à une convention type de nature réglementaire ».

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. A. Viandier, La complaisance, JCP 1980.I.2987, n° 16 s.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Carbonnier, Flexible droit, 3e éd., 1976, p. 20 s., spéc. p. 31-32.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. A. Viandier, préc.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Carbonnier, préc.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. E. H. Perreau, Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence, RTD civ. 1914.481 s.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. en ce sens Ripert et Boulanger, t. 2, n° 61 ; Weill et Terré, Obligations, n° 30.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. Rouast, La prestation gratuite de travail, Etudes Capitant, p. 695 ; Boitard, Les contrats de services gratuits, thèse Paris, 1941 ; Grua, L'acte gratuit en droit commercial, thèse Paris I, 1978. - La question s'est posée de savoir si le transport bénévole d'un passager (auto-stop) donnait naissance à un contrat susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du conducteur en cas d'accident (V. Josserand, Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles, D. H. 1926. Chron. 21 ; Thénard, Le transport gratuit, Rev. crit. 1939.171). - V. cependant, pour l'entraide entre agriculteurs, J. Ghestin, Le contrat : Formation n° 19-1.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Bull. civ. I, n° 117, p. 99 ; D. 1975. Somm. 75.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Carbonnier, Flexible droit, p. 32, qui fait état de l'hospitalité gratuite, mais durable, considérée comme une sous-location prohibée par Civ. 1re, 7 févr. 1962, JCP 1962.II.12727, note Désiry ; D. 1962. Somm. 89.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Carbonnier, Introduction, in L'évolution

contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier, 1985, PUF, 1986, p. 38.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cf. Weill et Terré, Obligations, n° 31, sur la pratique de tels accords dans le fonctionnement des sociétés commerciales. - V. également, B. Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979. Chron. 107 ; J. Terray, La lettre de confort, Rev. Banque 1980.329 ; M. de Vita, La jurisprudence en matière de lettres d'intention, Gaz. Pal. 1987.2. Doctr. 667 ; Ph. Simler, Le cautionnement, 1982, n° 30.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. An introduction to the law of contract, Londres, 1961, p. 132.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Ph. Rémy, op. cit.,note (8), p. 276, n° 18 ; G. Creff, Les contrats de la famille, ibid., p. 245 s. ; J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 110.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. C. App., 1919, 2 KB 571, cité par G. Alpa, art. préc., p. 335.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. P. Voisin, Les lettres de confort, Petites Affiches, 7 déc. 1987, p. 5 s.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. M. D. Cruege, Le concept contractuel et les négociations collectives, thèse Paris I, 1974 ; J. Savatier, La révolution de mai et le droit du travail, Dr. soc. 1968.438 ; G. Lyon-Caen, Les journées de mai et les accords de Grenelle, Dr. soc. 1968.446 ; Javillier, La partie obligatoire des conventions collectives, Dr. soc. 1971.259 ; M. Voisset, Concertation et contractualisation dans la fonction publique, Dr. soc. 1970.409 et spéc. p. 424. - Le droit anglais tenait d'ailleurs les conventions collectives de travail pour des Gentlemen's Agreements jusqu'à la loi sur les relations industrielles de 1971, dite loi Carr (V. G. Caplat, Un tournant dans les relations industrielles en Grande-Bretagne : la loi sur les relations industrielles de 1971, Dr. soc. 1973.286). - Adde : sur la nature juridique et la sanction civile des voeux religieux, Cornu, RTD civ. 1977.789.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, op. cit., n° 147 s.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Monateri, La sinecdoque française, Rev. int. dr. comp.1984.21 s.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Cité par G. Alpa, art. préc., p. 330, qui cite également l'Osborne concise dictionary par J. Burke, mentionnant comme définition du contrat an « agreement enforceable at law ».
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Lois civiles, 1re partie, titre 1er, section 1, p. 237, n° 8.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. An introduction to the law of contract, Londres, 1961, p. 18, cité par G. Alpa, art. préc., p. 331.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. G. Alpa, Le contrat « individuel » et sa définition, Rev. int. dr. comp. 1988.329, citant Corbin, On contracts, Saint-Paul, Minn., 1952, p. 1155.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. G. Alpa, art. préc., p. 332.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in Le droit contemporain des contrats, sous la dir. de L. Cadiet, 1987, p. 111, n° 42.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3e éd., 1927, t. 1. - Cf. pour une présentation critique de l'analyse de Duguit, J. Carbonnier, Obligations, § 10 ; Weill et Terré, Obligations, n° 64 ; J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse Paris, 1971, LGDJ, préface P. Raynaud, n° 44 s., p. 56 s. ; P. Hébraud, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, Mélanges Maury, t. 2, p. 422-423, note 10 ; G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965, p. 42 à 45 et p. 48.

Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Caillosse, préc., n° 20.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. A. de Laubadère, Delvolvé et Moderne, Traité des contrats administratifs, p. 243 s. ; J. Caillosse, préc., n° 43.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. Ph. Rémy, art. préc., p. 279-280, n° 30.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Caillosse, préc., n° 49, citant Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral. Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, LGDJ, 1971, et Traité des contrats administratifs, LGDJ, préc.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 178.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, op. cit., n° 78.
Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide. V. J. Ghestin, op. cit., n° 156 s.

SEANCE 2

FORMATION DU CONTRAT

Le consentement
(Existence)

I. – Jurisprudence

- **Pourparlers**

➢ Com., 20 mars 1972 : bull. Civ. Iv, n° 93 ; rtd civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry
➢ Com., 7 janvier 1997 : inédit, d. 1998, p. 45, note p. Chauvel
➢ Com., 22 avril 1997 : inédit, d. 1998, p. 45, note p. Chauvel
➢ Com., 26 novembre 2003 : bull. Civ. Iv, n° 186.

- **L'offre**

➢ Cass, civ., 3ième, 10 mai 1968 (à commenter).
➢ Civ. 3ème, 21 octobre 1975 : bull. Civ. Iii, n° 302
➢ Com., 6 mars 1990: bull. Civ. Iv, n° 74 ; d. 1991, somm. P. 317, obs. J.-l. Aubert
➢ Com., 3 décembre 2003 : inédit ; jcp g, 2004, ii, 10181, note j.-ch. Serna
➢ Civ 3eme 8 septembre 2016 N° de pourvoi: 15-17740

- **L'acceptation**

➢ Com., 9 juillet 1991 : Bull. civ. IV, n° 256
➢ Com., 25 juin 1991: Bull. Civ. IV, n° 234
➢ Civ. 1ère, 29 octobre 2002 : Bull. Civ. I, n° 255

- **Contrat entre absents**

➢ Soc., 11 juillet 2002 : Bull. civ. V, n° 254 ; D. 2003, p. 1718.
➢ Com., 7 janvier 1981 : Bull. civ. IV, n° 14

II. – Doctrine

➢ M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, rtd civ. 1995 p. 573.
➢ I. Najjar, *L'accord de principe*, d. 1991, p. 57.
➢ L. Grynbaum, *Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation*, d. 2003 p. 1706
➢ D. Mainguy, *La violation du pacte de préférence*, dr. et patrimoine, 2006, n° 144, p. 72

III.– Exercices

- Résolution des cas pratiques.
- Analyse d'arrêt : **Cass. Com., 7 janvier 1981 : Bull. civ. IV, n° 14.**
- Commentaire d'arrêt rédigé : **Cass., civ., 3ième, 10 mai 1968.**

CAS PRATIQUES :

Cas pratique n°1

M. Martin désireux de vendre son véhicule (un magnifique q7) fait publier une petite annonce dans ml indiquant la marque aux anneaux, l'année, le kilométrage ainsi que la couleur, les options + prix à débattre.
M. Dupont répond à cette annonce et accepte cette proposition en indiquant qu'il est prêt à verser un prix de 40 000 euros.
M. Dupont, prêt à faire une superbe affaire, estime que la contrat de vente est conclu et veut contraindre m. Martin à l'exécuter.

Qu'en pensez-vous ?

Cas pratique n°2

M. X vend un immeuble àn m. Y. Le contrat contient une condition suspensive d'obtention d'un prêt bancaire par m. Y.
Avant l'expiration du délai de réalisation de cette condition, m x est contacté par m. Z qui lui offre un prix plus intéressant.
M. X écrit à m. Y que le contrat étant affecté d'une condition suspensive n'a pas encore été formé et qu'il peut donc rompre les pourparlers contractuels.

Qu'en pensez-vous ?

I. - Jurisprudence

- **Pourparlers**

➢ **Com., 20 mars 1972**

SUR LES DEUX MOYENS REUNIES : ATTENDU QUE, SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE (COLMAR, 13 JUILLET 1970) LA SOCIETE DES ETABLISSEMENTS GERTEIS EST ENTREE EN POURPARLERS, EN AVRIL 1966, AVEC LA SOCIETE ETABLISSEMENTS VILBER-LOURMAT CHARGEE DE LA DISTRIBUTION EXCLUSIVE EN FRANCE DE MACHINES, DESTINEES A LA FABRICATION DE TUYAUX EN CIMENT, CONSTRUITES PAR LA SOCIETE AMERICAINE HYDROTILE MACHINERY C° DONT LE SIEGE EST A NASHUA (IOWA) ;

QU'APRES UN VOYAGE AUX ETATS-UNIS EFFECTUE PAR ROBERT GERTEIS DU 13 AU 23 MAI 1966 POUR VOIR FONCTIONNER CES MACHINES, LA SOCIETE GERTEIS DEMANDA A LA SOCIETE VILBER-LOURMAT DES RENSEIGNEMENTS COMPLEMENTAIRES AVANT DE FAIRE SON CHOIX ENTRE PLUSIEURS TYPES DE MACHINES FABRIQUEES PAR LA SOCIETE HYDROTILE ;

QUE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT NE REPONDIT PAS A CETTE LETTRE ;

QUE LA SOCIETE GERTEIS APPRIT ULTERIEUREMENT QUE DES LE 4 JUIN 1966 LE FABRICANT AMERICAIN AVAIT ADRESSE UN DEVIS AUX ETABLISSEMENTS VILBER-LOURMAT, MAIS QUE CEUX-CI NE LE TRANSMIRENT PAS A LA SOCIETE GERTEIS ;

QUE LE 16 JUIN 1966 LA SOCIETE VILBER-LOURMAT SIGNA AVEC LA SOCIETE LES TUYAUX CENTRIFUGES DU RHIN, CONCURRENTE DE LA SOCIETE GERTEIS, UN CONTRAT DE VENTE D'UNE MACHINE HYDROTILE COMPORTANT UNE CLAUSE AUX TERMES DE LAQUELLE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT S'ENGAGEAIT A NE PAS VENDRE UNE MACHINE SEMBLABLE DANS UNE ZONE ENGLOBANT L'EST DE LA FRANCE PENDANT UN DELAI DE QUARANTE-DEUX MOIS SUIVANT LA LIVRAISON DE LA MACHINE COMMANDEE PAR LA SOCIETE LES TUYAUX CENTRIFUGES ;

QUE LE 21 FEVRIER 1967 LA SOCIETE GERTEIS FIT ASSIGNER LA SOCIETE VILBER-LOURMAT EN PAIEMENT DE DOMMAGES-INTERETS ;

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A L'ARRET CONFIRMATIF DEFERE D'AVOIR CONDAMNE LA SOCIETE VILBERT-LOURMAT EN RETENANT TANT LE REFUS DE VENTE QUE LES AUTRES FAUTES IMPUTEES A CETTE SOCIETE, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE, D'UNE PART, AU REGARD DE L'ARTICLE 37-1° DE L'ORDONNANCE DU 30 JUIN 1945 MODIFIEE IL N'Y A PAS REFUS DE VENDRE LORSQUE LE REFUS DE SATISFAIRE A LA DEMANDE D'UN ACHETEUR RESULTE D'UNE CONVENTION D'EXCLUSIVITE RECONNUE VALABLE ;

QUE LA COUR D'APPEL NE POUVAIT DONC, SANS SE CONTREDIRE, NI FAUSSEMENT APPLIQUER CE TEXTE, DECLARER LA SOCIETE VILBER-

LOURMAT COUPABLE ENVERS LA SOCIETE GERTEIS D'UN REFUS DE VENDRE UNE MACHINE HYDROTILE, ALORS QU'IL EST CONSTANT QUE CE REFUS RESULTE DE LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE STIPULEE DANS LE CONTRAT DE VENTE DE LA MEME MACHINE, ANTERIEUREMENT CONCLU AVEC LA SOCIETE LES TUYAUX CENTRIFUGES DU RHIN, ET QUE LA COUR D'APPEL RECONNAIT LA VALIDITE DE CETTE CLAUSE DANS UN TEL CONTRAT, ALORS QUE D'AUTRE PART, EN FAISANT STIPULEE DANS LE CONTRAT DE VENTE DE LA MEME MACHINE, ANTERIEUREMENT A LA RUPTURE DES POURPARLERS, ET ENCORE DE CE QUE LES POURPARLERS AVAIENT DEPASSE LE STADE PRE-CONTRACTUEL, TOUT EN CONFIRMANT LA DECISION DES PREMIERS JUGES, LESQUELS DECLARENT QUE LA RUPTURE DES POURPARLERS PAR LA SOCIETE VILBER-LOURMAT CONSTITUE UNE FAUTE COMMISE EN PERIODE PRE-CONTRACTUELLE ET JUSTICIABLE DE L'ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL, LA COUR D'APPEL NE PERMET PAS DE RECONNAITRE SI ELLE SE FONDE SUR LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE OU DELICTUELLE DE CETTE SOCIETE, QUE, DES LORS, EN LAISSANT INCERTAINE LA BASE JURIDIQUE DE SA DECISION, LA COUR D'APPEL NE LUI A PAS DONNE DE BASE LEGALE, ALORS, AU SURPLUS, QUE L'ARRET CONFIRMATIF ATTAQUE N'EST JUSTIFIE NI SUR LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE NI SUR CELUI DE LA RESPONSABILITE DELICTUELLE, LA COUR D'APPEL NE SAURAIT EN EFFET SANS DENATURER LES TERMES DU LITIGE FONDER SA DECISION SUR LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT, LA SOCIETE GERTEIS S'ETANT EXPRESSEMENT BORNEE A DEMANDER LA CONDAMNATION DE CETTE SOCIETE PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL, ET QUE, PAR AILLEURS, LA COUR D'APPEL NE PEUT SANS SE CONTREDIRE, NI VIOLER LE PRINCIPE DE L'INDIVISIBILITE DE L'AVEU, DEDUIRE LA CONSCIENCE FAUTIVE DE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT DE L'AFFIRMATION DE CELLE-CI QU'ELLE S'EST ENQUISE PAR TELEPHONE DES INTENTIONS DE LA SOCIETE GERTEIS AVANT DE S'ENGAGER AVEC UNE AUTRE SOCIETE, TOUT EN ECARTANT COMME NON ETABLIE L'EXISTENCE DE CETTE DEMARCHE ;

QUE, DE PLUS, LA COUR D'APPEL, QUI NE REPOND PAS AUX CONCLUSIONS DE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT FAISANT VALOIR LES TERMES DE SON APPEL TELEPHONIQUE ET LA REPONSE DILATOIRE DE LA SOCIETE GERTEIS, NE JUSTIFIE PAS QUE LES POURPARLERS N'AIENT PU ETRE ROMPUS A LA SUITE DE CE COUP DE TELEPHONE ;

QU'ENFIN LES MOTIFS ADOPTES DES PREMIERS JUGES NE JUSTIFIENT PAS DAVANTAGE LE CARACTERE ABUSIF DE LA RUPTURE, QU'EN EFFET IL Y A CONTRADICTION A INVOQUER LA BRUTALITE DE CELLE-CI TOUT EN CONSTATANT L'ATTITUDE DILATOIRE DE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT, ET L'ABSENCE DE RAISON LEGITIME DE CETTE RUPTURE, EGALEMENT INVOQUEE, LAQUELLE N'EST PAS DEMONTREE, LA COUR D'APPEL ADMETTANT LA VALIDITE DE LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE DANS LE CONTRAT DE VENTE D'UNE MACHINE HYDROTILE ET NE REPONDANT PAS AUX CONCLUSIONS DE LA SOCIETE

VILBER-LOURMAT QUI FAISAIT VALOIR QU'ELLE AVAIT RECU, POUR CETTE MACHINE D'UNE HAUTE TECHNICITE, UNE COMMANDE FERME ASSORTIE D'UN ACOMPTE EMANANT D'UNE SOCIETE DEJA SPECIALISEE DANS LA FABRICATION DE TUYAUX EN BETON ;

MAIS ATTENDU QUE L'ARRET DEFERE A, PAR MOTIFS ADOPTES RELEVE QUE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT AVAIT, DE PROPOS DELIBERE, RETENU LE DEVIS DEFINITIF DU FABRICANT AMERICAIN DESTINE AUX ETABLISSEMENTS GERTEIS ET ROMPU SANS RAISON LEGITIME, BRUTALEMENT ET UNILATERALEMENT, LES POURPARLERS AVANCES QU'ELLE ENTRETENAIT AVEC LEDITS ETABLISSEMENTS, QUI AVAIENT DEJA, A SA CONNAISSANCE, ENGAGE DE GROS FRAIS ET QU'ELLE MAINTENAIT VOLONTAIREMENT DANS UNE INCERTITUDE PROLONGEE, QU'ELLE AVAIT AINSI MANQUE AUX REGLES DE LA BONNE FOI DANS LES RELATIONS COMMERCIALES ;

QUE, PAR MOTIFS PROPRES, LA COUR D'APPEL, QUI N'A NULLEMENT DECLARE QUE LA SOCIETE VILBER-LOURMAT AVAIT COMMIS UNE FAUTE CONTRACTUELLE, A RETENU QUE LES ETABLISSEMENTS VILBER-LOURMAT DECLARAIENT EUX-MEMES QU'AVANT DE S'ENGAGER AVEC LEUR AUTRE CLIENT ILS S'ETAIENT ENQUIS UNE ULTIME FOIS DES INTENTIONS DE GERTEIS, MAIS QU'ILS N'EN FOURNISSAIENT PAS LA MOINDRE JUSTIFICATION ET QU'EN TOUT CAS IL FALLAIT OBSERVER QUE DES NEGOCIATIONS AUSSI LABORIEUSES NE POUVAIENT ETRE ROMPUES PAR UN SIMPLE COUP DE TELEPHONE, D'AILLEURS PLUS QUE PROBLEMATIQUE, QUE C'ETAIT DONC A BON DROIT QUE LES PREMIERS JUGES AVAIENT CONSTATE LA RUPTURE ABUSIVE DES POURPARLERS PAR LES ETABLISSEMENTS VILBER-LOURMAT ;

ATTENDU QUE PAR CES ENONCIATIONS, ET ABSTRACTION FAITE DES AUTRES MOTIFS QUI SONT SURABONDANTS, LA COUR D'APPEL, SANS ENCOURIR LES GRIEFS DU POURVOI, A PU RETENIR A L'ENCONTRE DE LA SOCIETE VILBERT-LOURMAT UNE RESPONSABILITE DELICTUELLE ET A AINSI JUSTIFIE LA CONDAMNATION DE CETTE SOCIETE ;

QU'AUCUN DES MOYENS NE PEUT DONC ETRE ACCUEILLI ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 13 JUILLET 1970 PAR LA COUR D'APPEL DE COLMAR.

- **Com., 7 janvier 1997**

LA COUR - Sur le moyen unique pris en ses deux branches : - Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (CA Paris, 16 septembre 1994), qu'en décembre 1990, la société Eurolocatique, spécialisée dans l'ingénierie en matière de crédit-bail et de location, et la Banque franco-allemande, qui se proposait de créer un département de crédit-bail au sein de ses services, sont entrées en relations en vue d'un contrat de collaboration ; que, durant une année, des réunions se sont tenues, la société Eurolocatique a effectué des études et a présenté trois projets de contrat à la Banque franco-allemande qui a finalement indiqué qu'elle ne donnait pas suite au projet ; que la société Eurolocatique a assigné la Banque

franco-allemande en paiement de la facture représentant le temps consacré à l'étude ;

Attendu que la Banque franco-allemande fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée au paiement de la somme de 180 000 F à titre de dommages-intérêts, alors selon le pourvoi, d'une part, que la responsabilité de l'auteur de la rupture de pourparlers ne peut être retenue que si celui-ci a fait preuve d'une volonté de nuire en poursuivant ces pourparlers ou a agi avec mauvaise foi au cours de la négociation en abusant de son droit de rompre les pourparlers ; qu'en l'espèce l'arrêt s'est borné à relever qu'elle avait fait part tardivement à la société Eurolocatique de l'impossibilité pour elle d'acquérir un portefeuille de contrats de crédit-bail tandis que la société Eurolocatique lui avait communiqué son savoir-faire et avait procédé à des études détaillées utiles à celle-ci, tout en constatant expressément qu'il n'était pas établi que, par une quelconque manoeuvre, elle ait sollicité de telles informations ; qu'ainsi, en retenant néanmoins sa responsabilité, sans relever aucun fait de nature à établir son intention de nuire à tout le moins sa mauvaise foi, dans la conduite des pourparlers, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ; et alors, d'autre part, que les juges du fond ne mettent pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle lorsque leur décision s'appuie sur des documents soumis au débat contradictoire qui ne sont pas exactement désignés et qui ne sont pas analysés, même de façon sommaire ; qu'ainsi, en fondant son arrêt sur « trois propositions » émanant de la société Eurolocatique ainsi que sur des « modifications » sollicitées par elle, sans identifier ni analyser ces prétendues propositions et modifications, la cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, qu'après avoir retenu que les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés pendant une longue période, et que des contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final en demandant qu'il soit apporté des modifications aux trois propositions élaborées par la société Eurolocatique, et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, sans motif légitime, rompu brutalement les pourparlers, la cour d'appel justifie ainsi légalement sa décision en déduisant de ces constatations que la Banque franco-allemande a eu un comportement fautif ;

Et attendu, d'autre part, qu'en constatant l'existence de trois propositions et des modifications y apportées, sur le contenu desquelles elle n'était pas appelée à se prononcer et dont le caractère sérieux n'était pas contesté, la cour d'appel a mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'abus du droit de la Banque franco-allemande de rompre les pourparlers ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs, rejette...

- **Com., 22 avril 1997**

LA COUR - Sur le moyen unique, pris en ses trois branches : - Attendu selon l'arrêt attaqué (CA Versailles, 9 juin 1994) que la société Iveco France (société Iveco) a proposé à la société Mabo de lui vendre des véhicules neufs à un certain prix ; que la société Mabo a, le 28 juin 1990, commandé un certain nombre de camions mais en exigeant la reprise de véhicules d'occasion au prix de 1 525 000 F hors taxes, en stipulant que le contrat devrait être signé avant le 15 juillet 1990, et en versant un acompte de 20 000 F ; que par lettre du 6 juillet 1990 la société Iveco a confirmé la commande des véhicules neufs mais en ne donnant pas son accord sur le chiffre des reprises ; que les conditions générales de vente précisaient que l'acompte devait être égal à 10 % du montant de la commande ; que par courrier

(correspondance) du 20 juillet 1990 la société Iveco a proposé 1 425 000 F hors taxes pour la reprise ; que, par « fax » du 31 juillet 1990, invoquant un défaut de réponse de la part de la société Mabo, la société Iveco a informé cette société qu'elle ne pouvait confirmer la commande, qu'elle lui restituait l'acompte de 20 000 F ; que la société Mabo, qui avait, par lettre recommandée avec accusé de réception du 30 juillet, accepté les conditions de la reprise, a assigné la société Iveco en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Iveco fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à la société Mabo la somme de 300 000 F à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice consécutif à la rupture des pourparlers entre les parties, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en se bornant à retenir que la société Mabo n'avait pas commis de faute en répondant dans les dix jours à la proposition de reprise de la société Iveco, pour déclarer cette dernière responsable de la rupture des pourparlers, sans préciser en quoi la volonté de la société Iveco de ne pas poursuivre la négociation aurait été fautive et sans indiquer en quoi le retrait de son offre aurait été abusif, la cour d'appel a privé sa décision de fondement légal au regard de l'article 1382 du code civil ; alors, d'autre part, que la société Iveco établissait que la date ultime de conclusion de l'accord définitif était déjà dépassée depuis cinq jours au moment de son offre de reprise et que la société Mabo n'avait versé à cette date qu'un acompte réduit très inférieur au montant normalement requis ; qu'elle déduisait de ces circonstances qu'elle était en droit d'exiger de sa partenaire une réponse très rapide de sa dernière offre de reprise et que le retrait, au 31 juillet 1991, de sa proposition à laquelle il n'avait toujours pas été répondu à cette date était légitime ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ces éléments pertinents de nature à exclure toute responsabilité de la société Iveco France dans la rupture des négociations en cours, la cour d'appel a privé sa décision de fondement légal au regard de l'article 1382 du code civil ; et alors, enfin, qu'en condamnant la société Iveco à réparer le préjudice prétendument occasionné à la société Mabo du fait de la rupture des pourparlers sans préciser en quoi consistait ce dommage spécifique nécessairement distinct du préjudice lié à l'inexécution de la commande litigieuse, la cour d'appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel a retenu qu'en faisant une nouvelle offre de reprise le 20 juillet, après la date fixée pour la passation du contrat, la société Iveco avait implicitement prorogé la date d'option, qu'en notifiant à la société Mabo son refus de confirmer la commande, elle n'avait pas fait état de l'insuffisance de l'acompte ou du dépassement de la date de commande définitive ; qu'elle a constaté que les propositions des deux parties sur le prix de reprise n'étaient différentes que de 100 000 F, ce qui ne démontrait pas une incompatibilité de point de vue entre elles ; qu'elle a observé que, dans sa lettre du 20 juillet, la société Iveco n'avait fixé aucun nouveau délai et avait employé la formule sauf « meilleurs délais » remarquant qu'une réponse dans un délai de 10 jours devait être considérée comme ayant été faite dans un délai raisonnable ; qu'en l'état de ces constatations les juges du fond ont fait ressortir que la société Iveco avait rompu brutalement et unilatéralement des négociations très engagées, et avait manqué aux règles de bonne foi dans les relations commerciales ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant caractérisé la faute de la société Iveco c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé que la brutale rupture des pourparlers avait causé à la société Mabo un préjudice dont elle a apprécié le montant par l'évaluation qu'elle en a faite ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs, rejette...

- **Civ. 1ère, 6 janvier 1998**

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que MM. Al Esayi, Binmussalem, Al Amoudi et A. M. Horaibi, de nationalité saoudienne, porteurs, à hauteur de 99 %, des parts de la société de droit français Peninsular, constituée, le 31 janvier 1973, à seule fin d'acquisition d'un immeuble à usage de bureaux, laquelle a été réalisée le jour même, sont entrés en pourparlers avec M. Pierre Ossona, marchand de biens, en vue de la cession de l'intégralité du capital de la société ; que l'offre faite par celui-ci s'est matérialisée par l'envoi d'une lettre, le 15 octobre 1990, précisant le prix d'achat de 90 000 000 francs, assorti des garanties d'usage, notamment celle du passif, le paiement devant s'effectuer à concurrence de 10 % en une caution bancaire à la signature, et le solde à six mois de l'acte authentique ; que le 24 octobre suivant s'est tenue une réunion en présence des conseils des parties afin d'arrêter les modalités de la cession ; qu'aux termes d'un procès-verbal du même jour, M. André Ossona a réitéré pour le compte de M. Pierre Ossona un engagement inconditionnel et sans réserve de se porter acquéreur de l'intégralité des actions, la promesse de cession devant notaire étant fixée au 8 novembre 1990 et la cession définitive au 30 avril 1991 ; que faute d'obtention de la garantie bancaire M. Pierre Ossona n'a pas donné suite à l'opération ; que MM. Al Esayi, Al Amoudi et A.M. Horaibi, prétendant que celui-ci avait contrevenu à ses engagements contractuels, l'ont assigné en réparation de leur préjudice ; que retenant que M. Ossona avait, dans le déroulement des négociations, fait preuve d'un comportement fautif, l'arrêt attaqué confirmatif de ce chef (Paris, 7 juillet 1995) l'a condamné au paiement de la somme de 500 000 francs à titre de dommages-intérêts ;

Attendu que la cour d'appel a considéré que les pourparlers étaient très avancés compte tenu du court délai entre la date de la réunion et celle arrêtée pour la signature de la promesse chez un notaire, compte tenu également de l'engagement obtenu par M. Ossona des vendeurs de ne pas louer le troisième étage de l'immeuble qui constituait le seul actif de la société Peninsular ; qu'elle a aussi retenu que M. Ossona était dans la nécessité de recourir à un prêt bancaire pour payer la totalité du prix, sans toutefois en avoir fait état auprès de ses cocontractants, leur laissant croire qu'il serait en mesure de payer le solde du prix à terme avec ses fonds propres ; qu'elle a encore relevé que ce n'était que la veille de la date fixée pour la signature de la promesse que l'intéressé avait fait connaître qu'il n'avait pas obtenu la garantie bancaire ; que de ces constatations et énonciations, elle a pu déduire qu'il y avait eu réticence dolosive et fausses indications caractérisant un comportement fautif ; qu'en retenant avec les premiers juges que M. Ossona avait ainsi laissé se poursuivre des pourparlers qui allaient inéluctablement se traduire par des frais, elle a caractérisé le lien de causalité entre la faute et le dommage dont elle a souverainement apprécié la réparation ; qu'abstraction faite du motif surabondant critiqué par le troisième grief, la décision est légalement justifiée ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Com., 26 novembre 2003**

Donne acte aux consorts X... et à M. et Mme Y... de ce qu'ils se sont désistés de leur pourvoi n° B 00-10.949 en tant que dirigé contre la société Stuck, la société Les Complices et M.

Z... ;
Joint les pourvois n° J 00-10.243, formé par la société Alain Manoukian, et n° B 00-10.949, formé par les consorts X..., M. et Mme Y..., qui attaquent le même arrêt ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 29 octobre 1999), que la société Alain Manoukian a engagé avec les consorts X... et Y... (les consorts X...),, actionnaires de la société Stuck, des négociations en vue de la cession des actions composant le capital de cette société ; que les pourparlers entrepris au printemps de l'année 1997 ont, à l'issue de plusieurs rencontres et de divers échanges de courriers, conduit à l'établissement, le 24 septembre 1997, d'un projet d'accord stipulant notamment plusieurs conditions suspensives qui devaient être réalisées avant le 10 octobre de la même année, date ultérieurement reportée au 31 octobre ; qu'après de nouvelles discussions, la société Alain Manoukian a, le 16 octobre 1997, accepté les demandes de modification formulées par les cédants et proposé de reporter la date limite de réalisation des conditions au 15 novembre 1997 ; que les consorts X... n'ayant formulé aucune observation, un nouveau projet de cession leur a été adressé le 13 novembre 1997 ; que le 24 novembre, la société Alain Manoukian a appris que les consorts X... avaient, le 10 novembre, consenti à la société Les complices une promesse de cession des actions de la société Stuck ; que la société Alain Manoukian a demandé que les consorts X... et la société Les complices soient condamnés à réparer le préjudice résultant de la rupture fautive des pourparlers ;

Sur le moyen unique du pourvoi formé par les consorts X..., pris en ses deux branches :
Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt de les avoir condamnés à payer à la société Alain Manoukian la somme de 400 000 francs à titre de dommages-intérêts alors, selon le moyen :
1 / que la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, liberté qui n'est limitée que par l'abus du droit de rompre qui est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire ; que la cour d'appel, qui n'a relevé aucun élément à la charge du cédant de nature à caractériser un tel comportement, contraire à la bonne foi contractuelle, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil ;
2 / que celui qui prend l'initiative de pourparlers en établissant une proposition d'achat de la totalité des actions d'une société, soumise à plusieurs conditions suspensives affectées d'un délai de réalisation, et qui ne manifeste aucune diligence pour la réalisation de ces conditions, ne saurait imputer à faute la rupture par son partenaire des pourparlers, après l'expiration de ce délai, de sorte que la cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, a violé les articles 1382 et 1383 du Code civil ;
Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X... étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les consorts X... avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel ayant relevé, par un motif non critiqué, que les parties avaient, d'un commun accord, prorogé la date de réalisation des conditions

suspensives, le moyen pris de la circonstance que la rupture des pourparlers aurait été postérieure à cette date est inopérant ;
D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;
Sur le premier moyen du pourvoi formé par la société Alain Manoukian :
Attendu que la société Alain Manoukian fait grief à l'arrêt d'avoir limité à 400 000 francs la condamnation à dommages-intérêts prononcée à l'encontre des consorts X... alors, selon le moyen, que celui qui rompt brutalement des pourparlers relatifs à la cession des actions d'une société exploitant un fonds de commerce doit indemniser la victime de cette rupture de la perte de la chance qu'avait cette dernière d'obtenir les gains espérés tirés de l'exploitation dudit fonds de commerce en cas de conclusion du contrat ; qu'il importe peu que les parties ne soient parvenues à aucun accord ferme et définitif ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les consorts X... avaient engagé leur responsabilité délictuelle envers la société Alain Manoukian en rompant unilatéralement, brutalement et avec mauvaise foi les pourparlers qui avaient eu lieu entre eux au sujet de la cession des actions de la société Stuck exploitant un fonds de commerce dans le centre commercial Belle Epine ; qu'en estimant néanmoins que le préjudice subi par la société Alain Manoukian ne pouvait correspondre, du seul fait de l'absence d'accord ferme et définitif, à la perte de la chance qu'avait cette société d'obtenir les gains qu'elle pouvait espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce et en limitant la réparation du préjudice subi par la société Alain Manoukian aux frais occasionnés par la négociation et aux études préalables qu'elle avait engagées, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ;
Attendu que la cour d'appel a décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ; que le moyen n'est pas fondé ;
Et sur le second moyen du même pourvoi :
Attendu que la société Alain Manoukian fait encore grief à l'arrêt d'avoir mis hors de cause la société Les Complices alors, selon le moyen, que le seul fait pour l'acquéreur de garantir par avance le vendeur de toute indemnité en cas de rupture des pourparlers auxquels ce dernier aurait pu se livrer avec un tiers antérieurement constitue une faute dont l'acquéreur doit réparation envers la victime de la rupture des pourparlers dès lors qu'une telle garantie constitue pour le vendeur, et pour le profit de l'acquéreur, une incitation à rompre brutalement des pourparlers, fussent-ils sur le point d'aboutir, sans risque pour lui ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'aux termes de la convention de cession liant les consorts X... à la société Les complices, celle-ci s'était engagée à garantir les vendeurs de toute indemnité que ceux-ci seraient éventuellement amenés à verser à un tiers pour rupture abusive des pourparlers ; qu'en considérant néanmoins que la société Les complices, dont les juges du fond ont constaté qu'elle avait profité des manoeuvres déloyales commises par les consorts X... à l'encontre de la société Alain Manoukian, n'avait commis aucune faute envers la société Alain Manoukian, victime de la rupture brutale des pourparlers qu'elle avait engagés avec les consorts X..., peu important qu'il n'ait pas été démontré que la société Les complices avait eu connaissance de l'état d'avancement de ces pourparlers, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manoeuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ;

Attendu qu'ayant relevé que la clause de garantie insérée dans la promesse de cession ne suffisait pas à établir que la société Les Complices avait usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions composant le capital de la société Stuck, ni même qu'elle avait une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations poursuivies entre la société Alain Manoukian et les cédants et du manque de loyauté de ceux-ci à l'égard de celle-là, la cour d'appel a exactement décidé que cette société n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de la société Alain Manoukian, peu important qu'elle ait en définitive profité des manoeuvres déloyales des consorts X... ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE les pourvois ;
Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-six novembre deux mille trois.

- **L'offre**

➢ **Cass, civ., 3ième, 10 mai 1968, n° de pourvoi: 66-13187**

République française

Au nom du peuple français

Arrêt n° 1 sur le moyen unique : attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt infirmatif attaque qu'en octobre 1963, la société civile immobilière riviera Hollyday consentait a y..., agent immobilier, l'exclusivité de la vente d'un immeuble a usage de bureaux, sis a Nice, jusqu'au 30 novembre 1963, délai proroge par la suite jusqu'au 31 décembre, moyennant le prix de 470000 francs et une commission de 5 % a l'agence ;

Que le 24 octobre 1963, y..., a son tour, donnait option a x..., intéressé par cette acquisition, jusqu'au 15 décembre 1963 ;

Que par lettre du 12 novembre, ce dernier faisait connaitre les conditions de son acceptation éventuelle et le 22 novembre, levait expressément l'option qui lui avait été consentie le 24 octobre 1963, en précisant par une lettre recommandée confirmative du 27 novembre, qu'il était acquéreur aux prix et conditions fixes par le mandat donne a y... Et priait la société civile immobilière de prendre contact avec le notaire en vue de la réalisation de cette vente ;

Que sommation par huissier était faite le même jour par y... A la société civile immobilière d'avoir à comparaitre devant notaire pour réaliser l'acte de vente ;

Que par lettre du 3 décembre, le gérant de la société civile immobilière faisait connaitre a y... Que cette affaire s'avérait impossible, l'option étant tombée et qu'il reprenait sa liberté de disposition ;

Que la cour d'appel condamnait la société civile immobilière riviera Hollyday à verser à x... La

somme de 15000 francs à titre de dommages-intérêts ;

Attendu qu'il est reproche à l'arrêt d'avoir décidé que la société civile immobilière avait cause à x... Un préjudice en refusant de donner suite a une proposition de vente qui avait été acceptée par ce dernier, alors qu'il résulte des constatations mêmes de l'arrêt que la proposition en question avait été retirée par la société avant qu'elle eut été acceptée et que si une reprise des pourparlers entre les parties s'était ensuite produite, elle n'avait pu aboutir a aucun accord ;

Mais attendu que si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engage à ne pas la retirer avant une certaine époque ;

Que les juges du second degré qui constatent que l'offre qui avait été faite par la société civile immobilière riviera Hollyday valable jusqu'au 15 décembre 1963, avait été acceptée expressément par son bénéficiaire par lettre du 24 octobre confirmée le 27 novembre 1963, ont justement déduit de ces constatations sans se contredire que x... Ayant levé l'option conformément au mandat donne a y... Par la société civile immobilière l'accord des volontés était réalisé et que si une difficulté avait surgi de nouveau il appartenait a la société civile immobilière riviera Hollyday de la faire constater régulièrement notamment en sollicitant du notaire l'établissement d'un procès-verbal de carence ;

D'ou il suit que le moyen n'est pas fonde ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 1er avril 1966, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Arrêt n° 2 sur le premier moyen : attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt infirmatif attaque qu'en octobre 1963, la société civile immobilière riviera Hollyday consentait a y..., agent immobilier, l'exclusivité de la vente d'un immeuble a usage de bureaux, sis a Nice, jusqu'au 30 novembre 1963, délai proroge par la suite jusqu'au 31 décembre, moyennant le prix de 470000 francs et, une commission de 5 % a l'agence ;

Sur le second moyen : attendu qu'il est également reproche a l'arrêt de condamner la société civile immobilière riviera Hollyday à verser a y... Une somme de 37600 francs a titre de commission et de dommages-intérêts, soit la commission de 5 % que devait lui remettre le vendeur et celle de 3 % a la charge de l'acheteur alors que ces deux commissions faisant double emploi, ne pouvaient se cumuler pour établir le préjudice subi par y... ;

Mais attendu que contrairement a l'affirmation du pourvoi, la cour d'appel n'a pas cumule les deux commissions mais a condamne la société civile immobilière au payement de la commission convenue au taux de 5 % sur le prix de vente y ajoutant, a titre de dommages-intérêts, le montant de la commission que l'agent immobilier aurait perçu de l'acheteur, au taux de 3 %, si la société civile immobilière n'avait pas failli a ses engagements ;

Que les juges du fond ont ainsi souverainement apprécie le montant du préjudice et donne une base légale a leur décision ;

D'ou il suit que le moyen n'est pas mieux fonde que le précédent ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 1er avril 1966 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Arrêt n° 1 : n° 66-13187 société civile immobilière riviera Hollyday et autre c / x... . Arrêt n° 2 : n° 66-13186 société civile immobilière riviera et autre c / y... Président : m de montera-rapporteur : m Girard-avocat général : m tunc-avocats : mm talamon et calon (arrêts 1 et 2)

- **Civ. 3ème, 21 octobre 1975**

SUR LE PREMIER MOYEN : ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A L'ARRET ATTAQUE DE NE CONTENIR AUCUNE MENTION RELATIVE AU RAPPORT DU CONSEILLER CHARGE DE SUIVRE LA PROCEDURE, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE DANS LES PROCEDURES OU L'INTERVENTION D'UN AVOUE EST EXIGEE, L'UN DES CONSEILLERS DE LA COUR DOIT PRESENTER UN RAPPORT ECRIT EXPOSANT SOMMAIREMENT L'AFFAIRE;

MAIS ATTENDU QUE L'ARTICLE 51 DU DECRET N° 71740 DU 9 SEPTEMBRE 1971, RENDU APPLICABLE AUX COURS D'APPEL PAR L'ARTICLE 125 DU DECRET DU 28 AOUT 1972, LAISSE AU PRESIDENT LE SOIN D'APPRECIER DISCRETIONNAIREMENT SI L'AFFAIRE REQUIERT QU'UN RAPPORT ECRIT SOIT ETABLI;
QUE, DES LORS, L'ABSENCE D'INDICATION A L'ARRET QU'UN RAPPORT ECRIT A ETE PRESENTE NE SAURAIT DONNER OUVERTURE A CASSATION;

D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN N'EST PAS FONDE;

SUR LE SECOND MOYEN : ATTENDU QU'IL EST ENCORE REPROCHE AUDIT ARRET D'AVOIR ESTIME QUE LES EPOUX TERRIER, LOCATAIRES D'UN IMMEUBLE APPARTENANT AUX EPOUX HENRY AVAIENT RENONCE A UNE OFFRE DE VENTE DUDIT IMMEUBLE A EUX FAITE LE 31 JUILLET 1957 PAR HENRY ET QU'ILS ONT ACCEPTE LE 12 MARS 1966, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE, D'UNE PART, LA LETTRE DU 31 JUILLET 1957 CONSTITUANT UNE PROMESSE DE VENTE, LA COUR D'APPEL DEVAIT ETABLIR QUE LE BENEFICIAIRE AVAIT RENONCE A S'EN PREVALOIR, ET QUE, D'AUTRE PART, A DEFAUT DE MISE EN DEMEURE DU PROMETTANT, LA COUR D'APPEL DEVAIT CONSTATER QUE LA PROMESSE DE VENTE LITIGIEUSE AVAIT CONSERVE SA PLEINE VALIDITE, ET QU'EN CONSEQUENCE, LE TRANSFERT DE LA PROPRIETE AVAIT EU LIEU LE JOUR DE L'ACCEPTATION DE LA PROMESSE;

QU'IL EST ENCORE SOUTENU QUE, DES LORS QUE LA PROMESSE DE VENTE NE CONTENAIT AUCUNE STIPULATION DE DELAI ACCORDE AU BENEFICIAIRE POUR LEVER L'OPTION, LA COUR D'APPEL N'AVAIT PAS A TENIR COMPTE D'UN QUELCONQUE " DELAI RAISONNABLE " DE REFLEXION;

MAIS ATTENDU QU'APRES AVOIR ENONCE EXACTEMENT QUE L'OFFRE DU 31 JUILLET 1957 CONSTITUAIT UNE SIMPLE POLLICITATION, LA COUR D'APPEL, APPRECIANT SOUVERAINEMENT SI CETTE OFFRE COMPORTAIT IMPLICITEMENT UN DELAI RAISONNABLE D'ACCEPTATION, A, EN RELEVANT QUE LES EPOUX TERRIER N'AVAIENT DONNE LEUR ACCEPTATION QUE NEUF ANS APRES LA POLLICITATION, ESTIME QUE CETTE ACCEPTATION ETAIT TARDIVE ET NE POUVAIT FORMER LE CONTRAT;

QUE PAR CES SEULS MOTIFS, QUI RENDENT INOPERANTES LES CRITIQUES DU MOYEN, L'ARRET SE TROUVE LEGALEMENT JUSTIFIE;
D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN NE PEUT ETRE ACCUEILLI;
PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 5 JANVIER 1974 PAR LA

COUR D'APPEL DE PARIS.

- **Com., 6 mars 1990**

Sur le moyen unique :
Vu les articles 1134 et 1583 du Code civil ;

Attendu qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Borde a, pour les besoins de son commerce, commandé du matériel à la société Hugin Sweda ; que cette dernière avait précisé, dans les conditions générales de vente figurant dans ses bons de commande, que ses offres ne devenaient définitives et ne constituaient un engagement qu'après ratification de sa part, et que toute commande ne serait considérée comme ferme qu'après acceptation par elle ; que M. Borde, avant l'acceptation de sa commande par la société Hugin Sweda, s'est ravisé et l'a rétractée ;

Attendu que pour débouter M. Borde de sa demande de répétition de la somme qu'il avait versée à titre d'acompte, la cour d'appel a retenu que le bon de commande constituait " un achat ferme aux conditions offertes par Hugin Sweda " et que la clause qui y figurait constituait une condition suspensive stipulée au bénéfice du seul vendeur qui n'autorisait pas l'acheteur à revenir sur une vente parfaite par accord des parties sur la chose et sur le prix ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, par son adhésion à la proposition contenue dans le bon de commande, M. Borde n'avait formulé qu'une offre d'achat, révocable comme telle jusqu'à ce que la vente devienne parfaite par l'acceptation du vendeur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 janvier 1988, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans.

- **Com., 3 décembre 2003**

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite d'une publicité de la société Carrefour France (société Carrefour), annonçant la vente promotionnelle de barils de lessive, la société Phocéenne de distribution (société Phocéenne) a commandé à cette société quatre-vingt-dix-neuf palettes de quatre-vingt-quatre barils de lessive ; que la société Carrefour ayant refusé d'honorer cette commande, la société Phocéenne, prétendant qu'il s'agissait d'un refus de vente injustifié, a assigné cette société en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que, pour condamner la société Carrefour à payer à la société Phocéenne la somme de 50 000 francs à titre de dommages-

intérêts, l'arrêt retient que la société Carrefour a publié une offre de vente du produit litigieux dénuée de toutes réserves et que le contrat s'est formé valablement par l'acceptation de la société Phocéenne ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Carrefour qui soutenait qu'elle était en droit de refuser une commande provenant d'un professionnel, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 juin 2001, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ;
Condamne la société Phocéenne de distribution aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la société Carrefour France et de la société Phocéenne de distribution ;
Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trois décembre deux mille trois.

Civ 3eme 8 Septembre 2016

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 4 décembre 2014), que Mme X..., aux droits de Michel

X..., propriétaire de diverses parcelles données à bail à M. et Mme Y..., a sollicité la résiliation de ces baux pour cession prohibée ; que ces derniers ont demandé la restitution des sommes qu'ils indiquaient avoir payées au titre des fumures et arrières fumures ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que M. et Mme Y... font grief à l'arrêt de prononcer la résiliation des baux ;

Mais attendu, d'une part, que M. et Mme Y..., qui ont, dans leur conclusions, invoqué la force probante de l'attestation de bail établie le 1er mai 2011 par Mme X..., ne sont pas recevables à présenter devant la Cour de cassation un moyen contraire à leurs écritures ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que trois des parcelles prises à bail par M. et Mme Y... avaient été mises à la disposition de l'EARL Z... Frères (l'EARL), que Mme Y... admettait qu'elle ne les exploitait plus personnellement, que la lettre d'information adressée par l'earl au préfet du Nord pour solliciter l'autorisation d'exploiter sur les parcelles appartenant à Michel

X..., signée par Mme X..., précisait que cette information ne valait pas promesse de bail ou de vente, que la circonstance que plusieurs parcelles aient été vendues par M. et Mme X... à L'EARL en 2011 ne faisait pas présumer leur accord quant à la cession de bail sur d'autres parcelles et que les témoignages d'agriculteurs voisins n'apportaient aucun élément probant sur le consentement de la bailleresse à une telle cession, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturation, que ces éléments n'établissaient l'accord de la bailleresse ni pour une résiliation amiable des baux ni pour une cession de bail même partielle au profit de L'EARL ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. et Mme Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. et Mme Y... et les condamne à payer

à Mme X... la somme de 3 000 euros ;

- **L'acceptation**

➢ **Com., 9 juillet 1991**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Vu l'article 17 de la Convention internationale de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence des juridictions et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ;

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué, que la société Française d'Exportation de systèmes d'affrètement (l'expéditeur) a confié une caisse de matériel à la société Liberia Navilazione del Tirano (le transporteur maritime) en vue de son transport de Marseille à Amman à bord du navire Karin-Bornhofen ; qu'à la prise en charge de la marchandise à quai, une " note de chargement " a été remise à l'expéditeur ; que le connaissement, aux clauses et conditions duquel la note indiquait se référer expressément, sans que celles-ci fussent reproduites sur ladite note ou y fussent annexées, n'a été délivré qu'après l'embarquement ; qu'auparavant, au cours des opérations de chargement, la caisse est tombée et a subi des avaries ; qu'assigné en dommages-intérêts devant le tribunal de commerce de Marseille par l'expéditeur et les compagnie d'assurances, le transporteur maritime a soulevé l'incompétence de cette juridiction en se prévalant d'une clause attributive de juridiction aux tribunaux de Naples, clause insérée parmi celles du connaissement ; que le Tribunal a accueilli cette exception et s'est déclaré incompétent ;

Attendu que, pour rejeter le contredit à ce jugement, la cour d'appel a retenu que la note de chargement se référait expressément aux clauses et conditions des connaissements du transporteur maritime et que le chargeur, qui avait fait choix au transporteur avait déclaré les connaître et accepter la délivrance ultérieure d'un connaissement après embarquement ne faisant que confirmer le chargement des marchandises aux clauses et conditions préalablement convenues ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le chargeur ne peut se voir opposer une clause attributive de juridiction, dont le texte, n'étant ni reproduit sur le seul document qui lui ait été remis avant qu'il ne confie la marchandise au transporteur ni annexé à ce document, n'avait pu être accepté par lui au moment de la conclusion du contrat de transport, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 octobre 1989, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier

➢ **Com., 25 juin 1991**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 6 décembre 1989), que la société Entreprise industrielle a été chargée par l'Administration de la construction d'un pont dont la livraison devait intervenir le 6 juillet 1984 ; qu'elle a sous-traité à la Société nouvelle forage et canalisations (Société nouvelle) la réalisation de fondations spéciales ; qu'assignée par la Société nouvelle en paiement du solde du marché, la société Entreprise industrielle a soutenu qu'elle était en droit d'appliquer des pénalités de retard à sa cocontractante ;

Attendu que la Société nouvelle fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette prétention en articulant les griefs de méconnaissance de la loi des parties et de manque de base légale reproduits en annexe et alors, en outre, selon le pourvoi, que la clause pénale n'est opposable qu'au cocontractant qui l'a effectivement acceptée avant la formation du contrat ; que l'acceptation certaine de la clause ne peut résulter de la seule exécution du contrat la contenant, a fortiori quand il n'a même pas été signé par les parties ; qu'en l'espèce, la cour d'appel déduit l'applicabilité de la clause stipulant une indemnité de retard de la seule exécution par la Société nouvelle des travaux commandés par la société Entreprise industrielle par convention non signée du 17 février 1984 sans aucunement justifier en quoi la Société nouvelle avait nécessairement accepté cette clause tandis qu'elle soutenait au contraire précisément avoir refusé de signer le contrat prévoyant cette indemnité en raison des aléas du chantier inévitablement liés à la nature incertaine du sous-sol où les travaux de forage devaient être exécutés ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, 1152 et 1228 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que parmi les stipulations d'un document adressé le 20 février 1984 par la société Entreprise industrielle à la Société nouvelle et portant sur les conditions de la réalisation des travaux litigieux figurait une clause fixant leur délai d'exécution ainsi que les modalités d'application de pénalités de retard en cas de dépassement et que la Société nouvelle n'avait émis aucune protestation à la réception de courriers des 12 et 21 mars 1984 modifiant ce délai et précisant que tout dépassement entraînerait, conformément au marché, des pénalités de retard, la cour d'appel a souverainement considéré que cette société avait accepté la clause pénale par l'exécution du contrat en connaissance de cause, peu important l'absence de signature de ce contrat ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant constaté, hors toute violation de la loi du contrat, que la date d'achèvement des travaux confiés à la Société nouvelle avait été reportée au 11 mai 1984, soit 12 jours ouvrables après la date prévue " selon les dernières conventions des parties ", et que ce report n'avait d'autre cause que le retard accumulé par le sous-traitant dans l'exécution de ces travaux, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Civ. 1ère, 29 octobre 2002**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :
Vu les articles L. 312-10, alinéa 2, et L. 312-33 du Code de la consommation ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, l'acceptation de l'offre d'un prêt immobilier, qui doit intervenir à l'expiration du délai de 10 jours après sa réception, doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi ; qu'en application

du second, la seule sanction civile de l'inobservation de cette règle de forme est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts dans la proportion prévue par le juge ;
Attendu que, suivant offre préalable que les époux X... ont déclaré avoir reçue par voie postale le 18 août 1992, le Crédit foncier de France leur a consenti un crédit immobilier qui a été constaté par acte authentique le 11 septembre 1992 ; que, soutenant que la banque ne prouvait pas que le délai de 10 jours pour accepter l'offre avait été respecté et que leur acceptation avait été expédiée par voie postale, les emprunteurs ont fait assigner, en mars 1996, le Crédit foncier pour le faire déclarer déchu du droit aux intérêts ;

Attendu que pour débouter les époux X... de leur demande, l'arrêt infirmatif attaqué retient, d'une part, qu'ayant signé une déclaration selon laquelle ils avaient accepté l'offre le 29 août 1992 et reconnu être en possession d'un exemplaire, la preuve de son acceptation après le délai de 10 jours était ainsi établie et, d'autre part, que les sanctions prévues à l'article L. 312-33 du Code de la consommation s'appliquent uniquement lorsque l'acceptation de l'offre n'est pas datée ou comporte une date fausse de nature à faire croire qu'elle a été donnée après l'expiration de ce délai ;
Attendu qu'en se prononçant par ces motifs, alors que l'acceptation n'avait pas été donnée dans la forme prescrite par l'article L. 312-10 du Code de la consommation, de sorte que l'acte invoqué ne faisait pas foi de la date de l'acceptation et que la déchéance du droit aux intérêts était encourue par le prêteur, la cour d'appel a violé les textes susvisés, le premier, par fausse application, et le second, par refus d'application ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, en ce qu'il a débouté les époux X... de leur demande en déchéance du droit aux intérêts, l'arrêt rendu le 14 mai 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;
remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;
Condamne le Crédit foncier de France aux dépens ;
Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf octobre deux mille deux

- **Contrat entre absents**

➢ **Soc., 11 juillet 2002**

Sur le moyen unique :
Attendu que M. X..., engagé le 19 mars 1996 par la société Jellad armatures en qualité de machiniste, a été licencié le 2 juillet 1998 ; que, contestant son licenciement, il a saisi le conseil de prud'hommes de Cherbourg devant lequel l'employeur a soulevé une exception d'incompétence territoriale au profit du conseil de prud'hommes de Nanterre, dans le ressort duquel est situé l'établissement où le salarié a effectué son travail ;
Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Caen, 11 mai 2000) d'avoir rejeté son contredit, alors, selon le moyen, qu'en l'absence de contrat écrit, la compétence du conseil de prud'hommes est liée au lieu où est établi l'établissement où est exécuté le contrat de travail ou au lieu où le consentement des parties a été donné, lequel ne saurait résulter d'une communication téléphonique ; qu'en statuant

comme elle l'a fait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article R. 517-1 du Code du travail ;

Mais attendu qu'appréciant la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve soumis à leur examen, les juges du fond ont relevé que l'engagement avait été contracté par téléphone et que c'était au domicile du salarié, à Cherbourg, que celui-ci avait accepté l'offre d'emploi qui lui avait été faite ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a exactement décidé, par application de l'article R. 517-1, alinéa 3, du Code du travail, que le conseil de prud'hommes de Cherbourg, lieu où l'engagement a été contracté, était compétent ; que le moyen n'est pas fondé ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne la société Jellad armatures aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de M. X... ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du onze juillet deux mille deux.

- **Com., 7 janvier 1981**

SUR LE MOYEN UNIQUE : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE (PARIS, 27 AVRIL 1979) QUE, PAR ACTE DU 10 JUIN 1975, LA SOCIETE L'AIGLE DISTRIBUTION (SOCIETE L'AIGLE) S'EST ENGAGEE A ACHETER PENDANT TROIS ANS A LA SOCIETE MAZOUT SERVICE COMASE (SOCIETE COMASE), UNE CERTAINE QUANTITE DE CARBURANT; QU'UNE CLAUSE DE L'ACTE PREVOYAIT : LA PRESENTE CONVENTION N'ENTRERA EN VIGUEUR QU'APRES SA SIGNATURE PAR LE REPRESENTANT HABILITE DE LA SOCIETE COMASE QUI DISPOSERA A CET EFFET D'UN DELAI DE TRENTE JOURS A COMPTER DE LA SIGNATURE DU CLIENT. PASSE CE DELAI, LES PARTIES DEVIENDRONT LIBRES DE TOUT ENGAGEMENT;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A LA COUR D'APPEL D'AVOIR CONDAMNE LA SOCIETE L'AIGLE A PAYER DES DOMMAGES ET INTERETS A LA SOCIETE COMASE EN REPARATION DU PREJUDICE A ELLE CAUSE PAR LA RESILIATION AUX TORTS DE LADITE SOCIETE L'AIGLE DE LA CONVENTION SUSVISEE EN RETENANT QUE LA SOCIETE COMASE AVAIT ACCEPTE CELLE-CI DANS LE DELAI PREVU, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE CELUI QUI RECLAME L'EXECUTION D'UNE OBLIGATION DOIT LA PROUVER, QUE LA SOCIETE COMASE DEVAIT DONC APPORTER LA PREUVE QU'ELLE AVAIT FAIT CONNAITRE SON ACCEPTATION A LA SOCIETE L'AIGLE DISTRIBUTION AVANT LE 10 JUILLET 1975, QU'EN FONDANT SA DECISION SUR LA SEULE CONSIDERATION QU'ETAIT VERSEE AUX DEBATS UNE LETTRE DE LA SOCIETE COMASE, DATEE DU 3 JUILLET 1975, QUE LA SOCIETE L'AIGLE DISTRIBUTION NE POUVAIT PAS LUI ETRE PARVENUE POSTERIEUREMENT AU 10 JUILLET, LA COUR D'APPEL A RENVERSE LA CHARGE DE LA PREUVE, QU'IL APPARTENAIT A LA SEULE SOCIETE COMASE DE PROUVER QUE LA LETTRE ETAIT PARVENUE AVANT LA DATE LIMITE ET NON A LA SOCIETE L'AIGLE DISTRIBUTION D'APPORTER LA PREUVE DU CONTRAIRE, QU'EN NE RECHERCHANT PAS PAR AILLEURS SI LA LETTRE ETAIT PARVENUE AVANT LE 10 JUILLET A LA SOCIETE DESTINATAIRE, LA COUR A PRIVE SA

DECISION DE BASE LEGALE;

MAIS ATTENDU QUE, FAUTE DE STIPULATION CONTRAIRE, L'ACTE DU 10 JUIN 1975 ETAIT DESTINE A DEVENIR PARFAIT, NON PAS PAR LA RECEPTION PAR LA SOCIETE L'AIGLE DE L'ACCEPTATION DE LA SOCIETE COMASE, MAIS PAR L'EMISSION PAR CELLE-CI DE CETTE ACCEPTATION; QUE LE MOYEN, QUI SOUTIENT LE CONTRAIRE, EST DEPOURVU DE FONDEMENT;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 27 AVRIL 1979 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS.

II.- Doctrine

- **M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, rtd civ. 1995 p. 573**

1. Le présent propos n'a pour but que d'esquisser le profit que l'on pourrait tirer d'une distinction plus nette et plus systématique à opérer en droit des contrats entre la volonté et le consentement, entre la rencontre des volontés et l'échange des consentements, afin d'expliquer plus aisément, c'est-à-dire plus simplement et d'une façon plus cohérente, l'évolution de cette matière, notamment lorsqu'elle prend prise en droit des affaires.

Echange des consentements ; rencontre des volontés. Sont-ce des locutions fongibles ? Y a-t-il vraiment unicité d'un phénomène ainsi plus ou moins adroitement qualifié ? Quand on ne les confond pas, on considère assez aisément que l'expression d'échange des consentements est impropre et qu'il conviendrait de préférer celle de rencontre des volontés pour désigner ce qui fait le contrat. En effet, il est déjà difficile de sortir de soi-même par une volonté qui va à la rencontre ; il serait vain et faux de croire que l'on peut aller jusqu'à offrir un consentement en échange.

Pourtant, les mains se rencontrent mais les anneaux s'échangent... La figure du mariage, dans sa dimension mystique, hante toujours le droit des contrats, même ce droit des affaires que l'on ressent parfois comme un droit civil au sang froid.

2. Il faut ainsi rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au coeur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté.

Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement. C'est bien ainsi que le définit le *vocabulaire philosophique* de lalande : consentir, c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser pavillon devant une assertion ou devant une autre personne. Tandis que la volonté consiste dans la force de pouvoir toujours ne pas admettre. C'est pourquoi la figure de la liberté est celle du martyr et du héros : celui qui ne s'avoue jamais vaincu, celui qui ne consent jamais.

En occident, la liberté est dans le « non » ; le consentement est dans le « oui ». Par la volonté, je domine ; par le consentement, je me soumets. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement.

3. Par le consentement, me voilà obligé, me voilà l'obligé de l'autre. L'article 1108 du code civil s'en donne l'écho, en visant « le consentement de la partie qui s'oblige ». On comprend alors que le consentement puisse être un signe de faiblesse, de vassalité, là où la volonté est signe de puissance et d'autonomie ; que le consentement puisse être donné sous la pression, signe d'une volonté « impressionnée », sans qu'il faille y voir nécessairement violence ; que le contrat-capitulation est concevable, l'hypothèse objective de la lésion étant là pour l'attester. La doctrine classique, telle qu'on nous la présente toute concentrée sur la volonté, aurait pu, si elle avait été plus sensible à cette dimension du consentement, établir ainsi : « qui dit contractuel, dit défaite ». Le droit des contrats en eut été changé, ou du moins changé plus vite.

Le consentement, donc, ne se réduit pas à la volonté. C'est sans doute pour cela que le droit français n'a pas admis *a priori* l'engagement unilatéral, cet acte de volonté sans consentement, cet acte du vouloir créateur pur.

4. Dès lors, le consentement est une sorte de gage que l'on donne à l'autre. C'est pourquoi la volonté peut vouloir tout tandis que le consentement ne peut porter que sur le possible, que sur ce que je peux donner. Le consentement a partie liée avec le patrimoine, alors que la volonté y est naturellement étrangère.

Mais quel gage ? Gage d'amour, dirait le droit du mariage, qu'il est décidément bien difficile de chasser. Gage de gratitude, dirait le droit des libéralités. Gage d'équilibre objectif et de sécurité juridique, dira le droit des contrats, du même coup désireux du formalisme qui fait couple avec la sécurité. Ce contrat permet ainsi d'établir un temps un semblant de paix entre les personnes aux intérêts opposés.

5. Car le consentement est donc bien un otage donné : il doit y avoir échange des otages. En cela, le consentement est avant tout anticipation du consentement de l'autre, l'interdépendance restant la marque du contrat. C'est à ce lien essentiel que semble se rattacher la théorie anglaise de la *considération* : l'accord ne se conçoit pas sans l'échange, au sens de l'admission d'une perte - par mon consentement - dans la perspective d'un avoir - par le consentement de l'autre.

Et avant tout échange de ce type, qui repose sur l'anticipation et l'équilibre des gages, il y a nécessairement ajustement, négociation, palabre. Plus encore, le contrat ne peut plus être un point dans le temps où la volonté, vive comme l'éclair, élit une volonté *alter ego* tout aussi prompte à aller à sa rencontre, dans la joie intemporelle de leur union. Bien plutôt, le contrat, mécanisme méfiant et besogneux, tâtonnant et prudent, est l'instrument pessimiste de cette guerre froide, conflit créateur sur lequel se construit le contrat. Il s'étire alors dans le temps ou trace un long trait dans l'espace entre cocontractants éloignés l'un de l'autre.

6. Dans cette perspective, il n'y a pas d'affinité élective entre volontés soeurs, dans cette sorte de romantisme juridique que traduit la théorie classique, mais mise en place d'un échange entre personnes objectivement ennemies puisqu'aux intérêts et visées contradictoires.

Il n'y a plus un envol mystique entre deux volontés, d'autant plus pur qu'il est libre du temps et ne s'encrasse pas de formalité. Au contraire, cette méfiance gage de paix va rendre obsédante la question des procédures, des traces de l'échange, va rendre centrale la perspective des preuves.

7. Ainsi, par mon consentement, je m'abaisse et l'on se souviendra que la tradition asiatique analyse le contrat comme un déshonneur. Je m'abaisse mais c'est à condition que je tienne l'autre pareillement. Je ne donne mon consentement que si je me saisis du consentement de l'autre. Le consentement n'est supportable que par l'échange. Il faut concevoir non pas tant l'échange des consentements que le consentement parce que l'échange.

C'est bien pourquoi l'hypothèse des convergences de consentements, tels que les expriment les pratiques concertées notamment, s'ils créent des accords, suppose l'intérêt commun, cette convergence née de l'agrégation des intérêts. Voilà pourquoi les statuts de sociétés s'accommodent de plus en plus difficilement de la qualification de contrat pour verser vers celle d'un acte collectif créateur d'institution tandis que l'intérêt commun, bien distinct, peut être présenté comme sa loi. A ce titre, ils relèvent fondamentalement d'une autre problématique que celle de l'échange : l'agrégat de consentements n'emprunte pas à l'échange l'hostilité première de ce dernier. En cela, l'échange des consentements est sans doute l'expression juridique la plus

conforme de la réalité des rapports humains.

8. Continuons dans cette perspective d'une défense de l'adéquation théorique et pratique de l'échange des consentements. La rencontre des volontés est bien éthérée ; instant magique, elle fait le contrat sans autre forme de procès et semble s'épuiser dans cette satisfaction. L'échange des consentements, formule plus lourde, méfiance concrétisée entre partenaires, évoque davantage l'autre échange, éminemment intéressé : l'échange économique dont le contrat est la forme juridique. C'est pour avoir le bien que je capture le consentement de l'autre ; c'est parce qu'il faut bien que je paie pour l'avoir que je me contrains. Le potlatch n'est pas loin. Ainsi et là encore, la doctrine classique n'aurait sans doute pas relégué l'échange économique comme la boite noire du droit des contrats si elle avait donné tout son sens à l'expression parfois décriée d'échange des consentements.

9. Cela aurait permis sans doute aussi un plus facile rapprochement entre la théorie juridique du contrat et la théorie économique du marché. Dans le cadre de cette dernière, il est assez difficile d'évoquer l'idée de volontés autonomes dans la mesure où la loi économique du marché dicte aux agents rationnels leur comportement. Plus encore, si un agent retrouve une puissance, une autonomie de la volonté par rapport à l'ajustement mécanique des prix par l'offre et la demande, l'abus de position dominante peut être constitué. En revanche, ce qui s'échange, ce sont bien des consentements mécanisés entre personnes aux intérêts contradictoires, comme autant de formes juridiques des échanges des biens et services gouvernés par les lois du marché. Et l'on observera que le refus de vente, qui n'est jamais qu'un refus de consentement, un refus de laisser circuler un consentement qui doit être disponible pour être saisi par qui le veut, est effectivement sanctionné au nom des lois du marché et ce sans nécessité d'un abus démontré.

10. On peut alors soutenir que la volonté est une matrice de consentements qu'elle débite et met sur le marché comme autant de doubles juridiques des biens économiques. La volonté reste en dehors du marché - le contraire en troublerait le jeu et le marché lui fait barrière - mais c'est par sa puissance qu'elle lui fournit les consentements dont il doit se nourrir autant que de biens économiques. En cela, la volonté est la source mais une source extérieure de la circulation économique. Fondement et extériorité peuvent très bien aller de pair. Au regard de cette puissance à créer des objets autonomes de soi, la véritable génération donc, l'analogie peut alors se faire entre, d'une part, ce lien entre volonté et consentement, et d'autre part, celui que la jurisprudence a opéré entre nom patronymique et nom commercial.

Le consentement est ainsi un objet dont on dispose sur un marché. Se dégage par cela l'adéquation de l'échange des consentements avec le principe du libéralisme marchand. On relèvera au passage que la théorie des cessions de contrat serait plus admissible sous le premier angle du consentement que sous le second angle de la volonté. Peut-on aller jusqu'à suggérer qu'il existe des marchés de consentements mécanisés ? Cela éclairerait peut-être sous un nouveau jour le marché financier.

Mais le consentement est toujours un objet né de la volonté : il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué. Le contrat résulte alors de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l'objectif du consentement. Le consentement est un objet que l'on donne et qui circule tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements.

11. Fondamentalement, la distinction entre la volonté et le consentement est formidablement porteuse d'une réconciliation. En effet, on conçoit une articulation entre une puissance

conservée, souveraine et *a priori* de la volonté, qu'on ne devrait soumettre à aucune autorisation, et qui n'a nul besoin du droit positif pour exister, et un consentement né de la volonté mais détaché d'elle et qui circule. Il peut ainsi y avoir objectivisme contractuel, par la considération du consentement, sans nécessairement dirigisme contractuel, lequel voudrait porter sur la volonté. Peut enfin être brisée cette alternative à deux branches, subjectivisme et absence de cette sorte circulation juridique qu'exigent pourtant les principes économiques du marché, d'une part, objectivité et source réglementaire de l'instrument contractuel à laquelle répugnent les mêmes principes, d'autre part. Cette alternative est une aporie. En effet, la théorie classique du droit des contrats n'est pas « dépassée » par le droit du marché et l'objectivité du contrat n'entraîne pas par fatalité l'emprise de la loi et de l'administration sur le phénomène contractuel.

Le droit des contrats peut ainsi revendiquer le classicisme de la source - volonté, individualisme et subjectivité - tout en devenant harmonieux avec le mécanisme du marché, par la qualification de ce qui naît de la volonté, - consentement, masse et fongibilité, voire liquidité des consentements, objectivation. Ce qui est aisément perçu comme des tensions peuvent trouver alors des explications plus cohérentes : il en est ainsi de cette exigence conjuguée et à première vue paradoxale d'une mondialisation des rapports juridiques et économiques, relevant donc du couple que forment le consentement et le marché, et d'une personnalisation des normes juridiques, contractuelles notamment, relevant alors du couple que forment la volonté et l'extériorité par rapport au marché. Les deux mouvements peuvent ainsi aller dans le même temps, sans engendrer de discordances.

12. Ainsi, il y a tout à la fois rupture sémantique entre volonté subjective et consentement objectif, et dialectique créatrice entre les deux. Il faut bien que les volontés se rencontrent pour que les consentements s'échangent. C'est encore user de la liberté que de me soumettre à ce que me dicte ma raison pratique. Ainsi l'aliénation, rénoncement à la liberté, atteste cette dernière dans le même instant et l'on ressent plus sereinement la contrainte du consentement lorsqu'elle est née de la volonté, comme on admet mieux le rénoncement lorsqu'il vient de la puissance.

13. Dès lors, l'isolement de l'échange des consentements et son articulation dans le même temps avec la rencontre des volontés a pouvoir peut-être de donner une meilleure mesure d'une évolution du droit des contrats à première vue assez chaotique. En effet, peut donner l'unité à l'ensemble la qualification du consentement comme objet autonome dont on dispose et que l'on donne pour fabriquer un contrat qui est lui-même un objet autonome. La volonté n'est de cette technique qu'une sorte de norme fondamentale a-juridique qui fonde le système mais qui n'a pas vocation à y participer d'une façon dominatrice. La circulation économique des biens et des services et le phénomène des contrats de masse seraient sans doute mieux servis par cette représentation d'ensemble que recèle la distinction première de la volonté et du consentement.

- **Najjar, *L'accord de principe*, d. 1991, p. 57.**

L'accord de principe évoque les modes de formation du contrat soit par « couches successives », soit de manière non définitive : pourparlers, « punctation », lettres d'intention, memorandum of intent, engagement d'honneur, arrhes ou dédit, clauses de dédit sans contrepartie, accord sur les éléments essentiels d'un contrat, promesse unilatérale d'un contrat, voire même, éventuellement, contrat sous condition résolutoire ... De manière générale, on évoque la formation successive d'un contrat, sans se soucier de la formation de la volonté de contracter qui peut être, elle-même, tout aussi précaire que ces sincérités successives qui gouvernent parfois l'instant présent. Il ne faut donc pas s'étonner que sous l'expression « accord de principe » foisonnent de nombreuses nuances. Si l'accord évoque, en effet, une rencontre des consentements, une volonté déjà arrêtée, la référence au « principe » laisse subsister une possibilité de revirement lorsque la mise en oeuvre

de l'accord sera plus clairement définie ou évaluée, et cela sans aucune référence à l'idée de condition (rétroactive). La question qui se pose donc est essentielle : l' accord de principe vaut-il acceptation, une acceptation sous réserve ou la réservation de la possibilité de refuser ou d'accepter ? Est-on en présence d'un « oui », d'un « oui mais » ou d'une attente ? L'ambiguïté que permet - ou commanderait - la politique serait-elle acceptable en matière de droit privé ?

En droit public, l' accord de principe paraît être une notion « reçue » dans les relations entre hommes d'etat(1). Peut-être parce que les formalités de vote et l'échange des instruments de ratification des accords supposent des procédures multiples et des ratifications de la part de pouvoirs constitutionnels variés et maîtres de leurs décisions en vertu de la séparation des pouvoirs. A ce titre, l'« accord paraphé » apparaît comme la première d'une série d'étapes sur la voie de l'accord complété.

Transposée en droit privé, cette approche aurait pu signifier que l'exemple concordant de l' accord de principe serait celui convenu entre, par exemple, deux présidents-directeurs généraux de sociétés anonymes, obligés, chacun, de se référer à son conseil d'administration, voire même à l'assemblée générale pour la ratification des accords passés, ce qu'on pourrait parfois désigner par memorandum of intent.

La réalité semble pourtant encore plus complexe. Il suffit de comparer les arrêts rendus en la matière et les interprétations doctrinales : l' accord de principe est tantôt considéré comme engagement liant son auteur et tantôt comme accord sans engagement ... ! L'ambiguïté n'est-elle pas, bien souvent, le corollaire des « engagements » pris pendant la période des négociations, des pourparlers et des « contrats préparatoires », en général(2) ?

L'intérêt de l'analyse est grand : quelle responsabilité retenir en cas de rupture ou de rétractation ? Le juge peut-il obliger les parties à l'accord à s'exécuter ? La sanction est-elle en nature (conclusion du contrat) ou en équivalent ? Ne doit-on pas, plutôt, considérer, ici, qu'on n'encourt aucune sanction ? Serait-ce une obligation civile sans sanction ? Ou un engagement non obligatoire, à l'instar d'autres institutions voisines ?

Quelques premières approximations peuvent être proposées avant un examen plus précis du droit positif.

A la différence de l'engagement d'honneur(3), dans l' accord de principe, on ne stipule pas d'avance ou clairement, sinon de par la nature même de l'institution, que l'accord des volontés est non obligatoire. Dans l'engagement d'honneur, on se situe en dehors du cadre de l'intervention judiciaire ou même arbitrale, parce que l'on veut éviter de voir sanctionner son engagement. Dans l' accord de principe, on donne son consentement ... En attendant ... Et sa confirmation.

L' accord sur le principe n'est donc pas un contrat définitif, mais c'est déjà un engagement qui peut éventuellement y aboutir. Un tel accord apparaît plus important qu'une quelconque « punctation » formelle, même si l'on estime parfois que l' accord de principe en est « une application particulière et précise »(4). Mais est-ce que l' accord de principe est plus « avancé » qu'une simple promesse de contrat ? Ne peut-on pas conclure un accord de principe d'un contrat de promesse de vente ? La promesse de contrat est déjà un contrat irrévocable ; l' accord de principe n'est pas un contrat définitif ; il est « lesté » d'une réserve, et la fermeté de l'engagement y demeure dans une zone imprécise.

L' accord de principe apparaît aussi différent des contrats définitifs, finaux, mais révocables moyennant, par exemple, une indemnité. Un tel accord se distingue du contrat stipulé avec arrhes

(car seul le reliquat du prix doit être payé sous peine de perdre les arrhes), ou avec clause de dédit (car, dans celle-ci, seul le droit de repentir est organisé, comme un « en cas » juridique, une clause de réserve). Néanmoins, l'accord de principe, véritable réserve, « non-vouloir », se distingue difficilement de la clause de dédit sans contrepartie(5). A moins de relever, comme le révèle la réalité psychologique, que, dans la clause de dédit, le contrat est déjà conclu ; alors que dans l'accord de principe, justement, on ne sait pas si on va conclure le contrat définitif.

Par ailleurs, l'accord est différent d'un contrat sous condition d'accomplir des formalités, ou d'une promesse de porte-fort. Ceux-ci sont des contrats définitifs et finaux, complets, à l'effectivité entière(6), même si la perfection de l'acte est incomplète. Notre propos ne vise pas, en effet, l'étude des contrats incomplets ou imparfaits. Ces derniers, même incomplets, ne sont pas moins définitifs, parce qu'ils ont passé le cap de la préparation chronologique ou juridique : concession commerciale, contrat de franchise, contrat de stand, contrat de concession de contrôle, etc.(7).

Qu'est-ce donc qu'un accord de principe en vue du contrat, sinon une convention liée, expressément ou tacitement, à une étape juridique finale, entrée déjà dans le champ contractuel ? L'accord de principe suppose, psychologiquement, une suite.

Une définition juridique du critère de l'accord de principe montrera en effet que c'est un engagement sujet à confirmation (I) dont la mise en œuvre permet une comparaison avec des techniques en mal de qualification (II).

I. - L'accord de principe, un engagement à confirmer.

L'examen de la jurisprudence permet de dégager quelques éléments de nature à délimiter la notion. Il est jugé tantôt que l' accord de principe n'est point une promesse, tantôt qu'il vaut engagement précaire à compléter, le cas échéant.

A. - L'accord de principe n'est pas un engagement ferme (arrêt de la chambre sociale du 24 mars 1958).

L'illustration classique de l'accord de principe est fournie incontestablement par un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation du 24 mars 1958 (régie renault)(8). Depuis, la notion d' accord de principe ne cesse d'être diversement interprétée.
Dans cette espèce, la régie renault avait écrit à un tiers qui intercédait auprès d'elle pour que soit réintégré par elle l'un de ses anciens employés (ayant quitté son emploi pendant l'occupation allemande), qu'elle « envisage » cette réintégration « dès que la reprise de l'activité automobile le permettra ». La cour de cassation(9), contrairement aux juges du fond (tribunal de la seine), ne vit dans cette lettre « qu'un accord de principe et non un engagement ferme ».

Pour m. Carbonnier, dans sa note critique, lorsque l' accord de principe est donné, il devient l'équivalent d'une décision, d'un consentement, d'une promesse de contrat, même si les termes en demeurent incertains ; la date d'exécution, faute d'avoir été exprimée, doit être suppléée en vertu de l'art. 1135 c. Civ. L'employeur est, en effet, irrévocablement obligé, en vertu d'une promesse unilatérale de contrat de travail, ou d'un avant-contrat (licite) ayant la force obligatoire du lien contractuel. « l'accord peut s'être fait sur les éléments essentiels de l'opération, alors que des points plus ou moins secondaires restaient en suspens ». La seule différence d'évaluation de la portée de l' accord de principe résulterait, d'après m. Carbonnier, de ce que la cour de cassation, tout en admettant l'existence d'un lien contractuel, ne voyait pas comment le mettre en oeuvre alors qu'il était insuffisamment complété.

Cet arrêt du 24 mars 1958(10) marque bien, dit-on, l'existence d'une oeuvre prétorienne. Les précédents jurisprudentiels sont tantôt découverts dans un arrêt de la chambre des requêtes du 19 oct. 1931(11), tantôt dans un arrêt de la cour de cassation du 16 nov. 1927(12). Dans ces derniers arrêts sur la promesse de réembauchage, celle-ci est considérée comme obligatoire pour son auteur, voire comme un engagement ferme. D'autres décisions sont aussi citées pour montrer que l'accord de principe proprement dit engage ses auteurs(13). En fait, les autres chambres de la cour de cassation adoptent plutôt des solutions voisines de celle de la chambre sociale du 24 mai 1958 : l accord de principe est un engagement, lorsqu'il est suivi d'une confirmation(14). Mais lorsque l'accord n'est que de principe, sans suite relevée par les juges du fond, le contrat n'est point conclu(15).

La chambre sociale de la cour de cassation confirme, en un certain sens, sa jurisprudence de 1958, puisqu'elle décide, le 19 déc. 1989, que l'accord de principe conclu avec un syndicat sur la réduction de la durée hebdomadaire de travail n'oblige pas l'employeur - qui n'est pas ainsi tenu d'une « obligation de résultat »(16).

B. - L'accord de principe n'est pas un contrat définitif.

Depuis l'arrêt du 24 mars 1958, de nombreuses décisions évoquent expressément et directement la notion d' accord de principe. Ces décisions sont d'une variété frappante et touchent à de nombreux domaines de l'activité civile, commerciale, sociale, immobilière. Cela montre bien la vocation générale de la notion et l'intérêt de son régime. Il en découle, même si une telle solution paraît critiquable, que, sur l'ensemble, une acception commune se dégage en droit positif. Cette approche est aujourd'hui facilitée par le dépistage systématique de l'expression « accord de principe » par les moyens informatiques, même à propos de décisions non publiées, dont le nombre demeure, d'ailleurs, loin d'être exhaustif. Ainsi, on peut relever que les utilisations de l'expression « accord de principe » sont centrées autour de la question de savoir s'il y a eu contrat obligatoire ou non obligatoire(17). On peut aussi relever que l'accord de principe est un contrat éventuel qui donne naissance à certains effets de droit actuels.

1. - L' accord de principe, contrat éventuel.

L' accord de principe produit des effets de droit si l'engagement est confirmé par une suite ferme et définitive. L'inverse est vrai s'il est lié à des événements restés non vérifiés ou non confirmés. Ses effets sont, alors, atténués, tant sur le plan contractuel que sur le plan processuel.

a. - accord de principe et principe de contrat.

L' accord de principe ne saurait engager et lier une commune si l'autorisation administrative est défaillie(18). De même l' accord de principe sous réserve d'examen sur place, puis de l'estimation du coût du projet, n'est pas un engagement ferme ; il n'ouvre pas la voie à l'indemnisation du préjudice en cas d'arrêt des négociations avant l'accord définitif(19). L'absence d'effet de l' accord de principe peut même justifier la poursuite, sur le fondement de la concurrence déloyale, du vendeur non agréé qui commercialise sans autorisation (donc sans accord de principe complété et définitif) des marques de parfum(20). De même, « malgré l' accord de principe donné par l'assureur aux pourparlers intervenus entre lui et le mandataire de l'assuré au sujet de la souscription du contrat d'assurance, ces pourparlers ne peuvent s'analyser comme la conclusion verbale d'une convention d'assurance dès lors qu'ils n'ont été suivis d'aucune confirmation écrite définissant avec exactitude la nature et les conditions de la garantie sollicitée par l'assuré par l'intermédiaire de son mandataire »(21). En l'absence d'acte positif d'exécution traduisant une volonté non équivoque d'acceptation, l' accord de principe verbal devant faire l'objet d'une

confirmation écrite est considéré comme non avenu(22). Cela se vérifie même dans le domaine du droit social où l'on se serait attendu à plus d'aménité pour les éventuels demandeurs d'embauche(23) ou de l'amélioration des conditions de travail(24).

Certaines conclusions peuvent, déjà, être dégagées :

- L' accord de principe se situe à la fois au-delà des simples négociations et des pourparlers, puisque l'exploration a déjà engendré un accord sur le principe, et en deçà du contrat définitif. Accord d'intention, portant sur l'essentiel du contrat, l' accord de principe révèle néanmoins beaucoup plus un projet qu'un lien contractuel devant nécessairement aboutir à une exécution ...

La naissance d'une éventualité n'est pas plus sanctionnée que celle d'une chance. Le domaine de l' accord de principe est celui du projet, de l'intention exprimée, échangée même, mais restant, malgré tout, en vue d'un contrat, un « pré-contrat ». Le fait de ne pas apporter la confirmation n'engage point la responsabilité de celui qui a donné son accord, à moins de comportement intempestif anormal.

- L' accord de principe est un accord temporaire entre deux ou plusieurs personnes, physiques ou morales, obtenu généralement à la suite de pourparlers ou d'une offre. Il a un objet (prêt, vente, augmentations salariales, etc.), une cause et un prix. Ce n'est ni un soliloque, ni un acte unilatéral de volonté, ni un simple fait juridique, ni une vague acceptation informelle anté-contractuelle, ni un engagement moral dénué de sanction (débiteur sans obligation). Ainsi, très souvent, dans les contrats complexes, sinon internationaux, on négocie, projette, éprouve une projection complète du contrat négocié, et on n'échange, entre temps, qu'un accord de principe, en attendant que le responsable de la négociation rédige son rapport, et que l'accord définitif des organes compétents engage civilement le contractant.

- L' accord de principe est un accord(projeté) à confirmer, non définitif ; il est sujet à révision et demeure susceptible de rétractation de la part de l'une ou de l'autre des personnes concernées(25). Seulement la confirmation, ici, n'est ni l'équivalent d'une réitération de l'accord contractuel par acte authentique - car l'accord définitif n'est pas déjà acquis - ni d'un engagement ferme créant des obligations substantielles, ayant trait au contenu de l'accord projeté. La technique utilise, certes, le moule contractuel. Pourtant, il ne s'agit pas tant de la formation successive du contrat final et définitif que de la maturation de la volonté de se lier.

Cela met en évidence l'insuffisance d'une application mécanique de l'art. 1583 c. Civ. (la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix ... »). On peut, en effet, n'avoir convenu qu'en principe ... Même si l'accord porte sur les éléments essentiels, la volonté de s'engager, elle, peut n'être pas définitivement acquise.

On pressent le risque et la richesse d'une telle précarité. Le risque de la rétractation unilatérale d'un accord conclu comme essentiellement précaire mais sans clause de dédit gratuit formellement stipulée, dans un contrat final. La richesse d'une avancée « pour voir », une sorte de préfiguration de l'accord, avant d'en examiner à la fois toutes les facettes (conditions, conséquences) et de se lier de manière définitive. En somme, c'est la classification contrat-non-contrat qui se trouve ainsi en jeu. L'approche est d'autant plus utile qu'elle ne correspond ni au mécanisme de l'accord sous condition(26) - puisque la rétroactivité est ici écartée - ni à la notion de clause de dédit qui suppose, à son tour, une rétroactivité sans laquelle elle perdrait son utilité et son autonomie(27).

Néanmoins, si en se situant à la lisière du contrat, l' accord de principe pose un problème de régime juridique (contractuel ou extra-contractuel), il demeure que le juge et l'interprète se poseront une question préliminaire : le contrat a-t-il ou non été conclu ? L'a-t-il été d'une manière définitive ou temporaire ? Cette réponse sera déterminante pour la vérification du principe du contrat.

b. - l' accord de principe et le principe de créance.

Si l' accord de principe est conclu, la situation qu'il développe ne fait naître, a priori, aucun droit définitif de nature patrimoniale. Aucun droit de créance, aucun droit réel, aucun droit potestatif se traduisant par une diminution des pouvoirs sur la chose. Cela diffère fondamentalement de la situation née d'une promesse de contrat où la levée de l'option n'est, elle non plus, qu'une éventualité, mais où le droit d'option, né et actuel, est déjà un bien dans le commerce(28). L'intention ou le projet sont actuels mais non encore contractuels. La promesse de contrat est, elle, un contrat irrévocable.

C'est en ce sens aussi que la distinction entre accord de principe et clause de dédit stipulée sans contrepartie se confirme. Dans cette dernière, le contrat, déjà conclu, permet à chacun des contractants de prendre toutes les mesures conservatoires liées à la nature de ses droits issus de l'ensemble du contrat. Celui-ci n'est pas réduit à un « contrat de dédit », mais comprend des droits et des obligations à contenu variable. Par contre, dans l' accord de principe, le contrat n'est pas déjà conclu, alors même qu'il dégage certains effets de droit actuels.

Ce n'est donc pas par hasard qu'on ne relève pas en jurisprudence des ordonnances de saisies conservatoires, séquestres, saisies-arrêts sur la base d'un simple accord de principe non complété, corroboré ou confirmé par une action concrète. Ce n'est qu'en cas de violation intempestive et injustifiée de l' accord de principe que la doctrine se pose la question de savoir s'il y a responsabilité au regard du droit commun : anormalité et causalité joueront, alors, un rôle éminent, comme, par exemple, pour la perte d'une chance.

A moins que la loi intervienne pour protéger les droits du consommateur(29).

2. - L' accord de principe donne naissance à certains effets de droit actuels.

Malgré l'imprécision relative du mécanisme analysé, on peut déceler des éléments indéniables d'actualité du droit.

Les exemples sont multiples : en matière de bail commercial, le renouvellement prend effet à la date choisie par les parties et ce indépendamment de leur accord sur le montant du nouveau loyer dont la fixation relève d'une procédure spéciale(30). La date de cet accord détermine la loi applicable dans le temps(31). Il est vrai que cette matière réglementaire considère l' accord de principe comme un renouvellement du bail à compléter selon la procédure légale, puisque la procédure autonome visée n'a aucune influence sur la prorogation du bail(32).

Le renouvellement du contrat de bail est, en effet, quasiment l'équivalent de la prorogation, à des conditions nouvelles, d'un contrat, ancien certes, mais aux effets majeurs pour l'avenir, et ce de par l'effet de la loi. Il faut en rapprocher les effets des délibérations d'assemblées de copropriétaires qui prévoient un cadre anticipé pour l'effectivité contractuelle de leur accord de principe(33).

Lorsque le juge des référés va jusqu'à enjoindre à un constructeur immobilier de donner son

accord de principe à la livraison du gros lot (maison individuelle) qu'il s'était engagé à fournir en contrepartie d'une campagne publicitaire(34) entreprise par un fabricant d'électroménager, cela signifie que l' accord de principe, à compléter, pourra rendre crédible la promotion entreprise. L' accord de principe, en droit pénal, suffit parfois, lorsqu'il prouve l'intention délictueuse, à faire encourir des peines criminelles(35).

Néanmoins, la qualification des effets de droits générés a posé quelques problèmes de classification. On s'est demandé si l' accord de principe engendre une « obligation » de négocier, ou, seulement, une « obligation de moyens », ou, enfin, un accord sur les éléments essentiels du contrat en vue. Aucune de ces analyses n'est évidente.

a. - L' accord de principe, générateur de l'obligation de négocier ?

On a souvent soutenu(36) que l' accord de principe entraîne l'obligation de poursuivre la négociation, d'une part, et celle de la mener de bonne foi, d'autre part. Le but, dans les deux cas, serait de parvenir à un accord sur les questions non encore convenues. L' accord de principe donnerait « à la sanction de la rupture des pourparlers un fondement contractuel »(37).

Pour d'autres auteurs(38), l'obligation de négocier la formation d'un contrat « n'est pas un accord de principe » ; il n'existerait pas d'obligation de négocier l'exécution d'un contrat. L' accord de principe poserait, en effet, le « principe d'un accord, l'accord définitif »(39), global ou partiel(40).

Pour certains(41), l'« accord de principe » est un accord préliminaire par lequel les parties s'engagent à négocier de bonne foi un deuxième contrat dont elles ne précisent ni les clauses essentielles ni, a fortiori, les clauses accessoires. Pour d'autres(42), l' accord de principe serait seulement l'affirmation d'un engagement de négocier, engendrant une seule obligation, celle de reprendre les pourparlers sans l'engagement d'y aboutir nécessairement (obligation de moyens) ; ou, en d'autres termes, un « pacte de premier refus » générateur, en cas de refus de négocier, ou de rupture des négociations, d'une responsabilité basée sur une faute contractuelle, donnant lieu à des dommages-intérêts(43). Cette dernière analyse ne ramènerait pas l' accord de principe au protocole d'accord et à l'idée italienne et germanique de puntuazione(44).

Ainsi, pour la plupart des auteurs, l' accord de principeparaît se distinguer de l'idée de puntuazione. Cette notion resterait en marge du synallagmatisme contractuel, même si elle exprime que les contrats, bien souvent, se forment « par couches successives »(45), qui peuvent être, chacune, un accord contractuel.

En fait, bien que l' accord de principe suppose qu'on envisage sérieusement un contrat définitif et formel, on ne peut y découvrir une « obligation de négocier ». Celle-ci existe aussi bien dans des contrats qui la prévoient expressément que dans certains contrats ou accords de négociation ; elle n'est pas caractéristique d'un accord de principe. L'obligation de négocier, incluse dans un contrat définitif en vue d'en reconduire les effets, de l'adapter(46), d'en modifier les effets, le cas échéant, ne saurait être spécifique de l' accord de principe.

Seul un arrêt de la cour de cassation du 19 déc. 1989(47) fait état, à côté du seul accord de principe, d'une obligation de négocier sur la durée hebdomadaire du travail et non, comme le relevaient les juges du fond, d'une obligation de résultat liant les parties. Mais il serait excessif d'en conclure que la cour de cassation y lie obligation de négocier et accord de principe. Cette négociation, en l'espèce, était manifestement convenue par les parties. Ce qui risque de diminuer la portée de l'attendu de la cour. Par contre, l' accord de principe paraît bien être essentiellement précaire et sujet à confirmation rétractable.

Lorsque la cour de cassation se réfère dans son arrêt précité à l'obligation de négocier, par opposition à l'obligation de résultat, c'est à la fois parce que ce n'était qu'un cas d'espèce, et parce que les parties n'étaient pas liées.

En réalité, si l'on parle d'obligation de négocier, c'est pour vérifier la conclusion ou non d'un contrat, car la question demeure, ici aussi, de savoir « à partir de quel degré de contrainte la volonté manifestée par l'une des parties doit se voir refuser toute valeur obligatoire »(48).

En pratique, on ne donne pas son accord de principe pour s'obliger à négocier mais pour exprimer une intention, voire même son engagement, mais sans rigueur.

b. - L' accord de principe, un avant-contrat n'engendrant qu'une obligation de moyens ?

Peut-on dégager des solutions jurisprudentielles que l' accord de principe donne naissance à une obligation de moyens qui consiste à tenter de venir à un autre accord, celui qui était en vue ?

Pour certains(49), l'art. 1583 c. Civ. Laisse la place à une distinction entre l' accord sur le principe et l'accord sur le contenu ; on estime que la jurisprudence, dans l'impossibilité de déterminer la volonté concrète des parties, ne sanctionne pas et ne rend pas obligatoire un simple projet ; cela distinguerait l' accord de principe de la promesse unilatérale d'un contrat de travail ou de réembauchage souscrite par un patron à l'issue d'une grève(50). Ainsi, contrairement à une autre opinion(51), l'opposition serait « non pas de nature », mais de degré ... : l' accord de principe et la promesse engendreraient tous deux l'obligation de conclure le contrat définitif ; mais dans le premier, cette obligation serait « de moyens » (tout mettre en oeuvre pour y arriver), alors que dans la seconde, elle serait « de résultat » (la conclusion du contrat étant garantie).

Ces explications ne concordent pas avec l'obligation de moyens. Celle-ci doit être exécutée une fois contractée. D'ailleurs, la distinction n'a qu'une valeur didactique. L'obligation de résultat serait peu utile si l'on est déjà lié et obligé, en attendant que l'accord définitif soit complété ; comme pour la fixation d'un prix par un tiers. A l'inverse, l'obligation de moyens n'est pas, à elle seule, révélatrice de l' accord sur le principe ; elle peut même s'inscrire avant, pendant ou après la formation d'un contrat, au même titre, d'ailleurs, que l'obligation de résultat.

L'obligation de moyens, évoquée par un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation du 4 janv. 1989 (préc. Note 32) et reprise, parfois, en doctrine, signifierait, plutôt que l'on avait contracté l'engagement de négocier sans l'obligation de conclure le contrat définitif. Peut-on étendre une telle analyse à tous les accords de principe ?

Dans la mesure où l' accord de principe ne vaut pas un contrat définitif, il faut le distinguer des pourparlers, qui sont d'un stade antérieur et, en tout cas, moins structurés, car n'ayant pas encore abouti à un accord. La responsabilité « pré-contractuelle » paraît donc inadaptée à l' accord de principe. Celui-ci est irréductible à une vague obligation de moyens.

Par contre, si dans l' accord de principe il existe bien une étape à compléter, le cas échéant, mais sans aucune obligation d'y aboutir, évoquer l'idée d'obligation de moyens ne serait pas inexact(52). C'est la raison pour laquelle il est préférable de parler de bonne ou de mauvaise foi, de normalité ou d'anormalité dans la conduite des accords. Car la vraie question demeure de savoir si on peut obliger l'auteur du consentement, même si les éléments complémentaires de l' accord de principe sont vérifiés.

Ces deux sortes d' accord de principe paraissent ici engendrer des obligations d'intensité variable.

Dans l' accord de principe à confirmation déjà préparée et irrévocable, l'idée d'obligation de moyens traduit peut-être la nécessité de vérifier la réunion des conditions et des spécifications prévues. L'obligation de poursuivre la négociation et la recherche des éléments de fait (sondages, expertise, finalisation du montage financier, obtention d'un prêt, autorisation administrative ...) Implique qu'une rupture injustifiée ou intempestive de l'accord emportera une sanction contractuelle : soit en nature par la conclusion du contrat définitif (jugement constatant la conclusion du contrat final complété par les éléments de fait relevés par le juge), soit par les dommages-intérêts pour le préjudice prévisible.

Mais dans les accords de principe véritables, où la volonté de conclure le contrat final est réservée, comment sanctionner ce qui est, justement, au coeur de la prérogative convenue ? Seuls les dommages-intérêts semblent alors appropriés en cas de rétractation anormalement intempestive. Non pas parce qu'on se situe en dehors du cadre contractuel (décidément à l'étroit, car, après tout, il y a bien eu accord et acte juridique), mais parce que l'objet de l' accord est un principe seulement et que la rétractabilité est de son essence. Au fond, ne retrouve-t-on pas pareil régime en matière de révocation du mandat simple ?

L'idée d'obligation de moyens n'apporte donc rien de bien nouveau au régime juridique de l' accord de principe, rétractable, bien que celui-ci ne prévoie aucun résultat nécessaire. Dans un tel accord, on ne pourra obliger l'auteur du consentement même si certaines spécifications sont vérifiées. A moins que la loi en décide autrement et sanctionne en nature.

Parmi les cas de rétractation sanctionnable, on peut relever, par exemple, sous réserve d'un attentif examen des circonstances de fait, que celui qui donne sa parole de principe à tel cocontractantaccordera à ce dernier une préférence, une priorité, une promesse d'escompter un accord final. Si une adjudication me permet d'enlever tel marché, je sous-traiterai, de préférence, avec les partenaires avec lesquels, par accords de principe, j'ai pu soumissionner ... Si je construis l'immeuble projeté, je vendrai aux réservataires qui ont déjà manifesté leur intention. Mais la protection de cette préférence ou priorité, si tant est qu'elle dépasse le domaine de la rupture intempestive des négociations, a besoin de l'apport régulateur de la loi pour s'accompagner de sanctions plus concrètes.

c. - L' accord de principe et l'accord sur les éléments essentiels du contrat(53).

Certains auteurs citent généralement, pour illustrer la catégorie des accords de principe, la jurisprudence qui répute le contrat conclu si on est déjà d'accord sur l'essentiel, dès qu'on est convenu, par exemple, pour la promesse de vente, de la chose et du prix, mais sans qu'on se soit mis d'accord, déjà, sur « les éléments accessoires ». Dans ce cas(54), à moins que les parties aient entendu retarder la formation de leur consentement et du contrat jusqu'à la fixation de ses modalités, le contrat serait conclu au regard de l'art. 1134 c. Civ.(55). Les cas de ce genre sont innombrables et posent des problèmes épineux, en raison de la difficulté pour les juges du fond de constater la volonté de s'engager, d'une part, et le caractère essentiel de ce qui a été déjà convenu, d'autre part(56). C'est un débat plus que classique en matière de fixation du prix par un tiers ou un expert, de vente à la dégustation ou à l'agréage(57).

En fait, l'une des confusions les plus marquantes reste celle qui entend par accord de principe la rencontre de volontés sur les éléments essentiels du contrat envisagé. Dans les contrats nommés, il serait alors à craindre que, par association d'idée, par anticipation même, chaque fois qu'on se concerte à propos d'un élément symptomatique et original, on en déduise un quelconque accord. Il y aurait aussi accord chaque fois que les éléments essentiels sont convenus(58). Pour m. Carbonnier, qui veut le principe doit vouloir les conséquences, sinon il se délie du principe(59).

Pourtant, la différence ici est fondamentale : dans l'accord sur les éléments essentiels d'un contrat, d'une opération, il y a véritablement consentement, rencontre de volontés vraies de s'engager, de conclure. Or c'est justement ce problème qui se pose pour l' accord de principe, et la question est de savoir s'il y a déjà accord ou seulement accord de principe ! Car à la limite, un accord pourrait être le contraire d'un accord de principe.

II. - L' accord de principe, technique de la précarité contractuelle.

Si la jurisprudence met en relief que l' accord de principe est un engagement à confirmer le cas échéant, l'acte confirmatif pose de nombreux problèmes. La confirmation est libre, alors qu'elle est enserrée dans un cadre précontractuel. Est-ce à dire que la liberté de confirmer l' accord de principe ne pose pas des problèmes spécifiques ?

En réalité, il faut distinguer entre les cas où la précaritéest imposée, réservée par voie d'autorité, dans le but de protéger le consommateur, d'une part, et ceux où elle résulte de la convention, c'est-à-dire où elle découle de la nature même de l' accord de principe, d'autre part. Dans le premier cas, de multiples zones d'ombre sont dissipées - cela permet de qualifier des techniques jusqu'ici considérées comme sui generis ; dans le second, les distinctions proposées permettront de mieux définir la précarité par rapport aux notions classiques du droit privé.

A. - La précarité imposée pour la protection du consommateur(60).

1. - Le contrat ... Révocable : disqualification en accord de principe.

Le législateur français, à l'instar d'autres législateurs, ne se suffit plus des protections classiques résultant de la détermination suffisante des conditions essentielles du contrat, telles que le consentement sur la chose et sur le prix. A un certain moment, pour faire face à la complexité des techniques de distribution, on a intégré au contrat et à sa formation les engagements extérieurs aux documents contractuels (publicité, catalogues ...) ; on y a même ajouté l'obligation d'informer et de renseigner le cocontractant dans la période pré-contractuelle. Constatant que cette information des consommateurs est parfois insuffisante, on a relevé et encouragé la renaissance du formalisme « lisible et compréhensible » par le non-professionnel : acte authentique, si l'acte est dangereux ; acte sous seing privé, s'il faut simplifier ; exigence de mentions informatives claires, clauses types, etc. Les auteurs qui étudient les contrats forcés ou imposés en détaillent les modalités d'application(61). D'autres estiment même qu'il s'agit d'une « rationalisation » de la responsabilité professionnelle, qui se différencierait, alors, des responsabilités contractuelle et délictuelle(62) et serait « autonome » et, partant, plus rigoureuse, car elle éviterait le dilemme entre la responsabilité pour faute et la responsabilité pour risque.

Depuis quelques années déjà, le législateur est souvent obligé d'aller plus loin encore. Tant qu'on raisonnait dans le cadre de la formation du contrat, les éléments de la discussion ne pouvaient tenir compte que des vues classiques, à savoir les éléments structurels du contrat lui-même. Celui-ci se détachait, ou résultait d'un accord de volonté irrévocable. Or, l'évolution prouve bien que le consommateur, dont il faut protéger le consentement, doit être considéré lui-même d'abord, indépendamment de la chronologie de l'acceptation par rapport à l'offre, avant ou sans son intégration dans le lien (irrévocable) du contrat(63). Ainsi, même donné, le consentement demeure révocable, tant que la volonté de se lier définitivement et irrévocablement n'est pas « testée ».

Cela introduit forcément un élément d'incertitude, de droit de rétractation, de dédit, une option,

en somme, de se délier, dans la formation du contrat. C'est en ce sens que la volonté contractuelle peut n'être qu'à formation momentanée (alors qu'on la croirait définitive) ou successive (alors qu'on la considérerait finale). En tout cas, cette démarche donne à la notion d' accord de principe une portée nouvelle et inespérée !

Offre et acceptation, « schéma simplifié » s'il en est, apparaissent ainsi importantes pour la description des opérations d'approche de la formation du contrat ; mais « coupées » du lien contractuel, elles sont d'une valeur pertinente relative dans l'analyse de la formation de la volonté contractuelle et de la protection du « consommateur ».

Pour illustrer la rétractabilité de la volonté de contracter, on peut citer de nombreux exemples tous inspirés de la même technique du repentir, de la disqualification par la loi de l'engagement final :

1) le pouvoir de se délier dans le contrat préliminaire de réservation dans la vente d'immeuble à construire (l. 3 janv. 1967), pour l'acquéreur, mais aussi pour le promoteur - ce qui impose le gel des dépôts en garantie (v. Infra).

2) le pouvoir de se rétracter accordé par les lois n° 78-22 du 10 janv. 1978 (d. Et bld 1978.83) et n° 79-596 du 13 juill. 1979 (d. Et bld 1979.270) qui permettent à l'emprunteur et à la caution de changer d'avis aussi bien pour la conclusion d'un prêt « mobilier » qu'« immobilier ».

- **L. Grynbaum, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, d. 2003 p. 1706**

La formation du contrat apparaît aujourd'hui comme un terrain d'analyse parfaitement connu qui ne mérite guère de retenir l'attention. Les recherches les plus fructueuses porteraient sur l'exécution du contrat. Dès lors les difficultés soulevées par le moment clé de l'échange des consentements ne devraient plus susciter un quelconque intérêt. Cependant, à la faveur du développement des nouveaux modes de communication qui mettent en oeuvre des techniques de dématérialisation des échanges, la question classique de la formation du contrat entre absents(1) retrouve une certaine vigueur.

En effet, les professionnels, comme les non-professionnels, sont confrontés à la nécessité de déterminer les règles applicables à la convention conclue, qu'il s'agisse du tribunal compétent ou de la loi du contrat. De surcroît, pour les consommateurs ou les salariés, le droit spécial de protection qui leur est applicable est susceptible d'être déclaré incompatible avec un échange dématérialisé ; il convient également de trouver des solutions au conflit possible entre le droit français et un droit étranger parfois moins favorable(2). Aussi, la récente réaffirmation du choix par la cour de cassation(3) de la théorie de l' émission de l' acceptation invite-t-elle à mesurer l'utilité actuelle de définir un critère permettant de déterminer le lieu de formation du contrat et, par voie de conséquence, à apprécier la valeur de cette théorie. On analysera donc les mérites que présente le système de l' émission de l' acceptation en droit interne ; puis, le rôle du lieu de la formation du contrat en droit international.

I - La théorie de l' émission en droit interne : un processus équilibré de formation du contrat

On rappellera brièvement les différentes théories proposées pour déterminer le lieu et le moment de la formation du contrat ; on observera ensuite que la théorie de l' émission est garante de l'équilibre dans la formation du contrat, notamment à l'heure où il se conclut via l'internet.

A - Des théories complexes pour des enjeux limités

La question de la formation du contrat entre absents, c'est-à-dire lorsque « l' acceptation n'est pas donnée en présence de l'autre partie »(4), a suscité d'importantes spéculations doctrinales(5). De manière classique les auteurs préconisent de reconnaître que le contrat se forme soit au moment et au lieu de la réception de l' acceptation par l'offrant(6), soit lors de l' émission de l' acceptation par le destinataire de l'offre(7) ; ces théories ne distinguent pas entre la question de la date de la formation et celle relative au lieu. Plus récemment, une « école dualiste »(8) s'est fait jour qui dissocie les questions de date et de lieu(9). Ainsi m. Malaurie avait-il soutenu que la réception de l' acceptation était décisive pour la date de formation du contrat et que l' émission de celle-ci indiquait le lieu de formation afin de déterminer le tribunal compétent(10).

En jurisprudence, la difficulté est traitée plus simplement car il n'est pas distingué entre la question de la date et celle du lieu de formation(11). La théorie de l' émission de l' acceptation a été réténue par la cour de cassation afin de déterminer le moment de formation du contrat(12) ; le lieu étant également fixé à l'endroit où l' acceptation est émise(13). Toutefois, les arrêts sont, aujourd'hui, peu nombreux en raison des enjeux limités(14).

En effet, la connaissance de la date de formation du contrat entre absents est utile sur quelques points, mais accessoires au regard de l'économie générale d'un contrat. En premier lieu, il faut déterminer si le pollicitant peut rétracter son offre, qui n'aurait pas été assortie d'un délai, avant l' acceptation. Ensuite, il faut préciser à quelle période celle-ci peut être frappée de caducité. Puis, il convient d'indiquer la loi applicable au contrat lorsque cette dernière vient à changer durant la période de formation. En outre, en matière de vente, il faut décider le moment où le transfert des risques s'opère. Enfin, quand l' acceptation s'égare, il reste à préciser si le contrat a été formé. Dès lors que la théorie de l' émission est adoptée, on décide que l' acceptation rend l'offre irrévocable sans attendre la réception par le pollicitant ; la loi en vigueur au moment de l' acceptation sera applicable au contrat ; les risques sont transférés à l'acceptant lors de l' émission de sa réponse et le fait que l'acte d' acceptation ne parvienne pas au destinataire n'empêche pas la formation du contrat. Toutes ces difficultés ne sont certes pas négligeables(15), mais, comme on l'a déjà indiqué, elles n'encombrent guère le rôle des tribunaux.

Il en va de même, a fortiori, pour la question de la détermination du lieu de formation du contrat. En effet, depuis la réforme de la procédure civile(16), l'article 46 du nouveau code indique qu'en matière contractuelle le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur ou bien celui du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service. Le critère du lieu de formation du contrat conserve un rôle résiduel en matière de contrat de travail par application de l'article r. 517-1, alinéa 3, du code du travail afin de déterminer le conseil de prud'hommes compétent(17).

On peut donc conclure que, en droit interne, la question du moment et du lieu de formation du contrat entre absents n'emporte pas de conséquences pratiques considérables. Cette observation doit être nuancée à l'égard du contrat formé par voie électronique pour lequel le système de l' émission de l' acceptation favorise un certain équilibre des pouvoirs respectifs des parties dans le

processus de formation de l'engagement.

B - La théorie de l' émission de l' acceptation source d'équilibre des forces dans la formation du « contrat électronique »

Comme on l'a indiqué, le regain d'actualité que connaît la matière des contrats à distance s'explique par le développement des échanges rapides via le réseau internet(18). Aussi doit-on immédiatement écarter la question de la date de formation du contrat qui soulève moins de questions dans un échange par essence rapide(19). En effet, les difficultés relatives à la rétractation de l'offre, sa caducité, à la loi applicable et à la répartition du risque sont négligeables dès lors que l'échange se réalise sans dysfonctionnement technique. Selon que l'on adopte la théorie de l' émission ou de la réception de l' acceptation, le moment de formation du contrat est susceptible de varier, tout au plus, de quelques minutes. Par ailleurs, comme on vient de le souligner, la question du lieu de formation, ne présente plus d'intérêt, en droit interne, sauf en matière de contrat de travail(20).

L'enjeu pour le contrat électronique est donc différent ; il est de nature technique. Si un incident se produit dans la communication(21), il est nécessaire de décider dans quelle mesure le contrat est déjà formé(22), nonobstant le défaut de réception du message d' acceptation. La théorie de l' émission de l' acceptation présente alors le mérite de préserver les droits de l'acceptant qui ne sera pas confronté au risque de rétractation du pollicitant ou de caducité de l'offre qui interviendrait pendant la durée de l'incident technique(23). En outre, la théorie de l' émission facilite la preuve de la formation du contrat et des conditions auxquelles il a été conclu. L'acceptant détiendra dans son propre système(24) la matérialité de l' émission du message d' acceptation et l'étendue de son contenu.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un piratage qui viendrait modifier les termes de l' acceptation, il est préférable de décider que le contrat est formé par l' émission de l' acceptation. En effet, si l'on faisait prévaloir la théorie de la réception de l' acceptation, l'offrant ne serait tenu que par les termes du message reçu alors même qu'il aurait été altéré en cours de route(25). Or, l'annulation ultérieure de la convention pour erreur n'apporterait pas la même satisfaction qu'un contrat conclu dans les termes stipulés par l'acceptant.

On peut donc estimer que la théorie de l' émission de l' acceptation est préférable dans les contrats à distance conclus par internet afin d'éviter que le pollicitant ne soit considéré comme seul maître du système. Le législateur français semble, implicitement, suivre un tel raisonnement car il a récemment privilégié la théorie de l' émission de l' acceptation dans les contrats à distance. Il paraît avoir opéré ce choix, indirectement, dans le code de la consommation et il a adopté résolument cette solution dans le projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique ».

Ainsi, les dispositions du code de la consommation relatives au contrat à distance(26) ne donnent-elles pas d'indication explicite sur le moment de la formation de ce type de contrat ; néanmoins, à l'article l. 121-20-3 de ce code, relatif aux délais d'exécution, il est précisé que le délai d'exécution de trente jours court à compter du moment où le consommateur a transmis sa commande. De manière plus précise, l'article 14 du projet de loi pour « la confiance dans l'économie numérique » (27)prévoit d'insérer un article 1369-2 dans le code civil qui disposera que « le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation ». La technique du « double clic » consacre donc le système de l' émission de l' acceptation. Bien que cette position ne paraisse pas aller dans le sens de la directive « commerce électronique » qui semblait privilégier la théorie

de la réception(28), elle préserve les intérêts de l'acceptant en lui conférant une certaine maîtrise du processus de formation du contrat.

Le choix du droit français en faveur de la théorie de l' émission de l' acceptation dans les contrats à distance ou entre absents est donc un facteur d'équilibre dans les relations contractuelles quand bien même les enjeux relatifs à la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat se sont amoindris. En effet, la combinaison des phénomènes d'adhésion et de distance conduit à concevoir le droit commun du contrat comme un corps de règles destinées soit à trancher un conflit entre parties de force équivalente, soit à protéger la partie faible(29). Dans cette dernière perspective, il est plus sûr de considérer que dès l' émission de l' acceptation le contrat est formé. L'acceptant, que l'on suppose la partie faible dans un contrat d'adhésion, ne sera pas soumis à l'arbitraire de la faculté de rétractation ; il détiendra, en outre, directement le mode de preuve de son acte d' acceptation. C'est donc un choix de protection de l'acceptant qui a été opéré par la jurisprudence et le législateur; le débat doctrinal sur les différents systèmes de solution ne fournissant qu'un substrat théorique aux différentes options.

Cependant, ce choix mérite d'être relativisé car la détermination du lieu de formation du contrat entre absents est devenue une question marginale en droit international privé.

II - Le lieu de formation du contrat : un critère marginal en droit international privé

Il convient maintenant d'analyser si la détermination du lieu de formation du contrat a conservé une influence sur le régime applicable à un contrat international. On en déduira la valeur de la théorie de l' émission de l' acceptation. Deux questions se posent alors : le tribunal compétent pour connaître d'un litige et la loi applicable au contrat. Sur ces deux points on observera tour à tour l'éviction ou l'effacement du critère du lieu de formation.

A - L'éviction du critère du lieu de formation afin de déterminer le tribunal compétent

Dans la relation entre professionnels, la désignation du tribunal compétent relève du libre choix des parties(30) qui peuvent stipuler une clause attributive de compétence(31). Lorsqu'elles n'ont prévu aucune clause d'élection du for, le conflit de juridictions trouvera des solutions différentes selon que le litige oppose des ressortissants de la communauté européenne ou non. Lorsque le litige entre professionnels est « extra communautaire », si le juge français est saisi du conflit, ce dernier fera application des règles internes de compétence territoriale(32); il pourra notamment se référer à l'article 46 du nouveau code de procédure civile qui désigne la juridiction du lieu où demeure le défendeur ou bien, « en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service »(33).

Dans les litiges entre professionnels « intracommunautaires »(34), la convention de bruxelles du 27 septembre 1968 a défini les règles de compétence applicables dans les etats membres de la communauté(35). Celle-ci a été remplacée par le règlement 44-2001 du 22 décembre 2000relatif à la compétence judiciaire, à l'exception du danemark et des membres de l'aele qui restent soumis à la convention de bruxelles(36). Dans cette dernière, il avait été adopté le principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur(37), tempéré par la possibilité en « matière contractuelle »(38) de saisir le « tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »(39). Le règlement du 22 décembre 2000 reprend cette disposition(40).

Dans un conflit de juridictions entre professionnels la détermination du lieu de formation du contrat n'a donc aucun rôle à jouer, elle est supplantée par le critère du domicile du défendeur ou du lieu d'exécution de l'obligation.

On retrouve ce phénomène d'éviction du critère du lieu de formation du contrat, dans la relation contractuelle avec un non-professionnel. Pour les salariés, comme pour les consommateurs, la licéité d'une clause attributive de compétence est fort discutable(41). Dans un litige né d'un contrat de travail, en principe, le tribunal compétent ne saurait être désigné par une clause attributive de compétence(42). Toutefois, il a été admis que le salarié français employé à l'étranger par un employeur étranger pouvait se voir opposer une telle clause(43). Par ailleurs, dans litige « communautaire », en matière de contrat individuel de travail, la convention de bruxelles a prévu qu'outre le tribunal du défendeur celui du lieu « où le travailleur accomplit habituellement son travail »(44) peut être également saisi(45). La solution est reprise par le règlement du 22 décembre 2000, en son article 19.

En vertu de ce même règlement ou, à défaut, sur le fondement de la convention de bruxelles, le critère réténu pour le consommateur est différent. En effet, lorsqu'un consommateur est défendeur ou demandeur à une action(46), le tribunal de son domicile est compétent aux termes de l'article 16 du règlement du 22 décembre 2000(47). Les dispositions de l'article 14 alinéa 1er de la convention de bruxelles, lorsque cette dernière a encore vocation à s'appliquer, attribuant la compétence au tribunal du domicile du consommateur sont similaires. Cependant, aux termes de l'article 13 de ce texte, afin de bénéficier d'un tel privilège de juridiction, il faut, en outre que, pour tout contrat de vente de meubles corporels ou toute prestation de services, le consommateur justifie d'une proposition ou d'une publicité faite dans son pays et qu'il ait accompli dans « cet etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat ». La convention de bruxelles attache donc une importance au lieu où s'est manifesté le consentement du consommateur.

Ainsi, pour se résumer, afin de déterminer le tribunal compétent, le domicile du défendeur, le lieu d'exécution du contrat(48) ou encore le domicile du consommateur ou du salarié(49) constituent-ils des critères déterminants; le lieu de formation du contrat ne conserve qu'un rôle résiduel(50). Le même constat s'impose lorsque l'on recherche la loi applicable.

B - L'effacement du critère du lieu de formation pour la détermination de la loi applicable

A l'origine le lieu de conclusion du contrat déterminait la loi applicable au fond et commandait les règles de forme, selon la règle locus regit actum(51). A partir du xvie siècle cette dernière ne s'est plus appliquée qu'aux règles de forme, la loi d'autonomie régissant le fond(52). Les exigences de forme, aujourd'hui, n'obéissent plus qu'à titre facultatif à la règle locus regit actum ; cette dernière a même été évincée dans les contrats conclus par un consommateur.

En premier lieu, la jurisprudence a décidé que la règle soumettant les règles de forme à la loi locale pouvait être écartée par les parties au profit de la loi commune des parties(53) ou la loi régissant le fond(54) ; une option est donc ouverte aux parties(55). Puis, la convention de rome, en son article 9-1, a repris ce principe du caractère supplétif de la règle locus regit actum en précisant que le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond ou à celles de la loi du pays dans lequel il a été conclu. Lorsque les parties se trouvent dans des pays différents au moment de la conclusion, le contrat est valable s'il répond aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond ou de la loi d'un de ces pays(56). Enfin, aux termes de l'article 9-5 de la convention de rome, le consommateur qui conclut un contrat à distance bénéficiera, pour les règles de forme, de l'application de la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle(57).

Ainsi la règle locus regit actum, aujourd'hui cantonnée aux conditions de forme du contrat, est-

elle devenue supplétive de volonté ; lorsque la convention de rome s'applique, elle vient en concours avec la règle de fond. Elle est évincée lorsqu'un consommateur est partie au contrat, au profit de la loi du pays de résidence de ce dernier sans égard au lieu de conclusion du contrat(58). Le critère du lieu de formation du contrat n'a donc plus de rôle prépondérant même dans son domaine d'élection : la forme du contrat.

L'effacement de ce critère est encore plus net pour la loi de fond applicable au contrat.

Les règles de fond obéissent au principe de la loi d'autonomie qui a écarté la loi du lieu de conclusion(59). De surcroît, en l'absence de choix par les parties, le lieu de formation ne devient plus qu'un critère secondaire, primé par celui du lieu d'exécution, pour déterminer la loi applicable(60). Ce critère du lieu de formation est complètement rejeté par la convention de rome qui, à défaut de volonté expresse des parties, indique en son article 4, alinéa 1er, que « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »(61). Or, « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle »(62). La détermination du lieu de formation du contrat n'a donc plus d'importance ; c'est le lieu de résidence du débiteur de l'obligation qui va déterminer les règles de fond applicables à la convention lorsque les parties n'ont pas élu de loi particulière.

L'éviction du critère du lieu de formation du contrat est également avérée dans la convention de la haye relative à la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Aux termes de l'article 3, alinéa 1er, de ce texte, à défaut de désignation expresse de la loi applicable, c'est la loi du lieu de résidence habituelle du vendeur au moment de la conclusion du contrat qui s'appliquera(63).

L'effacement du critère du lieu de formation du contrat est encore plus marqué lorsqu'un consommateur est partie à un contrat de vente ou de prestation de services(64). L'article 5 de la convention de rome vise à donner compétence à la loi du pays de résidence du consommateur. Ainsi, l'article 5, 2, de ce texte permet-il d'écarter la loi choisie par les contractants dès lors que ce choix serait de nature à priver le consommateur de la protection dont il bénéficie dans sa loi nationale, à raison de dispositions impératives. Dans le même esprit, il est décidé qu'à défaut de choix la loi applicable est celle du lieu de résidence du consommateur(65). La détermination de la loi applicable au contrat conclu par le consommateur n'implique donc pas qu'il soit recherché le lieu de conclusion du contrat. Toutefois, afin de bénéficier de l'article 5 de la convention, le consommateur doit avoir « été sollicité dans son pays »(66), c'est-à-dire y avoir reçu une offre de contracter ou une publicité. En outre, il doit avoir accompli « dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ». Cependant, il ne s'agit pas de s'interroger sur le lieu de formation du contrat, mais de savoir si, pour un consommateur français, offre de contracter et acceptation ont bien été formulées en france.

Le dispositif adopté dans la convention de rome afin de déterminer la loi applicable au contrat de travail est très similaire(67). En effet, la liberté de choix de la loi applicable prévue à l'article 3 de ce texte ne saurait priver le travailleur de la protection que lui assure la loi du lieu d'exécution du contrat de travail, ou, lorsque « le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays », la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur(68). Ces mêmes critères de rattachement doivent être mis en oeuvre pour déterminer la loi applicable au contrat de travail à défaut de choix opéré par les parties(69).

Ainsi, en droit international privé, la recherche du lieu de formation du contrat est-elle devenue quasiment inutile. Elle ne permet ni de désigner le tribunal compétent, ni la loi applicable. Tout au plus le lieu de formation peut-il aider, à titre supplétif et secondaire, à déterminer les règles de

forme applicables au contrat. Les critères du lieu d'exécution ou encore du domicile d'une des parties sont devenus prépondérants. Le constat final s'impose donc que la question du lieu de formation du contrat est devenue très théorique, cette dernière a été vidée de ses conséquences pratiques. Il en résulte que le débat sur la théorie de l' émission ou de la réception de l' acceptation est à ranger parmi les constructions doctrinales surannées toujours présentes dans les traités et manuels mais disparues de la vie juridique quotidienne. La présente analyse montre que le regain d'intérêt pour le régime de la formation des contrats à distance suscité par les nouvelles technologies de l'information n'est pas justifié au regard des mécanismes du droit international privé. Néanmoins, on retiendra la réaffirmation en droit interne(70) de la faveur pour la théorie de l' émission qui constitue un moyen, parmi d'autres, de protéger l'acceptant lorsqu'il est la partie faible au contrat ; ce dernier se voyant ainsi attribuer une certaine maîtrise sur le processus de formation du contrat.

- **D. Mainguy, *La violation du pacte de préférence*, dr. et patrimoine, 2006, n° 144, p. 72**

La violation du pacte de préférence est caractérisée par l'inexécution des obligations de réservation et de préparation incombant au promettant. Elle justifie naturellement des sanctions dont l'efficacité s'avère toutefois limitée.
In cauda venenum. Malgré le ciel d'azur qui plane sur les contractants, à l'heure d'envisager la rédaction d'un pacte de préférence, l'orage menace, en réalité, tant le risque de l'« inexécution » du pacte de préférence est présent. « Inexécution » du pacte, plus que « violation ». Le choix des termes n'est en effet pas neutre, spécialement lorsqu'il s'agit de ces contrats sensibles.
Sensibles en raison du taux de « litigibilité » – j'invente un mot, on n'a pas le droit de le faire lorsqu'on prépare le concours d'agrégation, mais, une fois cette petite épreuve administrative surpassée, on peut se le permettre – de ces contrats, assez élevé – il n'y a pas, je crois, d'étude statistique générale en la matière et je me fie simplement à la récurrence des affaires concernant ce contrat, finalement assez modeste.
Sensibles également en raison de la proximité de ce contrat avec le contrat préparé. Le pacte de préférence s'inscrit dans la catégorie des contrats préparatoires à un contrat préparé visé par le pacte : vente, bail ou autres. Autres en effet car le domaine des pactes de préférence est très large : droit des sociétés, droit du travail, droit rural, droit immobilier, droit financier, mais aussi droit de la distribution. Il est très fréquent en effet qu'un pacte de préférence soit inséré dans un contrat de distribution. C'est ainsi que, dans le contrat de franchise par exemple, une préférence est souvent accordée au franchisé dans le cas de l'implantation d'une nouvelle franchise sur un territoire déterminé et, inversement mais surtout, qu'un pacte de préférence portant sur le fonds de commerce ou le bail commercial et sur les droits sociaux de la société exploitant la franchise soit associé à l'hypothèse d'une rupture du contrat de franchise à l'initiative du franchisé. Le pacte de préférence apparaît alors comme une menace, une sanction supplémentaire, indirecte et efficace. Or, la proximité de ce contrat préparé éveille, évidemment, toutes les inquiétudes : l'un a très envie d'acheter, l'autre n'envisage pas encore de vendre mais il réserve tout de même son offre au destinataire, au bénéficiaire.
Sensibles encore en raison des contraintes rédactionnelles : tel pacte de préférence se présente effectivement comme un droit de préférence où le promettant doit fournir une offre au bénéficiaire avant tout autre, alors que tel autre se présente comme une faculté de substitution à une offre faite à un tiers avec toutes les difficultés liées à la comparaison de deux propositions.
Sensibles enfin en raison de la période dans laquelle le pacte de préférence s'inscrit. C'est en effet la période de la négociation d'un contrat, l'avant-contrat(1), qui est visée, période dominée par une exigence de bonne foi dans le comportement de chacun des négociateurs et où deux logiques se conjuguent : l'une fondée sur des négociations sans support contractuel, ce qu'on appelle

parfois les « pourparlers », et l'autre, fondée sur des contrats de la négociation dont le pacte de préférence, avec les promesses de contracter, constitue l'un des éléments les plus achevés.
Cette sensibilité n'est pas vaine : la négociation des contrats est une période particulière où rien n'est joué, tout est possible, une période particulièrement pathogène. Les litiges se révéleront si la négociation a échoué, dirigeant le contentieux vers une action en rupture brutale ou abusive des pourparlers, ou bien alors la négociation a réussi, le litige survenant ensuite, généralement pour engager une action en annulation du contrat pour dol, souvent pour sanctionner une réticence dolosive. Or l'hypothèse faste de la réussite de la négociation, quelles que soient les techniques, éventuellement contractuelles, qui ont pu la préparer, demeure une hypothèse : les incertitudes sont nombreuses, de sorte que ce petit miracle juridique qu'est l'opportunité de la rencontre des volontés émanant d'intérêts économiques distincts, voire opposés, ne saurait être automatique, même en présence d'un contrat de la négociation. Sans doute, comme pour tous les contrats, la plupart des pactes de préférence sont correctement exécutés. Il reste que le risque d'inexécution du pacte de préférence est inhérent à la période de négociation, dans laquelle il s'inscrit, risque qu'une technique contractuelle adaptée doit permettre de minimiser.
Or, parce qu'il s'agit d'une période sensible, le choix des termes est important. « Violation » du pacte de préférence, le terme utilisé est assez classique, tout comme il est classique et admis de parler de « rétractation » de la promesse de contracter par le promettant. Mais nul ne songe à considérer subjectivement ces termes, connotés d'une façon particulièrement négative : « rétractation » de la promesse unilatérale ou « violation » du pacte de préférence. « Violer » un pacte de préférence, c'est mal, ce doit être sanctionné, de façon virulente, comme semble le signifier le terme, de façon subliminale. Or, à tout bien observer, le contrat qui forme pacte de préférence peut être observé de façon neutre, comme le non-respect de ses obligations. Il s'agit donc tout simplement de l'inexécution du pacte de préférence, éventuellement pour appeler un jugement moral négatif.
C'est donc du sujet de « l'inexécution du pacte de préférence » dont il sera traité, étant entendu que la figure contractuelle du « pacte » de préférence s'inscrit plus largement dans la catégorie des contrats, conventions, clauses de préférence. C'est ainsi que les procédures d'appel d'offres privées pourraient être considérées comme des contrats conjonctifs de préférence, que les « clauses d'approvisionnement prioritaire » dans certains contrats de distribution sont des clauses d'achat préférentielles, que les clauses d'offre concurrente sont des formes encore plus sophistiquées. Sophistiquées et dangereuses, d'une part, parce qu'elles sont critiquées en droit de la concurrence et, d'autre part, parce qu'elles associent très souvent une exigence de comparaison avec l'offre d'un tiers.
Il reste que c'est le « pacte » de préférence qui est au cœur des difficultés, spécialement en raison de l'incertitude planant sur l'efficacité de sa sanction, de sorte que la détermination des obligations susceptibles d'être peu ou mal exécutées importe (I), tout comme l'intensité de la sanction (II).

I - L'IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS DU PACTE DE PRÉFÉRENCE

Le pacte de préférence est un contrat dont la nature juridique et, partant, la détermination des obligations sont complexes. En effet – et comme pour les promesses de contracter – aucune définition légale n'apparaît de sorte que le régime juridique du pacte de préférence résulte de l'observation de trois sources combinées : la pratique, la doctrine et la jurisprudence. Cette dernière ayant au final le dernier mot, particulièrement face à des écrits doctrinaux qui expriment surtout ce que tel auteur aimerait considérer comme définition du pacte de préférence, et, donc, de son régime. Il est remarquable cependant que le rapport Catala propose une définition du pacte de préférence, sous la plume, notamment, de mon collègue, ami et contradicteur Denis Mazeaud. L'article 1106-1 de l'avant-projet de réforme du Code civil dispose ainsi que « le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de

traiter avec lui », ce qui est plutôt une bonne définition, une définition de consensus(2). Ainsi présenté, le pacte de préférence apparaît comme un contrat unilatéral. Parfois, cependant, le pacte de préférence est un contrat synallagmatique et met à la charge du bénéficiaire des obligations. Observons alors que le pacte de préférence échappe à la sanction de l'article 1589-1 du Code civil, inséré par la loi SRU de 2000(3), qui dispose qu'est frappé de nullité « tout engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de la part de celui qui s'oblige un versement quelle qu'en soit la cause et la forme », alors que le pacte de préférence est la figure exactement inverse de sorte qu'il serait valable d'exiger du bénéficiaire une somme d'argent, une sorte d'indemnité de préférence.
Il reste cependant que, quelle que soit la nature, unilatérale ou synallagmatique, du pacte, ce sont surtout les obligations du promettant qui importent. S'en dégagent alors des obligations qui présentent le pacte de préférence comme un contrat de réservation et des obligations qui en font un contrat préparatoire. Réservation, il fige l'éventuelle offre et la dirige (A) ; préparation, il envisage, déjà, l'éventuelle conclusion du contrat préparé (B).

A - Les obligations liées à l'objectif de réservation

Le pacte de préférence est un contrat conclu entre le promettant et le bénéficiaire par lequel le promettant assure que, s'il vend, il réservera la priorité de son offre au bénéficiaire.
De ce point de vue, le contrat de préférence crée, sans doute, une obligation de réservation, dont la nature n'est pas aisée à déterminer. Il s'agit, sans doute, d'une obligation de faire, réserver la priorité de l'offre à son destinataire qui contient, comme une ombre, une exigence de ne pas faire, celle de ne pas offrir la conclusion du contrat envisagé à des tiers. Cette exigence contractuelle corollaire peut-elle être propulsée au rang d'obligation contractuelle de ne pas faire ? On mesure ce que son éventuelle violation y trouverait comme avantage, selon le régime des articles 1143 et suivants du Code civil. L'affirmation est tentante, et certains s'y sont risqués à propos de la promesse de contracter(4) et parfois à propos du pacte de préférence(5), mais n'est-ce pas, ce faisant, confondre l'obligation du contrat, réserver la priorité d'une offre, et le fait juridique d'inexécution de cette obligation pour l'ériger en obligation ? On pourrait, alors, donner corps à cette obligation de ne pas faire en envisageant des hypothèses de concurrence de contrats. Par exemple, un promettant qui a conclu un premier pacte de préférence en conclut un second avec un tiers, comme c'est usuellement le cas en droit des sociétés. Ce faisant, il n'émet pas une offre et ne viole donc pas l'obligation de faire, réserver une offre. Mais la concurrence des droits de chacun de ces bénéficiaires va poser difficultés.
Prior tempore potior jure, pourrait-on avancer, mais pour autant que les pactes aient date certaine, ce qui donne une certaine force à l'acte notarié, à moins de considérer qu'une obligation de ne pas faire interdisait la conclusion du second pacte, le rendant inopposable au premier. La Cour de cassation a cependant rejeté cette thèse, en droit des sociétés, par un arrêt du 10 juillet 2002 (6). De même, le promettant d'un pacte de préférence peut-il durant le temps de l'exécution de ce pacte, souvent fort longue, entrer dans une négociation concurrente avec un tiers ? Autrement dit, le pacte de préférence contient-il une obligation d'exclusivité dans la négociation, dans la préférence ? Sans doute, une telle obligation de ne pas faire se traduirait de façon assez floue comme une obligation de ne pas entraver la bonne exécution de l'obligation de réservation, de sorte qu'une négociation parallèle heurterait l'esprit du pacte. Mais à l'inverse, le promettant peut être attrait à cette négociation parallèle de façon à l'inciter à conclure le contrat préparé avec le bénéficiaire. Si obligation de ne pas faire il y a, elle n'est donc sans doute que l'obligation de ne pas offrir le contrat préparé à la vente à un autre que le bénéficiaire avant qu'une offre lui ait été utilement destinée, c'est-à-dire qu'elle est bien l'ombre portée, en négatif, de l'obligation de faire.
Deux remarques peuvent alors être formulées.
D'une part, le rapprochement du pacte de préférence avec la promesse de contracter est ici banni : la promesse de contracter oblige essentiellement à offrir un bien à la vente, de façon

exclusive, ce qu'exprime par exemple l'article 1106 du projet de Code civil. On pourrait faire observer, d'ailleurs, que, psychologiquement, le pacte de préférence est conclu très souvent précisément parce que le promettant ne voulait ni vendre ni promettre de vendre et il a finalement accepté de diriger une offre future et éventuelle au bénéficiaire insistant. Il est donc parfaitement contradictoire de vouloir ranger le pacte de préférence dans la catégorie des promesses de contracter.
D'autre part, s'agissant de la rédaction du pacte de préférence, l'absence de toute règle supplétive est essentielle. Ainsi, une ambiguïté majeure est à repérer s'agissant du pacte de préférence comme des promesses de vente. Très souvent, s'agissant de la promesse de vente, les auteurs décrivent une définition de la promesse de vente qu'ils considèrent comme étant
la définition de la promesse de vente et, face aux décisions contraires de la jurisprudence – notamment à propos de la question de la rétractation de la promesse par le promettant avant l'option par le bénéficiaire à la suite de l'arrêt du 15 décembre 1993(7) – réagissent en la critiquant, comme si la définition doctrinale largement partagée par ailleurs était une définition légale et impérative. Or, le raisonnement devrait être inversé : le régime juridique promis par la jurisprudence étant ce qu'il est, tirons-en les conséquences sur la nature juridique de la promesse. Ce dont il ressort que, tant s'agissant de la promesse que du pacte de préférence, la jurisprudence retient un régime plutôt en retrait, par rapport aux souhaits des parties.
Il est par conséquent indispensable de pallier la conception restrictive que la jurisprudence se fait de ces contrats par des clauses tentant de renforcer leur efficacité.
C'est ainsi, en premier lieu, que la jurisprudence considère qu'un pacte de préférence portant sur une vente ne joue pas dès lors que le promettant conclut avec un tiers un autre type de contrat, comme une donation(8) ou bien une autre sorte encore de contrat : contrat d'échange(9), apport en société(10), constitution d'usufruit(11), bail(12), et adjudication(13). Par ailleurs, la question se pose, dans des termes voisins, de l'efficacité du pacte lorsque celui-ci porte sur une chose et qu'un contrat est conclu sur une chose plus restreinte ou plus vaste. La jurisprudence recherche l'indivisibilité naturelle plus ou moins grande des éléments en question. Ainsi, le pacte de préférence portant sur un appartement est appelé à jouer lors de la vente de l'immeuble dans sa totalité(14). Au contraire, le pacte de préférence portant sur un pré n'est pas applicable au cas de vente globale du pré et de la maison y attenant(15). La question se pose alors d'un pacte portant sur un nombre déterminé de droits sociaux alors que le promettant propose finalement de vendre une partie moindre, ou plus importante, ou qu'il réalise une autre opération.
Sans doute devrait-on considérer, en l'absence de précision contractuelle, que de tels contrats constituent, pour le promettant, une inexécution de ses obligations et que, au contraire, les exigences de la bonne foi en matière contractuelle la plus élémentaire devraient le conduire à respecter son obligation, de sorte que l'offre de tout contrat, même autre que celui visé expressément par le pacte, constitue une violation de celui-ci. Il reste alors qu'une précision contractuelle permettrait de mieux résister à de telles tentations, notamment en précisant la dimension contractuelle de cette obligation de réservation, à savoir quels contrats et quelles choses sont envisagés.
C'est, en second lieu, que le contrat peut prévoir une véritable obligation de ne pas faire, une obligation d'exclusivité, éventuellement rémunérée d'ailleurs, une obligation de révélation de négociation concurrente, etc., et les sanctions de sa violation, sous la forme d'une clause pénale, notamment, ou d'une clause de dédit.

B - Les obligations liées à l'objectif de préparation

La considération du pacte de préférence comme un contrat préparatoire permet de présenter les obligations du pacte d'une autre manière.
L'obligation essentielle du pacte de préférence est une obligation de faire. Si l'on reprend la définition donnée par l'article 1106 du projet de Code civil, « le (promettant) s'engage, pour le cas

où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui ». Il s'engage donc à formuler une offre de contracter.
Deux conceptions peuvent alors se dégager.
Une conception minimaliste permet d'y déceler une simple obligation d'information : une information sur l'intention de vendre du promettant, un peu comme dans le mécanisme du droit de préemption. On avouera cependant que cette obligation, si elle permet de considérer que le promettant peut informer le bénéficiaire comme toute autre personne, trahit assez largement l'esprit de ce contrat. De ce point de vue, le contrat de préférence se présente comme un contrat de négociation renforcé ou bien comme un pacte de préférence portant sur la préparation... d'un contrat de négociation.
Une conception maximaliste permet de concevoir une obligation de formuler une offre associée à une obligation d'information. Alain Bénabent écrit ainsi que le promettant « doit donc informer le bénéficiaire des conditions de la vente qu'il envisage, et lui faire ainsi une offre»(16).
Cette conception est celle à laquelle se rallient la plupart des auteurs : le promettant assume une obligation de proposer la conclusion du contrat envisagé au bénéficiaire. L'article 1106-1, alinéa 2, du projet de Code civil prévoit alors que « le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence». La formule permet, par ailleurs, d'associer les deux types de pacte de préférence(17), notamment la variante assurant au bénéficiaire un droit de substitution dans l'offre émise à un tiers.
Deux difficultés se présentent alors.
Première difficulté, une telle obligation de formuler une offre ne rapproche le pacte de préférence de la promesse de contracter que de manière apparente. La tendance constatée un temps en jurisprudence lorsqu'il s'agissait de savoir si le pacte de préférence devait, ou non, être soumis à publicité foncière(18) n'était qu'artificielle. En revanche, la comparaison avec la définition de la promesse unilatérale de contracter n'est pas inutile, ne serait-ce que pour montrer que, également en l'absence de modèle légal, une incertitude demeure. La conception minimaliste, mais minoritaire, y décèle, à l'instar de la jurisprudence, une simple obligation de maintenir une offre de contracter(19), alors que la conception maximaliste et majoritaire y voit un contrat par lequel le promettant s'est définitivement engagé à contracter et aurait déjà donné par la promesse son consentement au contrat promis. Le pacte de préférence est indéniablement distinct de la promesse de vente, prise dans sa conception maximaliste, dans la mesure où, au moment de la formation du pacte, le promettant n'est pas décidé à vendre. En revanche, il est vrai que la distinction entre le pacte de préférence et la promesse de contracter, prise dans sa conception minimaliste, est plus difficile : les deux ont le même objet, une offre. Pourtant, la distinction apparaît dans la mesure où le pacte de préférence assure au bénéficiaire la primeur d'une offre éventuelle, alors que la promesse unilatérale de contracter assure au bénéficiaire l'exclusivité d'une offre actuelle.
Seconde difficulté, s'agissant de la mise en œuvre et des modalités d'une telle obligation. La jurisprudence, suivant la voie plus générale empruntée en droit des contrats, d'une part, et en droit de la négociation, d'autre part, exige que le promettant exécute le pacte de préférence de bonne foi(20). Il est cependant plus que nécessaire, au-delà de cet impératif de principe, que le pacte de préférence prévoie la procédure d'envoi de l'offre : dans quelle forme, dans quelles conditions, dans quel délai (terme extinctif), l'offre doit-elle être adressée au bénéficiaire et dans quelles conditions doit-il répondre ? Si le bénéficiaire dispose d'un droit de substitution à l'offre émise par un tiers, selon quelles modalités celle-ci opère, le pacte doit-il contenir un canevas minimal de l'offre assurant une comparaison possible, mais difficile, avec l'offre du tiers, etc. ? Il est évident que plus ces formes sont précises et plus le pacte est sécurisé. Ainsi les parties prendront-elles garde de prévoir un pacte de préférence à durée déterminée, de déterminer les conditions de l'envoi de l'offre au bénéficiaire, de prévoir le délai et les conditions permettant au bénéficiaire de répondre, dans la mesure où l'absence de réponse libère le promettant de son

engagement. Il peut alors, sans contrainte, conclure le contrat envisagé avec un tiers aux mêmes conditions(21).

II. LA SANCTION DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS

Les obligations du pacte de préférence ainsi déterminées, où c'est essentiellement la qualité de l'exécution des obligations du promettant qui pose difficulté, il reste que la violation du pacte de préférence appelle une sanction dont l'exposé (A) appelle sans doute une appréciation (B).

A - L'existence de la sanction

Les obligations du promettant, qu'elles aient pour but d'assurer la réservation de la chose ou la préparation du contrat envisagé, se confondent : elles permettent au bénéficiaire de recueillir la primeur de l'offre émise par le promettant dès lors qu'il se décide à conclure le contrat projeté.

Dès lors, la violation du pacte se caractérise par la conclusion du contrat projeté avec un tiers, sous une forme ou sous une autre, c'est-à-dire, en réalité, l'émission d'une offre à un tiers alors qu'elle ne l'a pas été au profit du bénéficiaire portant sur un contrat identique ou concurrent (vente, bail, etc.) ou de nature à empêcher la réalisation du pacte comme la conclusion d'un pacte concurrent.

L'ensemble des efforts de la doctrine a alors consisté à donner force au pacte de préférence d'une façon ou d'une autre dans un conflit qui oppose, au moins, trois personnes : le promettant, le bénéficiaire bafoué et le tiers contractant. Si l'on raisonne sur un pacte de préférence portant sur une vente, il en résulte alors une grande difficulté. En effet, le promettant propriétaire a conclu un contrat avec le bénéficiaire titulaire d'un simple droit de créance(22), contrat soumis aux exigences, intimistes, de l'article 1165 du Code civil et de la relativité des effets qu'il assure, et un second contrat avec le tiers, devenu propriétaire, bénéficiant alors de l'opposabilité extravertie, erga omnes, de son droit. Il n'est pas neutre de rappeler que le Code civil préfère, en général, la circulation dynamique des richesses à leur repos. « La propriété, c'est le vol », pensait Proudhon ? Grossière erreur, la possession, c'est le vol.

Le bénéficiaire peut alors envisager au moins deux actions différentes.

La première consiste à engager la responsabilité contractuelle du promettant. Le juge dispose alors de toute la latitude pour sanctionner la violation constatée du pacte de préférence : il peut prononcer la résolution du pacte de préférence et allouer des dommages et intérêts(23).

La seconde consiste à engager une action contre le promettant et contre le tiers pour obtenir d'une part, l'annulation du contrat litigieux et, d'autre part, la substitution du bénéficiaire au tiers. Il va de soi que c'est là la sanction idéale, la sanction morale de la violation du pacte de préférence mais que c'est en même temps la sanction statique, la remise en l'état, l'appui à la fiction contre la réalité de la circulation d'un bien, sans doute à de meilleures conditions, au tiers.

Pourtant, la jurisprudence pose un certain nombre de conditions, particulièrement restrictives – tellement d'ailleurs que l'on peut se demander si l'empilement des conditions n'est pas propre à la rendre impossible – à l'exercice d'une telle action.

En premier lieu, l'annulation du contrat conclu avec le tiers au mépris des droits du bénéficiaire ne peut s'autoriser d'une violation de l'adage Nemo plus juris... ou de l'article 1599 du Code civil relatif à la vente de la chose d'autrui. Le pacte de préférence ne crée qu'un droit de créance au profit du bénéficiaire et seul l'acheteur – le tiers donc – est titulaire de l'action en nullité relative de l'article 1599 du Code civil.

En deuxième lieu, le second contrat est pleinement valable. En effet, le contrat rendant le tiers propriétaire ne peut pas être annulé parce qu'il aurait un objet illicite. Par exemple, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte n'entrave pas la cessibilité des actions dans la mesure où le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer de ces actions(24).

En troisième lieu, l'exécution forcée du pacte de préférence est impossible. En effet, la chose objet du pacte de préférence n'est plus disponible puisqu'elle a été cédée au profit du tiers. Il reste cependant la question de la conclusion de deux pactes de préférence concurrents, formule qui ne

correspond pas véritablement à l'hypothèse qui nous sert de fil conducteur. Dans cette hypothèse, il est vrai, la question de l'exécution forcée peut se poser, puisque la chose est encore disponible. De quelle exécution forcée s'agit-il, cependant ? On retrouve ici le même type de débat que celui ouvert depuis 1993 à propos de l'exécution forcée de la promesse unilatérale de vente.

Il n'y a, tout d'abord, aucune obligation de donner dont on sait qu'elle est, même discutée, la plus à même de permettre une telle exécution forcée, comme dans le cas d'une promesse unilatérale de vente acceptée ou d'une promesse synallagmatique alors que l'un des contractants refuserait de signer l'acte authentique réitérant la vente.

Une obligation de ne pas faire aurait pu être détectée : sa violation permet de détruire ce qui a été fait en contradiction avec l'obligation, c'est-à-dire l'annulation du second pacte de préférence, mais une telle obligation demeure cependant secondaire, voire hypothétique : la Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002 : « L'article 1143 du Code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur »(25).

Une obligation de faire est donc à la charge du promettant : il s'agit de l'obligation de fournir une offre. Peut-on alors forcer l'exécution de cette obligation de fournir une offre ? L'article 1142 du Code civil s'oppose à toute exécution forcée d'une telle obligation de faire, qui se résout, simplement, en dommages et intérêts lorsque la personne du contractant est impliquée dans l'exécution de l'obligation. Mais une telle obligation de faire implique la personne du contractant dans ce qu'elle a de plus intime, sa volonté de contracter, et l'on voit mal comment une exécution forcée en nature serait possible(26). La doctrine a tenté de contourner cette difficulté

Obligationnelle en présentant de façon très astucieuse et très réaliste que ce n'est pas telle ou telle obligation qui est violée dans le cas de la promesse de vente ou, au cas particulier, du pacte de préférence, mais le contrat lui-même. Madame Schütz écrit ainsi que la « promesse de vendre contient plus qu'une simple obligation de maintenir une offre : elle contient un engagement immédiat et définitif de vendre. Cet engagement contractuel est, conformément à l'article 1134, alinéa 2, irrévocable ; il n'y a donc pas de problème d'inexécution». La formule peut être reprise, dans le cas du pacte de préférence, avec le soutien de la thèse soutenue avec force par Pascal Ancel : « le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais (...) il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat»(27). Par conséquent, c'est le contrat lui-même qui mériterait une exécution forcée en nature, mais qui se heurterait aux mêmes contraintes.

En quatrième lieu, le sort du contrat conclu avec le tiers est au cœur de la sanction éventuelle. En principe, le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'annulation de ce contrat dans la mesure où il est un tiers – intéressé sans doute mais un tiers – au regard du contrat de vente conclu en inexécution du pacte. La jurisprudence atténue cependant la portée de cette pétition de principe en relevant que l'annulation peut cependant être admise en cas de « collusion frauduleuse ». Il convient alors de savoir si le tiers ignorait ou connaissait l'existence du pacte de préférence (et les règles de la publicité foncière avec l'opposabilité aux tiers qu'elles emportent jouaient un rôle important, jusqu'en 1994).

Dans le premier cas, le tiers est considéré comme de bonne foi. Le pacte de préférence est une convention inopposable au tiers, selon la règle de l'article 1165 du Code civil. Par conséquent, le bénéficiaire peut simplement demander les dommages et intérêts au promettant et non au tiers.

Dans le second cas, en revanche, le tiers est considéré comme de mauvaise foi. La vente conclue entre le promettant et le tiers peut alors être annulée si, en outre, le tiers connaissait l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte(28), formule particulièrement restrictive. Pourtant, la sanction est particulièrement curieuse. La « fraude » dont il s'agit n'est en effet pas une fraude à la loi, susceptible donc d'emporter l'annulation d'un contrat en application de l'article 6 du Code civil, mais une « simple » fraude paulienne dont la sanction est en principe, simplement, l'inopposabilité du contrat au tiers.

D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de donner corps à cette annulation, la jurisprudence est beaucoup plus prudente. Logiquement, en effet, si le contrat conclu entre le promettant et le tiers est annulé, le promettant est redevenu propriétaire, de sorte que l'exécution forcée en nature du pacte de préférence redevient possible ; pour résumer, le bénéficiaire devrait pouvoir être « substitué » au tiers. Pourtant la jurisprudence s'y refuse en principe(29).

B -

L'opportunité de la sanction

Les sanctions de la « violation » du pacte de préférence sont donc finalement peu efficaces : le promettant engage sa responsabilité contractuelle, le tiers aussi, sans doute sur le fondement de la tierce complicité en cas de « fraude », le contrat conclu avec le tiers est « annulé », sans pourtant que l'on tire beaucoup de conséquences pratiques de cette « annulation ».

Bien des auteurs souhaitent, alors, que la sanction soit plus efficace, à travers la reconnaissance jurisprudentielle d'une sanction musclée. Observons cependant que l'article 1106-1 du projet de Code civil, dans son alinéa 3, demeure assez prudent : « le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi ». Sans doute la proposition renverse-t-elle la perspective jurisprudentielle puisque le tiers est présumé de mauvaise foi d'apporter. C'est à lui la preuve qu'il est de bonne foi, preuve positive toujours difficile à apporter et assez dangereuse par ailleurs. En revanche, ce projet est muet sur les suites de cette « inopposabilité » et sur la possibilité d'une substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur, alors qu'il est beaucoup plus disert sur les conséquences de la violation d'une promesse unilatérale de vente. L'article 1106 du projet, dans son alinéa 2, précise, en effet, sous la plume de Denis Mazeaud, que « la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement peut empêcher la formation du contrat promis». Or, la plupart des auteurs qui souhaitent une réponse osée à la « violation » du pacte de préférence militent en faveur d'une telle substitution.

Celle-ci serait en effet justifiée par la sanction retenue : l'annulation, qui replace les parties dans l'état où elles se trouvaient. Ce serait l'une des rares fois où la fiction de la nullité l'emporterait sur la réalité de l'existence des relations contractuelles.

Elle serait également justifiée par des arguments de morale contractuelle. On connaît ces arguments, ce sont les mêmes que ceux qui favorisent l'inefficacité de la rétractation de la promesse : le promettant s'est engagé à adresser une offre, tout en sachant que celle-ci serait très certainement acceptée par le bénéficiaire, sinon il n'aurait pas incité à la conclusion d'un tel contrat, de sorte qu'il devrait être sanctionné.

Il reste que d'autres arguments militent en faveur des solutions jurisprudentielles.

En premier lieu, si le promettant a refusé de conclure le contrat avec le bénéficiaire, c'est sans doute qu'il a de bonnes raisons et, en toute hypothèse, on ne voit guère quels seraient les arguments justifiant qu'une décision de justice force ainsi le consentement d'un contractant renonçant à contracter. Ainsi, le refus de vente, pénalement sanctionné pendant longtemps entre professionnels et qui l'est toujours en droit de la consommation, n'a jamais été sanctionné par l'obligation de conclure le contrat. L'exécution en nature du pacte de préférence, comme celle de la promesse unilatérale de vente, conduit en effet à imposer la conclusion forcée d'un contrat, solution toujours dangereuse.

En second lieu, il y a certainement des arguments économiques : le promettant, s'il vend à un tiers, y trouve certainement un avantage ; il vend plus cher ou mieux au tiers qu'il n'aurait vendu au bénéficiaire, et l'on voit mal comment, dans une économie libérale de marché, on pourrait s'opposer à cette situation. Au risque d'une répétition, et d'un simple point de vue économique, tout le monde y trouve finalement son compte : le promettant, c'est évident, le tiers, satisfait d'acquérir le bien convoité, le bénéficiaire, qui ne perd pas d'argent, peut acquérir une autre chose équivalente et peut obtenir quelque indemnité, sans doute assez faible en raison de la maigreur du préjudice subi, et... l'État, qui en tirera un profit fiscal accru. L'ensemble des critères d'appréciation économique valident donc les solutions rendues par la Cour de cassation, dans la

même logique qu'en matière de rétractation, efficace, de la promesse unilatérale de vente en application de cette thèse, d'origine anglo-saxonne, mais francisée, de l'« efficient breach of contract», de l'inexécution efficace du contrat. L'inexécution, la rupture, est efficace, mais sans doute fautive, de sorte que le bénéficiaire peut obtenir des dommages et intérêts dont la mesure par les juges du fond pourrait être dissuasive, sans même parler de « punitive damages ». Sans doute dans quelques rares cas particuliers, l'inexécution trahit une manœuvre, de sorte qu'une exécution forcée en nature pourrait être conçue. Dans la plupart des cas, cependant, cette violation est caractérisée par la considération d'un profit plus important à réaliser.

Enfin, bien des mécanismes contractuels permettent de renforcer les sanctions et, partant, la sécurité attendue par le bénéficiaire : clauses pénales, clauses de dédit, rédaction attentive des conditions de mise en œuvre du pacte, etc. Ce sont surtout ces mécanismes qui permettront de retrouver une certaine sécurité. Il serait d'ailleurs utile d'imaginer les clauses qui seraient insérées dans les pactes ou dans les promesses, ou les formules contractuelles alternatives qui seraient utilisées, si la jurisprudence proposait la solution prônée par la plupart des auteurs, précisément pour éviter l'automaticité de la sanction par la conclusion forcée du contrat.

Finalement, la violation d'un pacte de préférence était bien, tout simplement, une résiliation, fautive sans doute, mais efficace d'un pacte de préférence, d'un contrat donc, sans que l'exécution forcée en nature de ce contrat soit aujourd'hui possible. Restent, cependant, les ressorts de la technique contractuelle pour améliorer la situation du bénéficiaire risquant d'être déçu, une belle clause pénale, une bonne clause de dédit pour restaurer une sécurité juridique qui ne pourra jamais être totale, absolue : les contractants sont des hommes mais ils ne sont que des hommes. Ici encore, il n'est pas question de prôner l'anarchie juridique, tout au contraire. Mais il ne convient pas de bouleverser l'ensemble des règles de l'exécution des contrats pour la sauvegarde d'une question très particulière.

SEANCE 3

FORMATION DU CONTRAT
Le consentement
(Intégrité)

L'erreur

I. – Jurisprudence

- Civ. 1ère, 22 février 1978 : Bull. civ. I, n° 74 ; RTD civ. 1979, p. 126, obs. Y. Loussouarn. (**A commenter**)
- Civ. 1ère, 13 décembre 1983 : Bull. civ. I, n° 293 ; D. 1984, p. 340, note J.-L. Aubert.
- Civ. 1ère, 24 mars 1987 : Bull. civ. I, n° 105 ; D. 1987, p. 489, note J.-L. Aubert.
- Civ. 3ème, 1er février 1995 : Bull. civ. III, n° 36 ; RTD civ. 1995, p. 149, obs. J. Mestre.
- Com., 26 mars 1974 : Bull. civ. IV, n° 108.
- Civ., 20 mars 1963 : Bull. civ. N° 179 ; JCP 1963, II, 13228, note P. Esmein.
- Soc., 3 juillet 1990 : Bull. civ. IV, n° 329 ; RTD civ. 1991, p. 316, obs. J. Mestre.
- Civ. 1ère, 24 avril 2003 : Bull. civ. I, n° 82 ; D. 2004, p. 450, note S. Chassagrnard.
- Civ. 1ère , 17 septembre 2003: Bull. civ. I, n° 183 : RTD civ. 2005, p. 123, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Civ. 1ère, 14 décembre 2004: Bull. civ. I, n° 326 ; Contrats, conc., consom. 2000, n° 159, obs. L. Leveneur.
- Civ. 3ème, 21 févier 2001 : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001, p. 2702, note D. Mazeaud.
- Civ 1ere 13 juillet 2016 N° de pourvoi: 15-23097

II. – Doctrine

- G. Vivien, *De l'erreur déterminante et substantielle*, RTD civ. 1993, p. 305.

III. – Exercice

- Commentaire d'arrêt rédigé : Civ. 1ère, 22 février 1978.

I. – Jurisprudence

- **Civ. 1ère, 22 février 1978**

Sur le premier moyen : vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu que, les époux saint-arroman ayant charge rheims, commissaire-priseur, de la vente d'un tableau attribue par l'expert lebel a "l'école des Carrache", la réunion des musées nationaux a exerce son droit de préemption, puis a présenté le tableau comme une œuvre originale de Nicolas Poussin ;

Que les époux saint-arroman ayant demandé la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue, la cour d'appel, estimant qu'il n'était pas prouve que le tableau litigieux fut une œuvre authentique de poussin, et qu'ainsi l'erreur alléguée n'était pas établie, a déboute les époux Saint-Arroman de leur demande ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicie par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas poussin, la cour d'appel n'a pas donne de base légale a sa décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen : casse et annule en son entier l'arrêt rendu entre les parties le 2 février 1976 par la cour d'appel de paris ;

Remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens.

- **Civ. 1ère, 13 décembre 1983**

Sur le moyen unique : vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu que les époux saint-arroman ont fait vendre aux enchères publiques, par le ministère de mm Maurice Rheims, Philippe Rheims et René Laurin, un tableau que leur tradition familiale donnait comme étant du au pinceau de Nicolas poussin mais qui venait d'être attribue a l'école des Carrache par l'expert robert lebel auquel les commissaires-priseurs s'étaient adresses, de telle sorte qu'il a été inscrit comme tel au catalogue de la vente avec l'assentiment de ses propriétaires et qu'il a été adjuge pour 2200 francs le 21 février 1968 ;

Que la réunion des musées nationaux a exerce son droit de préemption, puis a expose le tableau comme une œuvre originale de m poussin ;
Que, les époux saint-arroman ayant demande la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue, la cour d'appel, statuant sur renvoi âpres cassation d'un précédent arrêt, a rejeté cette demande aux motifs que, si les époux saint-arroman "ont bien eu , au moment de la vente, la conviction ( ) que le tableau litigieux ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas poussin", ni l'affectation de ce tableau au Louvre comme étant de m poussin, par arrête du 20 mars 1968, ni l'article de m Rosenberg dans la revue du Louvre, paru en 1969, ni l'exposition de l'œuvre au Louvre sous le nom de poussin "n'impliquent et ne contiennent en fait aucun élément d'appréciation de l'origine de l'œuvre qui soit antérieur a la vente, ou concomitant, et susceptible comme tel d'influer sur le consentement des vendeurs s'il avait été connu d'eux ou de leurs mandataires des ce moment";
Que, de même, la réunion des musées nationaux ayant fait observer pour sa défense qu'en définitive, et malgré son

propre comportement âpres l'acquisition du tableau, il n'y a pas de certitude absolue sur l'origine de l'œuvre, la cour d'appel a déclare "qu'il n'importe ( ) que la réunion des musées nationaux ait maintenu - ou par la suite corrige - son opinion sur l'attribution du tableau a m poussin, l'erreur devant être appréciée au jour de la vente";

Attendu qu'en statuant ainsi, et en déniant aux époux saint-arroman le droit de se servir d'éléments d'appréciation postérieurs a la vente pour prouver l'existence d'une erreur de leur part au moment de la vente, la cour d'appel a viole le texte susvisé;

Et attendu que la dépendance nécessaire existant entre la question de la validité de la vente et celle de la responsabilité des commissaires-priseurs et de l'expert entraine par voie de conséquence, en appréciation de l'article 624 du nouveau code de procédure civile, la cassation de la disposition de l'arrêt attaque concernant la responsabilité de ceux-ci ;

Par ces motifs : casse et annule l'arrêt rendu le 1er février 1982, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ;

Remet en conséquence la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt, et pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, a ce désignée par délibération spéciale prise en la chambre du conseil.

- **Civ. 1ère, 24 mars 1987**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que, selon les juges du fond, Jean, André Vincent, depuis lors décédé, a vendu en 1933 aux enchères publiques, comme étant " attribué à Fragonard ", un tableau intitulé Le Verrou ; que, l'authenticité du tableau ayant été ultérieurement reconnue, l'arrêt confirmatif attaqué a refusé d'annuler cette vente, pour erreur, à la demande des héritiers de Jean, André Vincent ;
Attendu que ceux-ci reprochent à la cour d'appel (Paris, 12 juin 1985) de s'être déterminée au motif essentiel que l'expression " attribué à.... " laisse planer un doute sur l'authenticité de l'oeuvre mais n'en exclut pas la possibilité ; qu'ils soutiennent, d'une part, qu'en s'attachant seulement à déterminer le sens objectif de la mention " attribué à.... " et en s'abstenant de rechercher quelle était la conviction du vendeur, alors que leurs conclusions faisaient valoir qu'il était persuadé, à la suite des avis formels des experts, que l'authenticité de l'œuvre était exclue, la cour d'appel a violé à la fois les articles 1110 du Code civil et 455 du nouveau Code de procédure civile ; qu'il est, d'autre part, prétendu qu'en toute hypothèse, le vendeur commet une erreur quand il vend sous l'empire de la conviction que l'authenticité est discutable, alors qu'elle est en réalité certaine et que tout aléa à ce sujet est inexistant ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'il résulte des énonciations souveraines du jugement confirmé " qu'en vendant ou en achetant, en 1933, une œuvre attribuée à Fragonard, les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre, que les héritiers de Jean-André Vincent ne rapportent pas la preuve, qui leur incombe, que leur auteur a consenti à la vente de son tableau sous l'empire d'une conviction erronée quant à l'auteur de celui-ci " ; que le moyen, en sa première branche, ne peut dès lors être accueilli ;

Et attendu, en second lieu, que, ainsi accepté de part et d'autre, l'aléa sur l'authenticité de l'œuvre avait été dans le champ contractuel ; qu'en conséquence, aucune des deux parties ne pouvait alléguer l'erreur en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune, et notamment pas le vendeur ni ses ayants-cause en cas d'authenticité devenue certaine ; que le moyen doit donc être entièrement écarté ;
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

- **Civ. 3ème, 1er février 1995**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 30 avril 1992), que, suivant un acte sous seing privé du 8 avril 1988, les époux Bolorinos ont vendu une propriété à Mme Hays ; que Mme Hays ayant refusé de régulariser la vente au motif qu'elle avait entendu acquérir une propriété d'un seul tenant alors que celle-ci contenait des parcelles appartenant à des tiers et était traversée par une voie publique, les époux Bolorinos l'ont assignée en résolution ; que Mme Hays a reconventionnellement demandé le prononcé de la résolution aux torts des vendeurs et, subsidiairement, la nullité de l'acte pour erreur ayant vicié son consentement ;

Attendu que les époux Bolorinos font grief à l'arrêt d'annuler l'acte sous seing privé, alors, selon le moyen, 1° qu'il ne résulte ni des écritures de l'appelante ni de celles des vendeurs qu'ait été invoquée la notion singulière d'" erreur-obstacle " générant un régime juridique propre ; qu'en retenant d'office une telle erreur sans provoquer de débat contradictoire quant à ce, la cour d'appel viole l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ; 2° que l'acte sous signature privée du 8 avril 1988 faisait état très clairement de la vente d'une propriété en nature de bois, landes et fruitiers et d'une bâtisse construite sur d'anciennes ruines pour une contenance totale de 53 hectares, 73 ares et 89 centiares ; qu'en croyant pouvoir retenir pour caractériser une erreur-obstacle le fait qu'au moment de la signature de l'acte l'acheteur a été en possession d'un plan déclaré avoir été établi par l'agent immobilier du vendeur et pouvant avoir été relevé en 1975 à une époque où lesdits vendeurs souhaitaient acquérir la propriété, plan incomplet et " parcellaire " en ce qu'il ne " représente pas l'ensemble des biens, objet du projet de vente ", étant de plus souligné que ledit plan donne l'impression d'une propriété d'un seul tenant, bordée d'un chemin rural sans parcelles appartenant à des tiers incluses ; cependant que de nombreuses parcelles non comprises dans le plan colorié étaient englobées dans le projet et que la configuration de l'ensemble de la vente différait dudit plan colorié : existence de parcelles incluses appartenant à des tiers, existence d'un chemin rural traversant la propriété, la cour d'appel ne caractérise pas la notion complexe d'interprétation stricte " d'erreur-obstacle " au sens de l'article 1110 du Code civil telle qu'interprété et, partant, prive son arrêt de base légale au regard dudit texte, ensemble de l'article 1108 du même code ; 3° que la cour d'appel ne constate pas que le plan versé serait entré dans le champ contractuel ; qu'en le retenant, néanmoins, non pour se prononcer sur un éventuel dol, mais sur l'existence d'une " erreur-obstacle ", la cour d'appel prive encore son arrêt de base légale au regard des articles 1108 et 1110 du Code civil ; 4° qu'en toute hypothèse, en l'état d'un acte sous seing privé très clair sur la contenance de la propriété cédée en l'état d'un très léger décalage existant entre la contenance telle qu'elle figure dans la promesse synallagmatique de vente valant vente et le projet d'acte authentique, il appartenait à la cour d'appel de s'exprimer sur le point de savoir, car là était la vraie question, si, dans la commune intention des parties et notamment de l'acheteur, le fait d'acquérir une propriété d'un seul tenant qui ne serait pas traversée par un chemin rural était substantiel ou non au sens de l'article 1110 du Code civil ; qu'en laissant sans réponse ce point central, la cour d'appel prive son arrêt de base légale au regard de l'article 1110 du Code civil et méconnaît son office, violant ainsi l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; 5° que les juges d'appel, qui relèvent, à la charge de l'acquéreur, un manquement dû à sa légèreté ne pouvaient, comme ils l'ont fait, retenir une erreur-obstacle dès lors que ce manquement était de nature à avoir une incidence sur l'erreur commise et qu'il est acquis que si la faute retenue revêt une certaine gravité, son auteur

ne peut, en aucun cas, obtenir dans un tel contexte un quelconque avantage économique ou social, en l'occurrence le prononcé de la nullité d'un acte de vente ; qu'ainsi, l'arrêt, qui retient une faute imputable à l'acquéreur et fait néanmoins droit à sa demande en annulant une vente sans qualifier la faute dudit acquéreur prive encore son arrêt de base légale au regard des articles 12 du nouveau Code de procédure civile, 1109 et 1110 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'acte sous seing privé portait sur une propriété en bois-landes, fruitiers et une bâtisse construite sur d'anciennes ruines et constaté que si le projet d'acte authentique déterminait les parcelles que les vendeurs entendaient voir comprises dans la vente, le plan colorié et annoté remis à l'acheteur au moment des pourparlers contenait d'importantes différences, certaines parcelles étant mentionnées, à tort, comme appartenant aux vendeurs, d'autres comme ayant été achetées et une autre comme étant en instance d'achat et donnait l'impression d'une propriété d'un seul tenant, bordée d'un chemin rural sans parcelles appartenant à des tiers incluses, la cour d'appel, qui en a déduit que la preuve était rapportée de ce que les parties n'avaient pas accordé leur volonté sur le même objet, a, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante et sans violer le principe de la contradiction, légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Com., 26 mars 1974**

Sur le moyen unique : attendu qu'il est fait grief a l'arrêt confirmatif attaqué (rennes, 27 septembre 1972) d'avoir rejeté la demande de Bayon et Deniaud, tendant a voir déclarer nulle pour erreur sur la substance la convention par laquelle Devorsine, en sa qualité de président-directeur général de la société anonyme des établissements devorsine, et en son nom personnel, leur a cédé 250 actions de la société anonyme working alors, selon le pourvoi, que, s'agissant d'un contrat portant sur des actions mobilières, des meubles incorporels, l'erreur sur la productivité de l'action est susceptible de constituer, indépendamment de sa valeur en capital, une erreur sur la substance au sens de l'article 1110 du code civil;

mais attendu qu'en réponse aux prétentions de bayon et de deniaud, qui soutenaient avoir été induits en erreur sur la situation exacte de la société working, et avoir ainsi cru acquérir une entreprise saine, alors qu'il s'agissait en réalité d'une entreprise << malade >>, l'arrêt relève que, par la convention litigieuse, les cessionnaires avaient entendu prendre une participation dans une société concurrente de la leur et susceptible de remplir son objet social, ce dont la société working, bien que déficitaire, n'était pas incapable;

Que de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir la cause déterminante du consentement donne par bayon et deniaud et retenant que l'erreur invoquée portait, non pas sur les qualités substantielles de l'objet du contrat, mais seulement sur sa valeur, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur ne constituait pas une cause de nullité de la convention;

D'où il suit que le moyen n'est pas fonde;

Par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 27 septembre 1972 par la cour d'appel de rennes

- **Civ., 20 mars 1963**

Sur le moyen unique : attendu que suivant acte sous seing prive du 10 septembre 1957

de la croix laval a vendu a liebaert pour le prix de 47.000.000 d'anciens francs le château de Noailles et le domaine de l'escure ;

que sur l'action du vendeur, la cour d'appel a, par l'arrêt infirmatif attaque, annule la vente, au motif qu'en traitant avec liebaert qui avait été condamne par arrêt de la cour de justice a la confiscation de ses biens présents et a venir et dont le patrimoine avait été place sous le séquestre des domaines, de la croix laval avait été victime d'une erreur qui avait vicie son consentement ;

Attendu que le pourvoi fait grief a la cour d'appel d'avoir ainsi statue, alors que l'erreur d'appréciation sur la solvabilité d'un acheteur ne saurait être assimilée a un vice du consentement de nature à frapper le contrat de nullité ;

Mais attendu que si l'erreur sur la personne du cocontractant n'est pas en principe une cause de nullité, il peut en être autrement lorsque la considération de cette personne a été la cause principale de la convention ;

Que la cour d'appel a use a cet égard de son pouvoir souverain d'appréciation lorsqu'âpres avoir relevé qu'"en vendant pour l'importante somme de 47.000.000 d'anciens francs un château et un domaine, de la croix laval (n'avait) voulu traiter qu'avec un acheteur libre de ses droits, juridiquement capable de s'acquitter de ce prix par un payement opposable a tous", elle a conclu que le vendeur avait été victime d'une erreur viciant son consentement ;

Qu'ainsi le moyen n'est pas fonde ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 10 février 1961 par la cour d'appel de paris ;

no 61-11.900. Liebaert c/ de la croix laval. President : m. Bornet. - rapporteur : m. Chadefaux. - avocat general : m. Lebegue. - avocats : mm. Talamon, galland et goutet.

- **Soc., 3 juillet 1990**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Vu l'article 1110 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué que la société Cart Expert, admise au règlement judiciaire par jugement du 30 mars 1984 et autorisée à poursuivre son exploitation, a, assistée du syndic M. Jeanne, engagé à compter du 21 mai 1984 M. Racy en qualité de directeur ; que le 27 juillet 1984, l'employeur a immédiatement mis fin aux fonctions du salarié en invoquant par un courrier ultérieur la découverte du fait que M. Racy avait caché, lors de son embauche, que le 25 avril 1984 une société, dont il était alors le président-directeur général, avait été mise en liquidation de biens et que cette information aurait été de nature à faire écarter sa candidature au poste de directeur de la société Cart Expert ; que M. Racy a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement des indemnités de rupture et de congés payés et de paiement de salaires, la société introduisant de son côté une demande d'annulation du contrat ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat de travail et débouter M. Racy de sa demande l'arrêt attaqué, qui a joint les deux instances, après avoir dit que le dol du salarié n'est pas établi, énonce que les circonstances dans lesquelles a été recruté M. Racy et les qualités qui ont été alors mises en avant en ce qui le concerne, montrent suffisamment que la considération de la personne a été la cause principale de l'engagement de Cart Expert France et de son syndic à l'égard de M. Racy, et que l'erreur sur sa personne doit donc entraîner la nullité du contrat de travail ;

Attendu cependant que l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ; que l'arrêt relève que la société Cart Expert et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le curriculum vitae appuyant cette candidature, et qu'ils ne s'étaient pas renseignés plus complètement sur le candidat directeur et n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur auraient permis de découvrir que M. Racy venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres énonciations, desquelles résultait la faute inexcusable de la société Cart Expert France et de son syndic, les conséquences juridiques qui en résultaient ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 novembre 1986, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris

- **Civ. 1ère, 24 avril 2003**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 13 septembre 2001), que les consorts X..., Y... et Z... ont acquis de la société des Parkings Jean Bart et de la société des Parkings Temple-Chapon des emplacements de stationnement destinés à l'exploitation publique dans un immeuble édifié en l'état futur d'achèvement ; qu'à la suite de difficultés tenant à la liquidation judiciaire de certains intervenants, et malgré des tentatives de conciliation, le projet n'a pu être mené à bien dans les conditions prévues à l'origine ; qu'alléguant l'erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue, les acquéreurs ont sollicité l'annulation de la vente et le paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts X..., Y... et Z... font grief à l'arrêt de rejeter les demandes d'annulation des contrats de vente et de limiter l'allocation de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :
1 / que lorsque la recherche d'avantages d'ordre fiscal participe de l'objet du contrat, la nullité de la convention est encourue si cet objectif n'a pas pu être atteint ; que, dans leurs conclusions d'appel, M. X..., Y... et Mlle Z... faisaient valoir que toute l'opération de vente de places de parking en état futur d'achèvement avait été conçue par le groupe JRH de manière à permettre aux acquéreurs "d'exploiter les parkings en bénéficiant du régime fiscal des Bénéfices industriels et commerciaux (BIC) après immatriculation au registre du commerce et des sociétés et de déduire de leurs revenus imposables une partie des pertes liées à l'acquisition et l'exploitation des emplacements ; qu'en estimant que seule une stipulation expresse du contrat de vente pouvait faire entrer le bénéfice de l'avantage fiscal dans le champ contractuel, cependant que la volonté des parties de tenir pour substantiel cet élément pouvait être établie par tout moyen, notamment en analysant l'économie de la convention, la cour d'appel a violé les articles 1109, 1110, 1116 et 1134 du Code civil ;
2 / que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que M. X..., M. Y... et Mlle Z... se prévalaient dans leurs écritures du rapport d'expertise judiciaire établi par M. A..., qui avait constaté que le bénéfice du régime fiscal des BIC était la "clef de voûte de l'opération", que "le mode opératoire proposé est essentiellement assis sur ses avantages fiscaux, largement mis en exergue" et que "c'est en ce sens que les investisseurs sont fondés à prétendre que le système fiscal inclus dans le montage en était partie intégrante et donc déterminant quant à la décision d'acquisition" ; qu'en affirmant que

la possibilité de bénéficier d'un régime fiscal favorable ne constituait pas en l'espèce une condition de la convention, sans analyser, même sommairement, le rapport d'expertise judiciaire de M. A..., la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;
3 / que la publicité commerciale, lorsqu'elle accompagne les offres faites au public, constitue un élément contractuel qui engage son auteur à l'égard de l'acceptant ; que, dans leurs conclusions d'appel, MM. X..., Y... et Mlle Z... faisaient valoir que la plaquette publicitaire proposée par le groupe JRH insistait sur le fait que le montage proposé aux acquéreurs d'emplacements de parking avait pour objet de procurer des avantages d'ordre fiscal ; qu'en se bornant à affirmer que les plaquettes publicitaires éditées par le groupe JRH n'avaient pas de caractère contractuel pour en déduire que les énonciations de ces documents ne pouvaient être pris en considération pour analyser la volonté des parties, sans préciser en quoi ces plaquettes seraient dépourvues de caractère contractuel, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;
4 / qu'en énonçant, pour écarter les demandes des acquéreurs tendant à l'annulation des contrats de vente des emplacements de parking, que l'exploitation commerciale promise pouvait être mise en oeuvre, bien que les services annexes de lavage, d'entretien et de mécanique ne puissent être assurés, ce dont il résultait que les acquéreurs ne pouvaient, en l'absence de ces services, revendiquer le bénéfice du régime fiscal des BIC, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, violant ainsi les articles 1109, 1110, 1116 et 1134 du Code civil ;
5 / que la censure qui ne manquera pas d'intervenir sur le chef de dispositif de l'arrêt déboutant les acquéreurs de leur demande en annulation des contrats de vente et de prêt entraînera, par voie de conséquence et par application de l'article 625 du nouveau Code de procédure civile, la cassation du chef de dispositif de l'arrêt déboutant les mêmes de leur action tendant à ce que l'ensemble des intervenants à l'opération, d'investissement soient condamnés à leur payer respectivement à chacun, à titre de dommages et intérêts, les sommes de 965 997 francs (147 265,29 euros), 757 854 francs (115 534,10 euros) et 965 997 francs (147 265,29 euros), ainsi que les frais d'acquisition et d'emprunt et les frais liés à leur statut d'exploitants de parking ;

Mais attendu qu'ayant relevé que les consorts X..., Y... et Z... ne démontraient pas que l'assujettissement au régime des bénéfices industriels et commerciaux des revenus tirés de l'exploitation des emplacements de stationnement aurait été contractuellement stipulé lors de leur vente, et retenu que les plaquettes publicitaires éditées n'avaient pas de caractère contractuel, la cour d'appel, qui, ayant analysé les contrats de réservation et de vente, n'était pas tenue de prendre en considération les conclusions de l'expert judiciaire, a pu en déduire, abstraction faite de motifs surabondants relatifs à la possibilité de mise en oeuvre de l'exploitation commerciale des installations, faisant l'objet d'une indemnisation séparée, qu'il n'y avait pas lieu de prononcer l'annulation des contrats de vente, l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'étant pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Civ. 1ère, 17 septembre 2003**

Attendu que le 25 octobre 1985, Mme X..., propriétaire d' un tableau de l'école française du XVIIe siècle, a requis la société civile professionnelle Perrin-Royère-Lajeunesse (la SCP), commissaire priseur, pour le vendre aux enchères publiques dans les six mois ; que l'acte chargeait l'officier ministériel d'une mission préalable de recherches et

investigations par tout expert, sachant ou procédé scientifique, aux fins de déceler l'origine de l'oeuvre et la dire de l'atelier de Nicolas Poussin ou du maître lui-même, stipulait à ce propos l'assistance des experts B... et Y..., et fixait un prix de réserve à 100 000 francs ; que le tableau a été présenté au catalogue sous les formules "Atelier de Nicolas Poussin, La fuite en Egypte, huile sur toile", suivies, références bibliographiques à l'appui, des indications selon lesquelles les spécialistes considéraient l'oeuvre originale comme perdue, à moins, selon l'un d'eux, qu'elle ne figurât dans une collection suisse ; qu'estimé entre 150 000 ou 200 000 francs, il a été adjugé le 2 mars 1986 pour le prix de 1 600 000 francs à la société Galerie Pardo, avant de devenir, en conséquence de la liquidation amiable de celle-ci, la propriété indivise de MM. Richard et Robert Z... ;

Attendu que la venderesse, convaincue en 1994, par la lecture de publications relatives à Poussin et relatant les opinions nouvelles de personnes qualifiées, que le tableau était de la main de l'artiste, a, en 1995, assigné MM. Z... et le mandataire ad hoc de la galerie liquidée, en nullité de la vente, et la SCP et M. Y... en responsabilité ; qu'un premier arrêt (Paris, 27 février 1998), frappé par ceux-ci de deux pourvois rejetés par la Cour de Cassation (Civ1, 27 juin 2000, D 98-15.483 et E 98-15.714), après avoir énoncé en son dispositif qu'"aucun aléa permettant l'attribution de la toile à Nicolas Poussin n'existait pour la venderesse lors de la vente intervenue le 2 mars 1986", a ordonné avant dire droit une expertise, laquelle a conclu le 24 mars 2000 qu'il en était certainement l'auteur, et que la valeur de l'oeuvre litigieuse se situait entre quarante-cinq et soixante millions de francs ;
Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :
Attendu que MM. Z... et les autres membres de la société liquidée font grief à l'arrêt attaqué (Paris, 28 juin 2001) d'avoir prononcé la nullité de la vente sans préciser les éléments établissant que Mme X... avait fait du défaut d'authenticité du tableau une qualité substantielle l'ayant déterminée, méconnaissant ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile et privant sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du Code civil ;

Mais attendu qu'en rappelant le dispositif précité de sa décision du 27 février 1998, ainsi que les motifs par lesquels elle avait alors dit les termes du catalogue exclusifs de toute possibilité d'attribution au peintre puis souligné l'extrême modicité de l'estimation initiale du tableau comme de son prix de réserve, et en ajoutant que c'est précisément parce que Mme X... avait acquis la certitude que le tableau n'était pas de l'artiste qu'elle avait accepté de le laisser mettre en vente sous l'appellation "Atelier de Nicolas Poussin", la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Sur le deuxième moyen et la troisième branche du premier :
Attendu que les consorts Z... font aussi grief à la cour d'appel, d'une part, de les avoir déboutés de leur action en responsabilité civile contre la SCP, sans rechercher si sa "déclaration mensongère" faite à Mme X..., par lettre du 29 janvier 1986 selon laquelle le tableau avait été montré à l'un des meilleurs spécialistes de la peinture française du XVIIe siècle sans être reconnu par lui comme une oeuvre du maître, ne constituait pas une faute contractuelle envers sa mandante, préjudiciable aussi à l'acheteur par la conviction erronée suscitée chez la venderesse qu'il ne pouvait être de Poussin et par l'annulation consécutive de la vente, privant ainsi sa décision de base légale au regard des articles 1165 et 1382 du Code civil, et, d'autre part, d'avoir méconnu, en violation des articles 1110 et 1984 du même Code, que la faute du mandataire, génératrice de l'erreur de la mandante, ouvrait seulement à cette dernière une action en responsabilité à l'encontre du commissaire priseur, mais faisait par ailleurs obstacle au prononcé de la nullité de la vente ;

Mais attendu que la cour d'appel a vérifié, par référence aux données acquises au moment de la vente, l'exactitude des mentions du catalogue quant au sort supputé de l'original du tableau "La fuite en Egypte" ; qu'elle a ajouté que la non-réponse du spécialiste sollicité à une lettre de M. Y... accompagnée d'une photographie et d'une demande d'avis avait pu être interprétée par lui et par la SCP comme un désintérêt témoignant de la non attribution de la toile au maître, les confortant ainsi dans leur opinion épistolairement exprimée et dans leur résolution de la présenter comme une oeuvre d'atelier ; qu'elle a relevé qu'un nettoyage ou des mesures scientifiques ou radiographiques ou d'autres investigations encore n'auraient pas suffi à établir son authenticité par rapport à une copie d'époque ; que par ces constatations et appréciations souveraines, elle a légalement justifié sa décision de ne retenir aucun manquement de la SCP à ses obligations de prudence et diligence ; d'où il suit que le moyen manque en fait ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est subsidiairement reproché à l'arrêt, en violation des articles 1371 du Code civil et 695 du nouveau Code de procédure civile, de débouter les consorts Z... de leur action en enrichissement sans cause dirigée contre Mme X..., alors que, condamnés aux entiers dépens, ils supportent la charge des expertises menées à partir d'analyses scientifiques entreprises à leur demande par les Laboratoires des Musées nationaux et qui ont abouti à la reconnaissance de l'authenticité du tableau ;

Mais attendu que l'enrichissement dont s'agit n'est pas dû au fait des consorts Z... mais à l'initiative prise par Mme X... de faire prononcer la nullité de la vente ; d'où il suit qu'en ne dérogeant pas au principe de la condamnation de la partie perdante aux dépens posé par l'article 696 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt n'encourt pas le grief allégué ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

- **Civ. 1ère, 14 décembre 2004**

Attendu que M. Henri X..., neveu de Camille X..., avait acheté en 1986 un tableau signé "C. X...", désigné sous le nom "L'amie anglaise", et présenté comme une peinture effectuée par la célèbre artiste dans le catalogue raisonné que Mme Y..., sa petite nièce, a dressé de son oeuvre en 1990 ; que M. Z..., qui avait reçu mission de M. Henri X... de restaurer la toile et de la conserver en dépôt-vente avec mise à prix de 600 000 francs, s'en est lui-même porté acquéreur le 26 février 1993 pour ladite somme, puis l'a revendue quelques jours plus tard au prix d' un million de francs ; qu'après la publication par d'autres auteurs, en 1996, d'un nouveau catalogue raisonné attribuant désormais cette peinture à Charles-Antoine X..., M. Z... a remboursé son acheteur puis assigné M. Henri X... en résolution et subsidiairement annulation de la vente précédente ; qu'il a été débouté ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de l'avoir, en violation des articles 1183, 1184 et 1641 du Code civil, débouté de son action en résolution, alors que, selon le pourvoi, sa demande, dénonçant, malgré l'engagement du vendeur de lui céder une oeuvre de Camille X..., la livraison d'une chose attribuée à un artiste inconnu, reposait sur l'inadéquation tant matérielle que fonctionnelle de l'oeuvre de l'esprit par rapport à ce qui avait été convenu, et ainsi, sur l'inexécution de l'obligation de délivrance conforme ou de garantie ;

Mais attendu, d'une part, que l'erreur sur une qualité substantielle, lorsqu'elle ne s'analyse pas en une défectuosité intrinsèque compromettant lusage normal de la chose ou son bon fonctionnement, n'est pas un vice caché et ne donne donc pas naissance à la garantie afférente, et, d'autre part, que la

cour d'appel, en relevant que les deux demandes formulées par M. Z... se fondaient sur l'erreur commise par lui quant aux qualités substantielles de la chose qu'il avait achetée, a fait ressortir qu'elle était saisie d'un vice ayant affecté la formation même du contrat, et non, à titre autonome, d'une délivrance ultérieure non conforme ; que le moyen n'est donc pas fondé ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1110 du Code civil ;

Attendu que pour retenir l'erreur inexcusable de M. Z... et le débouter de sa demande en annulation de la vente, l'arrêt relève ses titres de restaurateur d'oeuvres d'art et d'expert agréé, sa spécialité de dépistage des faux et des contrefaçons artistiques mentionnée sur ses documents professionnels, sa visite aux époux X... en 1993 afin d'expertiser trois oeuvres en bronze de Camille X..., pour lesquelles il a dressé un certificat, son travail sur la toile reçue en dépôt-vente, et la revente qu'il a faite de celle-ci dès le 10 mars 1993, pour un prix nettement supérieur à celui de son acquisition ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, tout en relevant que M. Z... était intervenu à des fins autres qu'une certification de la toile litigieuse, déjà formellement reconnue comme étant de Camille X... par Mme Y..., experte et spécialiste de ses oeuvres, et que cette authentification n'était en rien démentie à l'époque de la vente, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et par suite, violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais uniquement en ce qu'il a nié le caractère excusable de l'erreur invoquée par M. Z..., l'arrêt rendu le 19 janvier 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;
remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Y...

- **Civ. 3ème, 21 février 2001**

Sur le deuxième moyen : (Publication sans intérêt) ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix, 20 mai 1998), que, suivant deux actes, reçus par M. Gas, notaire, les 26 mai et 6 juillet 1989, la société civile immobilière Errera (SCI) a vendu un immeuble à usage d'hôtel à M. Plessis et la société Hôtel Le Gallieni (société) le fonds de commerce exploité dans cet immeuble au même acquéreur ; qu'une précédente décision ayant accueilli la demande de la SCI et de la société en réitération des cessions, M. Plessis les a assignées en annulation des ventes pour dol ; qu'il a également demandé la condamnation de M. Gas à lui payer des dommages-intérêts ; qu'en appel M. Plessis a maintenu sa prétention à titre subsidiaire et demandé à titre principal la réduction du prix et subsidiairement l'allocation de dommages-intérêts ;

Attendu que pour débouter M. Plessis de sa demande en annulation pour dol, l'arrêt retient que les conditions d'une telle annulation ne sont pas réunies quant aux griefs avancés par M. Plessis en raison du caractère inexcusable de l'erreur dont il soutient avoir été victime, l'ignorance de l'exploitation sans autorisation d'ouverture et en non-conformité aux règles de sécurité n'étant pas admissible de sa part alors qu'il avait une obligation particulière de se renseigner compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne permettent pas d'exclure l'existence d'une réticence dolosive et alors qu'une telle réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que pour débouter M. Plessis de sa demande dirigée contre le notaire, l'arrêt relève que M. Gas n'est intervenu qu'après la conclusion des cessions qui liaient de manière définitive les parties par la signature d'un accord du 26 mai 1989 et que la convention du 6 juillet 1989, rédigée par M. Gas, n'a eu aucune incidence sur la conclusion des cessions déjà définitives ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le notaire qui participe à la rédaction d'actes de vente est tenu d'un devoir de conseil destiné à assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il a apporté son concours, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré irrecevables comme nouvelles en appel les demandes en réduction du prix des cessions et subsidiaires en indemnisation formées, sur les divers fondements entrepris, par M. Plessis en substitution, au principal, de sa demande initiale, l'arrêt rendu le 20 mai 1998, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes.

- **Civ. 1ère, 5 février 2002**

LA COUR : - Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1110 du Code civil ;

Attendu que lors de la vente publique du 29 septembre 1993 dirigée par M. Cornette de Saint-Cyr, commissaire priseur, M. Brossard a été déclaré adjudicataire d'un « tableau piège » intitulé « Mon petit déjeuner 1972 », présenté au catalogue comme étant l'oeuvre de Daniel Spoerri ; que faisant valoir qu'il ne s'agissait pas d'une oeuvre exécutée par celui-ci, mais d'une « oeuvre fabriquée sous licence » par un tiers, M. Brossard a demandé la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle ;

Attendu que, pour débouter l'acheteur de sa demande, l'arrêt attaqué retient que Daniel Spoerri, ayant souhaité faire exécuter des « tableaux pièges » par des tiers, avait authentifié, parmi d'autres, le tableau litigieux de sorte que celui-ci constituait bien une oeuvre originale de Daniel Spoerri, peu important que M. Cornette de Saint-Cyr n'ait pas précisé que l'oeuvre avait été exécutée « en brevet », et qu'ainsi, M. Brossard ayant voulu acquérir une oeuvre de cet artiste et ayant effectivement acquis un tableau de celui-ci ne démontrait pas que son consentement avait été vicié ;

Attendu qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si, compte tenu des mentions du catalogue, le consentement de l'acheteur n'avait pas été vicié par une conviction erronée et excusable que l'oeuvre avait été exécutée par Daniel Spoerri lui-même, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du premier moyen, ni sur le second moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 octobre 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée

Civ 1ère 13 Juillet 2016

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 26 mai 2015), que Michel X...est décédé le 1er juin 2009

en laissant des cousins pour lui succéder : MM. Y...et Z...et Mmes A..., B..., C...et D... ; que, par acte sous seing privé en date du 21 mai 2009, il avait consenti des baux à des enfants de deux de ses héritiers, M. C...d'une part, M. A..., d';autre part ; qu'un acte de partage amiable de la succession a été dressé les 18 et 23 décembre 2009 ;

Attendu que M. Z...et Mme D... font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes tendant à ce que soit ordonné le partage rectificatif ou un nouveau partage des biens immobiliers et mobiliers dépendant de la succession de Michel X... et une expertise ;

Attendu que M. Z...et Mme D..., qui soutenaient avoir été victimes d'un dol, n'ayant pas offert de prouver, ni même allégué, devant les juges du fond, qu'au jour du partage, l'erreur qu'ils auraient commise quant à la valeur des terres avait été provoquée par des manœuvres de leurs copartageants dans l'intention de les tromper, la cour d'appel n'était pas tenue de répondre à des conclusions inopérantes ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

II. – Doctrine

- **G. Vivien, *De l'erreur déterminante et substantielle*, RTD civ. 1992 p. 305**

1. Nul ne conteste les difficultés que présente la nullité pour erreur (1). La jurisprudence se montre floue, imprécise ou subtile à l'excès, quand elle ne semble pas incohérente. La doctrine (2), au-delà des divergences d'opinions qu'elle exprime, connaît pareille difficulté à appréhender et à présenter une question aussi complexe. L'erreur sur la substance paraît aujourd'hui rebelle à toute maîtrise (3) et peu s'en faut qu'on soit tenté de la réduire à une simple collection casuistique (4).

En effet, le hiatus entre la présentation générale qui est faite de la question et son application particulière par les tribunaux paraît invincible, et tout se réduirait à un ensemble de cas d'espèce dont les traits communs ne pourraient être nettement définis (5).

Aussi, sauf à faire table rase du droit actuel ou à le modifier au gré de la construction idéale de ce qu'il devrait être, deux voies s'offrent à qui veut présenter la nullité fondée sur l'erreur substantielle. La première est celle du positivisme réduit à un exposé de solutions disparates dont on distingue mal l'esprit et faisant la part belle aux circonstances de faits propres à chaque espèce ; la seconde, celle d'une construction simplifiée, détachée d'une réalité comprise dans son infinie variété, abusivement schématique et réductrice.

A égale distance de ces deux tentations, il est téméraire de vouloir encore synthétiser la question : tout a été si bien dit qu'une nouvelle présentation, nécessairement incongrue, ne pourrait qu'obscurcir le débat. Cependant, le risque doit être pris si existe la chance de trouver dans la jurisprudence une parfaite logique déduite des textes, s'il est possible, sans le déformer, de dépouiller le droit positif et d'en dévoiler la juste harmonie. C'est dire que notre dessein n'est pas d'être exhaustif mais démonstratif (6), qu'il ne s'agit pas pour nous d'exposer l'erreur sur la substance de façon complète mais de présenter la ligne directrice d'un droit positif cohérent.

2. Toute la difficulté provient sans doute de ce que l'oeuvre jurisprudentielle, trop subtile et incertaine, apparaît comme contradictoire (7).

En effet, la jurisprudence, face à un texte insuffisant et imprécis (8), semble chercher à tâtons les jalons d'un équilibre entre la justice et la sécurité (9). Subissant la variété des cas d'espèce et reflétant la diversité des situations de fait, elle paraît vouloir tout ensemble protéger le contractant dont le consentement a été vicié et assurer la sécurité des conventions, ménageant de la sorte les intérêts opposés des deux parties au contrat.

C'est ainsi que le souci de protéger la volonté a conduit le juge à insister sur l'effet déterminant de l'erreur sur la volonté et, parallèlement, à rejeter une conception purement objective de la substance aux conséquences trop strictes et artificielles. Cependant, une définition trop subjective des qualités substantielles aboutissait à mettre en péril la sécurité contractuelle. Aussi, afin de préserver les intérêts du cocontractant en écartant notamment les mobiles trop personnels de l'*errans*, fut recherchée une définition de la substance qui ne dépendît pas uniquement de la psychologie de celui qui invoquait l'erreur. Par le biais de la substance - et la terminologie s'y prêtait - il s'agissait de réintroduire des notions plus objectives et donc de ne pas laisser le contrat à la seule merci de celui qui s'était trompé, tout en sauvegardant le caractère très subjectif que doit revêtir un vice du consentement (10).

3. Face à cette gageure, le débat s'est donc concentré sur la notion de substance (11), sur une

définition des qualités substantielles qui comprît toutes les erreurs affectant la volonté mais uniquement celles que le cocontractant pouvait concevoir, une définition qui fût à la fois subjective et objective. Ainsi, *la difficulté surgit de ce que deux exigences contradictoires : la protection du consentement et la protection du contrat, se sont attachées à une même notion, celle de substance.*

Or, par ce débat auquel on a été tenté de réduire toute la question de l'erreur-cause de nullité, on en est venu à ne discuter que du sens de l'adjectif « substantiel » sans pouvoir véritablement le définir et à ne voir que son appréciation sans préciser ni son contenu ni sa raison d'être (12).

Mais surtout, à vouloir à la fois protéger l'*errans* et son cocontractant grâce aux seules qualités substantielles, *on a abouti à une confusion entre l'objet de l'erreur, ce sur quoi elle doit porter, et l'effet de l'erreur, c'est-à-dire son caractère déterminant*. Peu à peu, tous les éléments de la nullité pour cause d'erreur, l'existence du vice, ses caractères et sa preuve notamment, furent mêlés. La difficulté a fini par résider principalement dans la seule appréciation de la substance à laquelle on a voulu faire remplir deux fonctions opposées ce qui interdit toute définition nette.

4. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour considérer que la solution à adopter est « une transaction entre, d'une part, le souci de ne donner efficacité à un engagement contractuel que s'il correspond à la volonté réelle de celui qui l'a pris, et d'autre part, celui de mettre un contractant à l'abri d'une nullité qu'il ne pouvait prévoir » (13), et pour affirmer que le droit positif doit assurer un « délicat équilibre entre la protection du contractant qui s'est trompé et la protection d'une certaine sécurité juridique assurant à l'autre partie un minimum de stabilité contractuelle » (14).

La finalité de l'institution est ainsi fixée. A partir de cela, la construction d'un ensemble cohérent est possible à la condition que les deux buts contradictoires que le droit positif entend concilier ne se confondent pas en une seule notion. Or, toute confusion devrait être évitée car *ces deux exigences de protection du consentement et de protection du contrat ne s'expriment pas au travers du seul mot « substance », mais s'appuient sur deux textes distincts*. « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur... ». C'est donc l'article 1109 *in limine* du code civil qui, dans le souci de protéger la volonté, pose le principe que l'erreur vicie le consentement ; il suppose une erreur déterminante. Mais à l'article 1110 du code civil, il est précisé que cette erreur, pour qu'elle puisse être cause de nullité de la convention, doit porter sur la substance de la chose.

Une limitation est donc apportée dans le dessein de protéger le cocontractant et de sauvegarder la sécurité juridique. Mais ce dernier texte n'a que cette fonction et lui en attribuer une autre, voir en l'article 1110 du code civil le siège de la nullité pour erreur alors qu'il ne fait qu'ajouter une condition nécessaire à son prononcé, conduit, en le dénaturant, à un droit positif incohérent (15).

5. Ainsi, pour recouvrer sa clarté en évitant toute confusion, la question de l'erreur doit être présentée au regard de ces deux textes, chacun ayant sa vocation propre. C'est pourquoi nous distinguerons l'erreur envisagée à l'article 1109 du code civil en tant que vice du consentement (I), de la condition supplémentaire et restrictive, posée à l'article 1110 du code civil, que l'erreur porte sur la substance (II).

I. - L'ERREUR, VICE DU CONSENTEMENT (Art. 1109 c. civ.)
LE RESPECT DE LA VOLONTE PAR L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT

6. L'article 1109 du code civil dispose qu'« il n'y a point de consentement valable, (s'il) n'a été donné que par erreur... ». Ce texte traduit l'exigence d'un consentement sain et éclairé : la loi ne donne aucun effet à la volonté, source de l'obligation contractuelle, si elle ne procède que d'une erreur. C'est donc l'article 1109 du code civil qui pose le principe de la nullité pour erreur-vice du consentement (16).

Ainsi, l'erreur ne vicie le consentement que si elle l'a emporté. Seule donc est sanctionnée par l'article 1109 du code civil l'erreur déterminante du consentement (17).

7. L'erreur se définit comme une différence entre la conviction et la réalité (18) ; plus exactement, elle naît de ce que la réalité n'est pas conforme à la conviction. Mais, pour que l'erreur soit déterminante, il faut qu'elle affecte la conviction déterminante. Ainsi, le caractère déterminant ne s'attache à l'erreur que par ellipse : il assortit en vérité la conviction. Partant, *l'article 1109 du code civil signifie qu'il n'y a point de consentement valable lorsque la réalité n'est pas conforme à la conviction sous la seule impulsion de laquelle on a consenti.*

En conséquence, la mise en oeuvre de l'article 1109 du code civil - préalable indispensable au prononcé de la nullité pour erreur - impose d'abord de rechercher ce à quoi doit être confrontée la réalité, à savoir la conviction déterminante. Ce n'est que dans un second temps que la confrontation sera opérée afin d'établir que la conviction est erronée. Nous suivrons cette démarche.

A. - *La conviction déterminante*

8. Ainsi, en envisageant le cas du consentement qui n'a été donné que par erreur, l'article 1109 du code civil impose de prendre en compte la conviction déterminante ; c'est parce que l'erreur affecte la conviction déterminante du consentement qu'il y a vice de consentement.

Plus exactement encore, et pour s'attacher concrètement à l'opération juridique formée, doit être considéré ce que croit le contractant quant à une qualité qui le conduit à conclure, quant à la qualité dont la présence est pour lui déterminante (19). C'est dire que la recherche psychologique doit être faite, d'une part pour identifier ce qui est déterminant, d'autre part pour en définir le contenu précis.

Ainsi, l'opération est double : parmi toutes les convictions portant sur toutes les qualités envisageables, il faut rechercher quelle était la qualité déterminante ; mais aussi, il faut, de cette qualité, préciser le contenu exact.

1. Le choix de la conviction : la recherche du caractère déterminant

9. Nous voudrions montrer désormais que la recherche de la qualité déterminante est une nécessité pour que soit prononcée la nullité pour erreur. Ensuite seulement, nous pourrons préciser le mode d'appréciation de cette qualité.

a) Le préalable nécessaire

10. Il est indispensable de rechercher quelle est la qualité déterminante et cela tant pour des raisons pratiques que pour être fidèle au code civil.

11. *) Lors de la formation d'un contrat, nombreuses sont les convictions du contractant, multiples sont les qualités envisagées par la partie (20). Pour l'achat d'un tableau, par exemple, l'acquéreur apprécie le peintre, l'état de conservation ou de restauration de la toile, ses dimensions, le sujet représenté, sa beauté tout simplement ; éventuellement, s'il entend le placer à un endroit précis, l'harmonie qui résultera de cet emplacement ; s'il ne voit qu'un placement, sa côte ; ou encore, il peut envisager l'histoire de ce tableau ou ne voir, à travers l'objet, que le souvenir d'un ancien propriétaire... Pour la prise à bail d'un local, le locataire entrevoit de multiples qualités qui touchent tant au local (21) qu'aux conséquences du bail (22). Un bien, ou plus généralement un contrat, ne se présente que rarement sous une seule facette : aux yeux du futur contractant apparaissent différentes qualités, plus ou moins importantes, dont la réunion peut conduire à la formation du contrat.

Mais seule nous intéresse la qualité (23) qui a emporté la volonté ; plus justement, celle sans laquelle la personne n'aurait pas donné son consentement à l'opération juridique. Sans doute, les autres qualités sont importantes mais elles n'exercent d'influence que sur l'équilibre du contrat et non sur son existence même (24). Ce sont des qualités qui ont été envisagées par le contractant, qui l'ont incité à conclure, mais dont l'absence n'aurait pas été un obstacle absolu à la formation du contrat. Si l'erreur porte sur une qualité annexe, le consentement n'a pas été donné *que* par erreur, ainsi que l'exige l'article 1109 du code civil ; l'erreur n'a été qu'incidente (25).

12. La distinction entre la qualité déterminante et les qualités secondaires, annexes, est souvent très délicate et peut même paraître artificielle. En effet, fréquemment, seule la réunion de nombreuses qualités aboutit à la conclusion du contrat et le contractant n'accepte la médiocrité de l'une d'elles qu'en considération des attraits d'une autre. Pour chaque partie, le contrat se définit en fonction d'un certain équilibre qui résulte souvent de multiples qualités ou de nombreuses prestations (26).

Toutefois, la difficulté pratique de distinguer, parmi les qualités envisagées, celle qui est déterminante ne suffit pas à condamner la nécessité d'une pareille distinction. Le tri appartient à la prudence du juge qui apprécie selon tous moyens de preuve (27).

13. Mais surtout, la question se posant à l'occasion d'un litige, le juge se contentera de regarder si telle qualité litigieuse, prétendument erronée, a bien été déterminante du consentement. *En pratique, il ne s'agit pas de savoir quelle est la qualité qui, dans un contrat, a emporté le consentement, mais de dire si la qualité sur laquelle porte l'erreur invoquée est déterminante.*

Ainsi, des personnes achètent des actions afin de prendre une participation dans une société anonyme concurrente de la leur et toujours capable, en dépit de difficultés financières, de remplir son objet social. Sans cette prise de participation, elles n'eussent pas consenti. Sans doute ont-elles aussi envisagé les dividendes qu'elles pourraient percevoir ne serait-ce que pour fixer le prix de la cession, mais cette qualité n'était pas nécessaire à leur consentement. Ainsi une erreur sur la seule productivité des actions n'a pas déterminé leur volonté (28).

14. *) Cela est parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit du code civil : l'erreur, pour vicier le consentement, doit porter sur une qualité qui est une condition *sine qua non* de la formation du contrat. Si l'erreur porte sur une qualité accessoire, *a fortiori* sur une qualité indifférente, elle n'a pu vicier le consentement. En revanche, si elle affecte une qualité qui est entrée en ligne de compte pour déterminer la partie à conclure le contrat, on comprend que la volonté a bien été faussée, que le consentement a été vicié.

Ces remarques anticipent sur l'appréciation du caractère déterminant.

b) Appréciation du caractère déterminant

15. Parce que l'article 1109 du code civil sanctionne un vice du consentement, le caractère déterminant doit être apprécié *in concreto* : il faut retenir la conviction qui a déterminé le consentement de la personne qui allègue l'erreur car c'est *son* consentement qui doit être vicié (29).

Ainsi, il nous paraît impossible d'apprécier *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport au bon père de famille, le caractère déterminant (30). Cela conduirait à retenir comme qualité déterminante celle qui aurait emporté le consentement de l'homme moyen et non celle essentielle aux yeux du contractant et donc à accueillir une erreur portant sur une telle qualité *in abstracto* sans regarder si le consentement de l'*errans* a effectivement été provoqué par cette erreur. Ainsi, la nullité pourrait être prononcée alors même que l'erreur n'a pas déterminé le consentement de la partie qui l'allègue et que donc il n'y a pas vice du consentement ! Cela serait pour le moins singulier (31).

Imaginons qu'une personne achète tel tableau signé de tel peintre dans la conviction qu'il a décoré la chambre d'une célébrité admirée. Ce qui aurait déterminé le consentement du bon père de famille est que la toile fût effectivement l'oeuvre de l'artiste qui l'a signée ; ce serait son authenticité. Mais, retenir cette conviction comme déterminante aboutirait, si elle se révélait erronée, à annuler la vente alors que l'attribution du tableau n'a pas déterminé le consentement de l'acquéreur qui l'aurait acheté, même en sachant qu'il s'agissait d'un faux, dès lors que la toile avait décoré la vie de la célébrité. La nullité serait prononcée alors que son consentement n'aurait pas été vicié (32).

Il est donc dans la logique protectrice du consentement qui anime l'article 1109 du code civil, que le caractère déterminant du vice soit apprécié par rapport à la seule personne qui l'invoque (33).

16. Au demeurant, cette appréciation *in concreto* du caractère déterminant est consacrée par la jurisprudence. Dans la célèbre « affaire du *Poussin* », la Cour de cassation, en 1978 (34), a imposé aux juges du fond de rechercher si « le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction que le tableau ne pouvait pas être l'oeuvre de Nicolas Poussin » ; elle a censuré la cour d'appel de Paris pour n'avoir regardé que la seule attribution du tableau, c'est-à-dire pour avoir apprécié *in abstracto* ce qui avait déterminé le consentement (35). La Cour de cassation entend donc que soit prise en considération la qualité déterminante aux yeux des seuls *errantes*, quelle qu'elle puisse être (36) : la recherche doit être faite *in concreto*.

Cette exigence de ce que l'erreur doit avoir déterminé le consentement de la personne qui l'allègue avait déjà été formulée par l'arrêt dit « *du Magnasco* » (37) : il faut établir que telle qualité était bien déterminante du consentement de l'*errans* (38). La preuve du caractère déterminant *in concreto*, qui ne saurait être déduite uniquement de ce que ce caractère déterminant est présent pour tout un chacun, doit être rapportée par le demandeur en nullité ; elle peut être faite par tout moyen (39).

Ajoutons que doit être recherchée la qualité qui était déterminante lors de la formation du contrat (40).

Ainsi, il faut rechercher la qualité déterminante du consentement (41), la qualité en l'absence de laquelle la partie n'aurait pas consenti. Mais cette recherche doit être précise : il faut définir le

contenu exact de la conviction déterminante.

2. Le contenu de la conviction déterminante

17. Appréciée *in concreto* et donc définie par chaque contractant, la conviction déterminante peut prendre des formes très diverses. Les qualités décisives sont nécessairement variables en fonction des desseins de chaque partie. Leur contenu doit donc être défini avec précision.

Mais si la conviction déterminante appartient à la fantaisie de la personne et peut prendre des contours très originaux, il est cependant une exigence générale : la conviction doit être exempte d'aléa.

a) Précision de la conviction

18. Quelle est exactement la qualité dont l'absence aurait été un obstacle absolu au consentement de la partie ? L'exactitude est impérative car l'erreur résultant d'une confrontation entre la réalité et la conviction et étant la différence entre celle-ci et celle-là, il faut définir avec précision le contenu de cette conviction pour savoir, en le comparant à la réalité, s'il y a ou non erreur.

Puisqu'il s'agit de la recherche précise d'une conviction individuelle, forgée au cas par cas et selon chaque partie, le résultat est d'une très grande variété (42).

Classiquement, la conviction déterminante peut concerner la nature même de la chose, la matière dont elle est faite, ou son ancienneté, son origine. Il peut s'agir encore de l'aptitude de la chose, ou du contrat, à remplir tel rôle (43) ; ou aussi des conséquences de l'acte juridique, en droit ou en fait.

La conviction peut être positive : telle toile est de tel peintre, tel meuble de telle époque ; ce terrain peut recevoir une construction ou tel type de construction. De surcroît, la présence d'une qualité peut connaître des degrés : l'authenticité doit être absolue, indubitable, ou garantie (44)...

A l'inverse, la conviction déterminante peut être négative, exclusive : ce tableau ne peut être attribué à tel peintre (45).

19. Sans doute, la distinction que nous avons opérée ici entre le caractère déterminant d'une qualité et son contenu précis est abusive. Les deux choses sont essentiellement liées : c'est parce qu'elle a tel contenu que la conviction est déterminante et elle n'a emporté le consentement qu'en fonction de tel contenu.

Mais cette division permettait de préciser la démarche qui doit être pratiquement suivie. Il faut d'abord rechercher ce qui, *in concreto*, a déterminé le consentement pour le définir avec précision. Et le juge ne pourra reconnaître à une qualité son caractère déterminant qu'autant qu'il l'aura exactement cernée (46).

Ainsi, tous les mobiles déterminants peuvent être pris en considération (47). Cette diversité - ou plutôt cette précision si on ne regarde qu'un cas d'espèce - est la conséquence nécessaire de l'appréciation *in concreto* du caractère déterminant qui elle-même procède de l'exigence textuelle selon laquelle l'erreur doit avoir emporté le consentement de la personne qui l'allègue. Dès lors qu'il s'agit de protéger le consentement d'une personne particulière et ainsi de regarder ses

mobiles et de s'attacher à sa volonté précise, la présentation de la conviction déterminante interdit toute généralisation.

b) Absence d'aléa

20. Il est cependant une exigence générale : la conviction doit être exclusive de l'erreur, c'est-à-dire imposer ou interdire telle réalité. Il faut que l'aléa, le risque d'erreur, ne soit pas intégré à la conviction (48).

Ainsi, lorsque la conviction déterminante porte sur l'attribution incertaine à un peintre (49), elle permet un aléa et, partant, empêche l'erreur, car on a consenti sous la conviction que la toile pouvait être ou pouvait ne pas être de tel peintre. Qu'il apparaisse ensuite que la toile litigieuse est bien, ou n'est pas, de ce peintre, n'autorise pas la nullité car le consentement n'a pas été vicié par une erreur (50).

La conviction ne doit pas être aléatoire, elle ne doit pas envisager le risque d'erreur, car la réalité ultérieurement révélée ne saurait lui être contraire. L'aléa interdit l'erreur (51).

21. Cependant, là encore, la conviction même aléatoire doit être précisément circonscrite et l'aléa lui-même strictement délimité. Aussi, l'aléa assortissant la conviction n'empêche pas toute erreur d'affecter le consentement : *si l'aléa interdit l'erreur, ce n'est que dans la mesure des réalités envisagées de la sorte par la partie*. Le contractant admet, dès l'abord, plusieurs qualités possibles, par exemple, plusieurs attributions pour un tableau. Il n'y a pas erreur lorsqu'une des qualités envisagées par la partie se révèle. En revanche, si la réalité est incompatible avec toutes celles qu'avait conçues le contractant, si elle est exclue par la conviction déterminante, même multiforme, de la partie, il y a erreur. Lorsque la conviction déterminante est que telle toile peut être attribuée à Fragonard, elle est exclusive d'une facture récente ou de l'attribution impossible à Fragonard, à un élève ou à un contemporain du maître. Il est donc des réalités exclues par une conviction même aléatoire. Dans ce cas et hors de l'aléa strictement défini, l'erreur peut être établie (52).

Donc l'erreur existe dès lors que la réalité est incompatible avec la conviction déterminante, quelle qu'elle soit.

B. - *La conviction erronée*

22. On a vu ce qui a déterminé le contractant. Mais bien sûr, il faut que cette conviction soit erronée. Ainsi, dès lors qu'est définie avec précision la conviction déterminante, il faut la confronter à la réalité afin d'établir l'existence de l'erreur.

Cependant, toute erreur, même déterminante, n'est pas prise en compte : l'erreur inexcusable est ignorée.

1. L'existence de l'erreur

23. L'erreur est établie si la réalité est différente de la conviction (53). C'est la confrontation de la réalité avec la conviction qui fait apparaître cette différence.

a) Confrontation avec la réalité

24. Pour établir l'erreur, le demandeur en nullité doit confronter sa conviction à la réalité et non à la conviction de l'autre partie (54).

25. Ainsi que l'a précisé la Cour de cassation (55), approuvée en cela par la doctrine (56), à la différence de la conviction, la réalité ne s'apprécie pas au jour de la naissance du contrat. La vérité est une, intemporelle, éternelle (57) ; peu importe de savoir quand elle est connue.

Il a cependant été soutenu (58) qu'il est des réalités qui n'existent qu'en fonction des connaissances du moment, que par l'opinion commune, donc essentiellement conjecturales et provisoires. Ainsi, en matière artistique, la science peut demain remettre en question nos certitudes et nous détromper quant à l'authenticité d'une oeuvre. La vérité ne serait donc que celle du moment, forgée par l'état de nos connaissances. En conséquence, cette vérité devrait être appréhendée, non au jour que le juge statue mais au jour de la formation du contrat. Cette thèse, bien que rejetée par la Cour de cassation (59), est séduisante et participe de l'humilité que doit avoir le droit face à la vérité.

Il n'en reste pas moins que la réalité existe et que seule sa connaissance fait difficulté. Or, il appartient au juge, dans un souci d'ordre, d'établir cette réalité, certes pas universelle mais relative et judiciaire, fût-ce au moyen de présomptions, de probabilités. L'absence de certitude absolue n'est pas un obstacle au prononcé de certitudes judiciaires (60).

26. La solution d'après laquelle le juge appréhende la vérité au jour qu'il statue aboutit-elle à une insécurité juridique dans les hypothèses de révélation tardive de la réalité ? En effet, l'action en nullité se prescrit par cinq ans à partir de la découverte de l'erreur, donc de la connaissance probable de la réalité. Ainsi, des contrats pourraient être annulés longtemps après qu'ils auraient épuisé leurs effets (61).

Mais ce danger d'insécurité juridique (62), qui n'est d'ailleurs pas propre à l'erreur sur la substance, ne résulte pas de l'application de l'article 1109 du code civil. Cela tient à ce que le point de départ de la prescription est mobile et peut être postérieur au contrat. La sécurité juridique sur ce point ne serait rétablie que grâce à un butoir fixé au point de départ de la prescription quinquennale (63).

b) Différence entre la conviction et la réalité

27. Pour établir une différence, donc une erreur, il faut comparer réalité et conviction.

28. *) Quant à la méthode, c'est la réalité qui doit être confrontée à la conviction et non l'inverse, car cela procéderait d'une appréciation *in abstracto*. C'est ce qui ressort de la lecture du premier arrêt de cassation rendu dans l'affaire du « *Poussin* » (64). Une toile avait été vendue comme attribuée à l'école des Carrache. Par la suite, il apparaît que l'auteur en est peut-être Nicolas Poussin. La cour d'appel de Paris (65), saisie du litige, constate que la réalité quant à l'auteur de la toile ne peut être établie : peut-être s'agit-il d'une oeuvre de Poussin, peut-être se rattache-t-elle à l'école des Carrache. Comme la réalité est inconnue, il est, toujours selon la cour d'appel, impossible de savoir si la conviction des vendeurs était erronée ou non. Donc, pour la cour d'appel de Paris, l'erreur ne peut être prouvée. Ce raisonnement, apparemment logique, est censuré par la Cour de cassation (66). En effet, les juges du fond étaient partis de la réalité, ici inconnue, quant à l'attribution du tableau. Or, ils n'avaient pas établi que telle était la qualité

déterminante des vendeurs. Ils avaient choisi cette réalité - l'attribution de l'oeuvre - d'une façon arbitraire et non en fonction de la conviction des *errantes*. L'attribution était peut-être déterminante *in abstracto*, mais nous avons vu qu'il fallait apprécier le caractère déterminant *in concreto* (67). La réalité est celle de la qualité déterminante, laquelle est définie par la contractant. La Cour de cassation reproche donc à la cour de Paris de n'avoir pas regardé si la qualité déterminante du consentement des vendeurs n'était pas autre que l'attribution positive du tableau ; par exemple que l'oeuvre ne pouvait pas être de Poussin (68).

D'ailleurs, partir de la réalité pour lui confronter la conviction pose la difficulté du choix de cette réalité. En fonction de quel critère saisir telle réalité et choisir celle qui concerne l'authenticité plutôt que celle qui touche aux dimensions, au sujet représenté ou à l'histoire d'un tableau ? Parce que le caractère déterminant de l'erreur doit être apprécié *in concreto*, il faut d'abord définir cette qualité d'après la conviction du contractant pour ensuite regarder si la réalité est différente. Telle est, pratiquement, la méthode à suivre.

29. *) Schématiquement, les hypothèses peuvent se présenter de la manière suivante (69). Si la conviction est positive, l'erreur sera établie dès lors que la réalité ne présente pas la qualité envisagée : la conviction était que le terrain fût constructible ou propre à telle culture et il ne l'est pas (70). Si la conviction est négative, il y aura erreur du seul fait que la qualité refusée est présente. Si la conviction déterminante exclut une qualité, sa possible présence en réalité constituera l'erreur.

Ainsi, une réalité douteuse, incertaine, imprécise ne fait pas nécessairement obstacle à l'existence d'une erreur (71). Tout dépend des contours exacts de la conviction qui peuvent interdire pareille incertitude (72).

Les exemples pourraient être multipliés à l'infini car la diversité des convictions répond celle des erreurs possibles.

Une fois l'erreur déterminante établie, il faut encore qu'elle ne soit pas inexcusable.

2. Caractère excusable de l'erreur

30. Toute erreur déterminante n'est pas digne d'être prise en considération et il serait injuste qu'une erreur grossière pût emporter la nullité du contrat et atteindre ainsi la sécurité du cocontractant. C'est pourquoi la jurisprudence refuse d'accueillir l'erreur inexcusable (73). L'article 1109 du code civil étant muette sur cette question du caractère de l'erreur, le fondement de la position jurisprudentielle peut être discuté.

a) Le refus de l'erreur inexcusable

31. S'agissant d'annuler un contrat pour des raisons psychologiques, subjectives, le juge ne peut ignorer la qualité du demandeur (74) ou son comportement. C'est ainsi qu'en dépit du vice qui affecte son consentement, le contractant n'obtiendra pas l'annulation d'une convention qu'il a conclue sous l'influence d'une erreur grossière, inexcusable. La jurisprudence est sur ce point unanime et le refus de prononcer une nullité fondée sur une erreur inexcusable, qui sera appréciée *in concreto* (75), ne fait pas de doute. Cependant, si nul ne conteste cette solution teintée d'équité, son fondement juridique demeure incertain.

b) Fondement

32. Il a été soutenu (76) que le rejet de l'erreur inexcusable serait lié à la preuve et que la grossièreté de l'erreur traduirait son invraisemblance : passé un certain seuil, il n'est plus possible de prétendre de bonne foi qu'on s'est trompé et le bon sens regimbe contre la démonstration de l'erreur (77).

De fait, l'importance de l'erreur interdit souvent la preuve de sa réalité. Cependant, il est des espèces (78) dans lesquelles l'existence de l'erreur et son caractère inexcusable peuvent être dissociés : le contractant prouve qu'il s'est véritablement trompé, mais d'une façon grossière. Il apparaît alors que son erreur procède de sa légèreté, de sa faute. Tel est d'ailleurs le fondement donné par la majorité de la doctrine au rejet de l'erreur inexcusable comme cause de nullité : c'est la sanction de la faute commise par l'*errans* (79).

Ainsi lorsqu'elle traduit un manquement à l'obligation de prudence, de vigilance ou au devoir de se renseigner (80), L'erreur devient inexcusable et, par suite, empêche de fonder la nullité. C'est pourquoi, afin d'établir que l'*errans* est fautif, on regardera sa situation particulière (81), cependant que l'étendue de ses devoirs de prudence, d'attention et d'information doit, selon nous, dépendre de critères abstraits (82).

33. Ce refus d'accueillir l'erreur inexcusable et, en corollaire, l'exigence d'une certaine vigilance (83) de la part d'un contractant participent d'une moralisation contractuelle autant que du désir de préserver la sécurité juridique. Mais, ce souci d'assurer la stabilité des conventions et par là, la protection du cocontractant s'exprime surtout grâce à la restriction posée à l'article 1110 du code civil : s'il n'y a pas de consentement valable lorsque la conviction déterminante est erronée, encore faut-il, pour que la nullité puisse être prononcée, que l'erreur porte sur la substance.

II. - L'ERREUR CAUSE DE NULLITE (art. 1110 c. civ.)
LE RESPECT DE LA SECURITE CONTRACTUELLE

34. L'article 1109 du code civil entend protéger le contractant dont le consentement n'a été donné que par erreur. Cependant, cette protection ne doit pas sacrifier le cocontractant innocent (84). Ce souci d'assurer la sécurité contractuelle (85) a conduit les rédacteurs du code civil à poser une condition supplémentaire pour que soit prononcée la nullité. Selon l'article 1110 du code civil, parmi les erreurs déterminantes, un tri sera effectué et ne pourront fonder l'annulation que celles qui, de surcroît, auront porté sur la substance ou sur la personne.

Donc, si l'erreur déterminante est nécessaire, elle n'est pas suffisante. *L'article 1110 du code civil ne doit pas être compris comme le siège de la nullité pour erreur, mais comme un texte restreignant la portée de l'article 1109* : l'erreur déterminante doit au surplus porter sur la substance ou sur la personne.

35. La restriction quant à la personne n'a jamais présenté de grandes difficultés même si doit être précisée l'idée du contrat conclu en considération de la personne (86). En revanche, la définition de la substance sur laquelle doit tomber l'erreur a été comprise de différentes manières et doit être encore, dans une large mesure, recherchée.

36. La substance a pu être entendue dans un sens purement objectif : la matière dont la chose est faite. C'est l'exemple, donné par Pothier, des flambeaux d'argent ou de cuivre. Puis, a prévalu une définition subjective : la substance est la qualité envisagée ; elle ne se définit plus par la chimie

mais par le regard porté sur elle, ce qui permet la prise en compte de qualités non naturelles tels que l'aptitude, l'âge, l'origine, etc. Mais, dès lors, des divergences sont apparues car restait entière la question de savoir par rapport à qui le caractère substantiel devait être défini : au bon père de famille, *in abstracto* ; ou par rapport à l'*errans*, *in concreto* (87) ?

Nous considérons comme acquis l'abandon de la conception objective : elle n'est plus de droit positif (88). La définition de la substance n'est plus purement matérielle.

Cela étant posé, la notion de substance demeure incertaine (89). Nous l'avons dit, une définition subjective a été proposée : la substance est la qualité prise en considération par une personne, abstraite ou concrète. Mais face à cela, une définition conventionnelle a été envisagée : la substance est définie par le contrat (90). Nous les étudierons successivement.

A. - *Définition subjective de la substance*

37. Il est donc désormais acquis que la substance ne doit pas s'entendre dans un sens uniquement matériel. Cet abandon de la conception objective s'exprime d'ailleurs par une modification terminologique : au mot « substance » se sont substitués les mots « qualités substantielles ».
Cependant, si le terme « substantiel » ne s'attache pas à la substance matérielle (91), l'expression « qualité substantielle » n'est guère parlante, pour le moins... Certes, elle intègre le mot « qualité », mais l'adjectif - conservé dans un souci de fidélité à la lettre de l'article 1110 du code civil - étant « vidé de sa substance », il ne nous éclaire guère et conduit plutôt à obscurcir la formule.

Ainsi, une présentation de l'expression « qualité substantielle » se révèle nécessaire. Cela nous conduira à condamner l'appréciation *in concreto* des qualités substantielles. L'appréciation *in abstracto* étant logiquement envisageable, il nous restera à en mesurer la valeur.

1. Présentation des qualités substantielles

38. La controverse doctrinale s'est faite autour de l'appréciation de ces qualités : *in abstracto* ou *in concreto*. Mais avant de savoir comment s'apprécie cette notion, il nous paraît indispensable de la définir.

a) Notion de qualité substantielle

39. L'adjectif « substantiel », dès lors qu'est abandonnée la conception objective, est sibyllin. La doctrine s'est attachée à le définir.

La qualité substantielle (92) est la qualité en vue de laquelle les parties ont contracté (93), sans laquelle les parties n'auraient pas contracté (94).

40. Ces définitions tendent à anticiper sur l'appréciation de la qualité substantielle et à mêler notion et appréciation. Mais surtout, elles invitent à une confusion entre l'objet de l'erreur - ce sur quoi elle doit porter - et l'effet de l'erreur, ses conséquences, son caractère déterminant ! Sans révéler ce qu'est la substance, elles indiquent comment l'identifier.

C'est ainsi qu'il apparaît que la qualité substantielle est la qualité déterminante du consentement, celle en fonction de laquelle *on* (95) donne son consentement.

La qualité qu'on avait en vue, sans laquelle on n'aurait pas contracté n'est autre que la qualité déterminante. Si nous reprenons les définitions proposées en doctrine, cette assimilation du caractère substantiel au caractère déterminant est frappante (96). Souvent même elle est avouée (97).

Ainsi, la substance définie subjectivement, la qualité substantielle n'est autre que la qualité déterminante (98)... La seule question qui demeure est celle de savoir pour qui la qualité est déterminante.

b) Appréciation du caractère substantiel-déterminant

41. Pour la doctrine « subjectiviste », est substantielle la qualité déterminante. Comment s'apprécie ce caractère déterminant ? Pour qui la qualité est-elle déterminante ?

Trois possibilités se présentent. Est qualifiée de substantielle la qualité déterminante pour le bon père de famille : c'est l'appréciation *in abstracto*. Ou encore, c'est la qualité déterminante pour les parties (99). Ou enfin, est substantielle la qualité qui a emporté le consentement de l'*errans*, *in concreto*.

Mais cette dernière thèse doit être condamnée pour deux raisons : d'une part, elle n'explique pas le droit positif ; d'autre part, elle le contrarie.

42. *) Comment l'appréciation *in concreto* des qualités substantielles-déterminantes peut-elle justifier l'exclusion de l'erreur sur les mobiles (100) ou de l'erreur sur la valeur ? Car dès lors que ces mobiles ou que cette valeur ont déterminé le consentement de l'*errans*, l'erreur porte nécessairement sur la substance. En définissant la qualité substantielle *in concreto*, on est conduit à ajouter à l'article 1110 du code civil deux exclusions : les mobiles et la valeur.

De même, afin de répondre au souci de protection du cocontractant et plus généralement d'assurer la sécurité juridique, est-on conduit à ajouter une autre condition hors des textes : non seulement l'erreur doit porter sur la substance mais encore elle doit être « commune ». En effet, afin de ne pas sacrifier l'autre partie, il a été affirmé, soit que l'erreur dût être partagée, soit que le caractère substantiel-déterminant de la qualité erronée fût connu du cocontractant (101).

Ainsi, l'appréciation *in concreto* du caractère substantiel de la qualité sur laquelle l'erreur a porté ne rend pas totalement compte du droit positif. Elle n'explique ni l'exclusion des erreurs sur la valeur ou sur les mobiles, ni l'exigence de l'erreur com-mune. C'est dire qu'elle oublie la vocation restrictive de l'article 1110 du code civil.

43. *) D'ailleurs, l'appréciation *in concreto* est illogique et conduit à rendre inutile le texte qu'elle entend interpréter.

Ainsi que nous l'avons montré, le principe de la nullité pour erreur est posé à l'article 1109 du code civil qui exige une erreur portant sur une qualité déterminante. Nous avons vu en outre que le caractère déterminant de l'erreur devait être apprécié *in concreto*.

Or, dans l'esprit des textes et par un souci de sécurité juridique, l'article 1110 du code civil apporte une limite : non seulement l'erreur doit être déterminante, mais encore elle doit tomber sur la substance. Si la substance est appréciée *in concreto*, cela signifie que l'erreur doit être

déterminante du consentement de l'*errans* et cela conduit à formuler à l'article 1110 du code civil une exigence déjà contenue à l'article précédent qu'il se propose de limiter. L'article 1110 visant à réduire la portée de l'article 1109, l'appréciation *in concreto* aboutit à rendre inutile la limitation posée et donc à supprimer *de facto* et par double emploi l'article 1110 du code civil (102) !

En revanche, l'appréciation *in abstracto* des qualités substantielles ne présente pas ce vice logique ; il convient donc d'en apprécier la valeur.

2. Valeur de l'appréciation *in abstracto* des qualités substantielles

44. L'adoption de l'appréciation *in abstracto* n'étant pas condamnée par la logique, elle résulte d'un choix qui ressortit à la politique juridique (103). Aussi faut-il mettre en présence ses vertus et ses défauts.

a) Les vertus de l'appréciation *in abstracto*

45. L'appréciation *in abstracto* des qualités substantielles s'harmonise avec l'esprit des textes : le caractère restrictif de l'article 1110 du code civil est respecté car l'erreur déterminante *in concreto* (art. 1109 c. civ.) doit en outre l'être *in abstracto* (art. 1110 c. civ.) (104).

46. Au surplus, pareille appréciation *in abstracto* des qualités substantielles explique le rejet de l'erreur portant sur des mobiles propres à l'*errans*, qui ne sont pas ceux du bon père de famille, et justifie l'exigence de l'erreur commune : le caractère substantiel de la qualité sur laquelle l'erreur a porté, parce qu'il est celui qui voit le bon père de famille, est présumé connu du cocontractant. Le cocontractant est protégé car l'erreur porte sur une qualité que tout le monde considère comme essentielle ; s'il ignorait ce caractère, il est en faute de se détacher de la norme et ne sera pas protégé ; s'il le connaissait, soit il s'est aussi trompé quant à cette qualité, soit il avait connaissance de l'erreur faite par son cocontractant et a commis une réticence coupable ; dans toutes ces hypothèses, la nullité pourra être poursuivie (105).

47. Enfin, l'appréciation *in abstracto* présente les mérites de simplicité, d'efficacité et de sécurité qui lui sont généralement reconnus (106). La recherche de ce qui est déterminant pour le bon père de famille et aisée, tant la psychologie sociale est, en droit, plus accessible que la psychologie individuelle. Il est en outre facile de systématiser et de généraliser, telle qualité substantielle pour tel type de contrat. Parce que facilitée, la mise en oeuvre de ce système est efficace : le cocontractant sait quelle qualité est attendue et il n'est pas victime des fantaisies de l'*errans*. Par là, la sécurité juridique est assurée.

Cependant, l'appréciation *in abstracto* n'est pas exempte d'inconvénients. Les griefs qu'elle appelle permettent de la rejeter.

b) Inconvénients de l'appréciation *in abstracto*

48. En premier lieu, l'appréciation *in abstracto* paraît condamnée par le droit positif. Mais, ce n'est peut-être pas là un argument pour la rejeter absolument, car on peut toujours souhaiter une modification de la jurisprudence. Cependant, l'appréciation *in abstracto* ne présente pas toutes les vertus dont on veut la parer.

49. *) L'arrêt dit « *du Magnasco* » (107) a été présenté comme la condamnation jurisprudentielle de l'appréciation *in abstracto*. Comme nous l'avons dit (108), il nous semble surtout concerner l'article 1109 du code civil en exigeant, pour qu'il y ait vice du consentement, que l'erreur alléguée ait bien déterminé le consentement de celui qui s'en prévaut. Cette décision nous semble affirmer que si l'erreur a été déterminante *in abstracto*, comme portant sur des qualités substantielles appréciées *in abstracto*, cela ne fait pas présumer qu'elle ait été déterminante du consentement de l'*errans*.

Ainsi, cette jurisprudence, présentée comme la consécration de l'appréciation *in concreto* des qualités substantielles, nous paraît plutôt réhabiliter l'article 1109 du code civil et condamner la présomption trop souvent opérée suivant laquelle ce qui a emporté le consentement du bon père de famille a aussi entraîné celui du demandeur en nullité.

50. Cependant, certaines décisions condamnent l'appréciation *in abstracto* des qualités substantielles (109). Plus nombreuses encore sont celles qui n'y font pas référence : condamnation déduite de l'oubli (110).

Cette jurisprudence serait cependant sujette à critiques si l'appréciation *in abstracto* présentait les mérites qu'on lui attribue. Des nuances doivent être apportées.

51. *)La mise en oeuvre de l'appréciation *in abstracto* n'est pas aussi simple qu'il y paraît. La difficulté réside dans la définition du bon père de famille de référence car celui-ci doit être relativisé, concrétisé (111).

Quelle est la qualité substantielle d'un terrain ? Sa constructibilité (112) ? Mais le bon père de famille n'est pas toujours un bâtisseur et le fonds peut être à usage agricole. Mais là encore, la qualité substantielle-déterminante sera différente selon que le modèle est un éleveur ou un cultivateur. Et même si l'on s'en tient à cette dernière hypothèse, existe-t-il un cultivateur-type ? Selon que la culture envisagée est celle des fleurs ou de la vigne, la qualité du terrain sera fort différente. Et pour s'en tenir à l'exemple du vignoble, la précision pourrait être encore plus poussée selon le cépage. Et existe-t-il un vigneron-type ou faut-il encore préciser ? Les exemples pourraient être multipliés : existe-t-il un acheteur de véhicule automobile modèle (113) ? Enfin, si des précisions doivent être apportées, d'après quels critères cela doit-il être fait ?

52. Ainsi, sauf à être simplificatrice à l'excès (114), l'appréciation *in abstracto* doit tenir compte du contrat et des mobiles de l'*errans*. Que devient alors sa vertu de facilité et de prévoyance, s'il faut relativiser le modèle servant de référence ?

Pour être réaliste, l'appréciation *in abstracto* doit tenir compte du contrat. Or elle semble conduire à négliger les stipulations contractuelles. Que faire lorsqu'une qualité est intégrée au contrat comme essentielle, bien qu'elle ne soit pas considérée comme telle par le bon père de famille ?

53. L'appréciation *in abstracto* peut être utilisée aussi d'une autre façon, plus objective : serait substantielle, non la qualité qui détermine le bon père de famille à contracter, mais celle qui, toujours au regard de ce père de famille, définit l'objet (115). En d'autres termes, la qualité substantielle serait celle qui, dans l'opinion commune, est intrinsèquement liée à l'objet au point de l'identifier.

Sans supprimer toutes les difficultés pratiques, il serait possible d'ainsi établir les qualités substantielles de chaque chose : dans l'opinion commune, la date de fabrication est consubstantielle à un meuble meublant et le peintre appartient à la définition de son oeuvre

(116).

54. Cependant, pareille définition, qui tout en s'échappant de la seule matérialité de la chose permet de conserver son caractère objectif à la substance, pourrait mériter les objections adressées à la conception purement physique de cette substance. Elle s'attache exclusivement à la chose, négligeant que cette dernière est l'objet du contrat ; elle ne considère la chose qu'en elle-même et non en fonction des contractants par rapport auxquels, seuls, elle existe.

Nombreuses sont les choses qui sont définies par rapport à l'usage auquel on les destine : un cheval sera de courses ou de trait, un tissu de confection ou d'ameublement, un terrain à bâtir ou à cultiver. Dans de telles hypothèses, à défaut de toute précision contractuelle, quelle sera la qualité intrinsèque pour le bon père de famille ? Devant pareille lacune (117), il faut donc partir de la chose, objet du contrat : a effectivement été vendu un cheval de trait, un tissu d'ameublement, un terrain à cultiver, et l'objet présentant nécessairement la qualité qui le définit, il ne peut y avoir d'erreur. Ainsi, en l'absence de précisions dans le contrat, une semblable définition devient aussi réductrice, et exclusive de l'erreur, que l'était la conception purement et matériellement objective de la substance.

Ainsi qu'il s'agisse de choisir le modèle de référence par rapport à l'économie du contrat ou qu'il faille respecter les stipulations, il semble que l'appréciation *in abstracto* ne puisse ignorer l'acte juridique litigieux. De là à penser que la substance se définit par rapport au contrat, il n'y a qu'un pas que nous allons tenter de franchir (118).

B. - *Définition conventionnelle*

55. D'après cette définition (119), *la substance ne serait pas la matière dont la chose est faite mais ce dont le contrat est fait. De la substance de la chose, on serait passé à la substance du contrat* (120).

Ainsi, la substance se définirait d'après le contenu même du contrat, ce que nous nous proposons de préciser dans un premier temps avant d'envisager la mise en oeuvre de l'article 1110 du code civil conçu de la sorte.

1. La substance définie par le contenu du contrat

56. Même si elle a déjà été parfaitement exposée (121), cette idée de substance contractuelle, définie par le « champ contractuel » (122), doit être présentée rapidement ne serait-ce que pour mieux comprendre les exclusions qu'elle entraîne.

a) La sphère contractuelle

Si la substance se définit par rapport à la sphère contractuelle, elle est à la fois objective et subjective (123).

57. *) La substance est de la sorte objective (124) car le contenu d'un contrat est lui-même une donnée objective. Même s'il faut parfois rechercher l'intention des parties, cette intention commune échappe aux cocontractants en ce qu'elle est figée dans et par le contrat au moment qu'il a été formé.

La définition purement objective de la substance (125) était d'ailleurs assez artificielle : la chose n'importe que parce qu'elle est l'objet d'un contrat et n'est définie que par rapport à lui (126) ; l'erreur ne porte pas sur la chose en tant que telle mais comme intégrée au contrat. A la vérité, l'erreur porte sur l'opération contractuelle.

58. De surcroît, abandonner une conception matériellement objective de la substance au profit d'une appréhension contractuelle permet d'envisager les actes juridiques ne portant pas sur une chose mais sur une obligation (127). Enfin, cela explique que puisse être prise en compte l'erreur de droit (128), laquelle paraît incompatible avec une définition purement réelle, physique, de la substance.

Un parallèle peut être établi avec l'erreur sur la personne. Les qualités essentielles de la personne ne sont pas définies d'après la personne elle-même - les qualités dont la personne est faite -, mais par rapport au contrat et en fonction des obligations qu'il fait naître et si telles qualités personnelles sont essentielles, c'est uniquement parce qu'elles sont directement intégrées dans la convention (129).

59. *) Mais cette définition conventionnelle est aussi subjective (130). Nous avons dit que les qualités substantielles étaient en fait les qualités déterminantes (131) et nous nous étions posés la question de savoir pour qui ces qualités devaient être déterminantes, dans une conception subjective. La définition conventionnelle de la substance y répond : ce sont les qualités déterminantes pour les deux parties. Mais ce caractère ne peut s'exprimer que par le contrat et lors de sa naissance ; la convention seule fixe la volonté et ce qui l'a déterminée.

60. Cela explique l'exigence de l'erreur commune (132). Si l'erreur doit porter sur le contenu du contrat, l'erreur porte sur une qualité déterminante pour les deux parties ou tout au moins sur une qualité que les deux parties savaient déterminante pour l'une d'entre elles. Dès lors que l'article 1110 du code civil exige que l'erreur porte sur une qualité intégrée au contrat, la condition de l'erreur commune est nécessairement remplie.

Enfin, si nous comparons encore ce système de substance conventionnelle avec celui retenu à propos de l'erreur sur la personne, nous constatons que les qualités essentielles de la personne - sur lesquelles doit porter l'erreur - sont les qualités déterminantes pour les parties (133). Ce sont les parties qui ont entendu que telle qualité soit déterminante, pouvant la préciser et la modeler à leur gré. Mais là aussi, cette appréciation subjective est fixée dans et par le contrat.

61. Ainsi, la substance est définie par le contrat, entité objective qui fixe la volonté des deux parties. L'objectif et le subjectif se fondent dans le contrat (134).

La substance ainsi comprise, l'article 1110 du code civil se justifie pleinement. L'erreur déterminante subie par une partie doit en plus porter sur une qualité contenue dans le contrat (135). Le cocontractant n'est donc pas sacrifié sur l'autel des erreurs singulières, c'est-à-dire des erreurs portant sur une qualité extérieure au contrat.

b) Exclusions

62. C'est ainsi que la définition conventionnelle de la substance permet de justifier les deux exclusions qui sont faites par le droit positif : celle des mobiles extérieurs (136) et celle de la valeur.

63. *) Par postulat, nous supposons qu'une erreur a été faite sur le mobile d'une partie et que ce mobile était pour elle déterminant. Par exemple, une fiancée achète une robe de mariée en vue de ses noces. Ou encore un fonctionnaire loue un appartement en considération de sa prochaine mutation. Leur consentement a été déterminé par la conviction qu'elle allait se marier ou qu'il allait être muté. Si cette conviction est erronée, les conditions posées par l'article 1109 du code civil sont remplies.

Si la nullité est refusée, c'est, en application de l'article 1110 du code civil, parce que ces mobiles sont extérieurs au contrat (137). Ils concernent l'opportunité, l'utilité du contrat pour une partie et non le contrat lui-même ; ils n'entrent pas dans le champ contractuel donc l'erreur qui les touche ne porte pas sur la substance ; le contrat sera maintenu (138).

De la sorte sont exclues les erreurs portant sur les mobiles externes (139) ; en revanche, celles affectant des mobiles intégrés au contrat sont admises (140).

De même se justifie le rejet de l'erreur sur la valeur (141).

64. *) Appréciées *in abstracto*, les qualités substantielles ne sont pas nécessairement exclusives de la valeur. Nous penserions même que la valeur est souvent une qualité déterminante pour le bon père de famille ! En revanche, lorsque nous adoptons une définition conventionnelle de la substance, si la valeur est exclue c'est parce qu'elle est extérieure au contrat.

Le prix est intégré dans le contrat, mais non la valeur. Un objet n'a pas de valeur en soi. Si son prix est défini par le contrat, sa valeur est déterminée par le marché c'est-à-dire par rapport à d'autres contrats portant sur le même objet et conclus dans le même temps.

Ainsi, quand elle ne peut être exclue pour d'autres raisons (142), l'erreur sur la valeur est en fait une erreur sur des mobiles extérieurs au contrat qui se définit par rapport à d'autres opérations contractuelles. Le contractant entendait réaliser une bonne affaire et il s'aperçoit qu'il aurait pu la conclure à moindre coût, c'est-à-dire grâce à un autre contrat passé avec un autre cocontractant. Ou encore, son mobile était spéculatif et son erreur sur la valeur n'apparaît qu'au regard de futurs contrats.

Il n'y a de critères de valeur qu'hors du contrat ; l'erreur sur la valeur est donc extérieure au contrat (143).

65. En revanche, cette définition conventionnelle de la substance permet de sanctionner l'erreur sur la valeur procédant de données inexactes. L'exemple le plus net nous est fourni par l'erreur sur sa propre prestation.

Il a été soutenu que l'erreur sur sa propre prestation ne peut être cause de nullité dès lors que la contre-prestation consistait en un prix. En effet, hormis de rares hypothèses (144), ce qui a déterminé le vendeur (145) est la somme d'argent qu'il va recevoir. Son erreur ne peut donc porter que sur la valeur (146) et la qualité erronée qui l'a provoquée ne peut pas avoir été déterminante.

66. Cette objection doit pourtant être écartée car si l'erreur sur la valeur, procédant d'une appréciation fausse de la réalité, peut entraîner la nullité, c'est parce qu'alors la valeur est intégrée dans le contrat.

Le vendeur d'une toile croit se dessaisir d'un faux. La qualité déterminante réside dans le prix

qu'il perçoit. Par hypothèse, sa conviction quant à la valeur du tableau est erronée (147) car il a vendu une oeuvre authentique. Mais ici, la valeur est intégrée au contrat : elle ne dépend pas de critères extérieurs au contrat - tel que le marché actuel ou futur - mais de la chose vendue, de l'exacte prestation en nature. Le déséquilibre en valeur ne résulte pas d'une comparaison avec d'autres contrats de même nature mais de la comparaison objective entre les seules prestations réciproques correctement appréciées.

67. Dans cette hypothèse, si l'erreur sur la valeur peut être retenue quand elle procède de données inexactes (148), ce n'est pas au titre de l'erreur sur ces données - car elle ne serait pas déterminante (149) -, mais parce que la valeur erronée, ici, appartient au contrat car dépendant de données intégrées au contrat.

La substance ainsi définie, il nous en faut regarder la mise en oeuvre. C'est l'appréciation de la sphère contractuelle.

2. Appréciation de la sphère contractuelle

68. Ainsi, la substance, sur laquelle l'article 1110 du code civil exige que l'erreur déterminante ait porté, peut être définie par le contrat ; elle est ce que les parties ont intégré au contrat (150).

Sans s'y rallier littéralement, la jurisprudence paraît accueillir assez favorablement cette thèse (151) ; à tout le moins, la définition conventionnelle de la substance ne semble pas incompatible avec les décisions rendues en matière d'erreur, lesquelles font fréquemment référence au contrat.

Lorsque le contenu du contrat est expressément défini, la mise en oeuvre de l'article 1110 alinéa premier du code civil ne présente guère de difficultés. Mais souvent, le contenu du contrat est pour partie tacite et contraint donc à une interprétation.

a) Définition expresse de la substance

69. Dès lors que les parties ont intégré expressément une qualité dans le contrat, l'erreur qui l'affecte est substantielle (152).

Or, les parties ont toute latitude pour inclure dans leur convention telle qualité qui leur plaît. Ainsi, des mobiles, même singuliers, peuvent être intégrés au contrat ; de même l'usage auquel on destine une chose ou encore l'histoire d'un objet, sa qualité de souvenir (153). Pour apprécier le caractère substantiel d'une erreur déterminante, le juge regardera d'abord les stipulations contractuelles (154).

70. Une objection importante a été formulée : si la substance est définie par les stipulations, l'erreur serait moins un vice de formation du contrat qu'un défaut d'exécution (155).

Il a été répondu (156) que cette critique devait être nuancée et qu'il fallait distinguer selon que le défaut de la qualité convenue existe lors de la formation ou n'apparaît qu'ensuite. Si la qualité convenue est absente dès l'origine, le contrat est invalide *ab initio* et cela ne concerne que la formation de la convention. En revanche, est bien un défaut dans l'exécution du contrat l'absence ultérieure d'une qualité convenue.

La critique repose sur la distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Or, si cette distinction est didactiquement utile, force nous est d'admettre qu'elle n'est pas aussi absolue qu'il y paraît : la frontière est souvent incertaine (157). Ce reproche de confusion entre formation et exécution doit donc être tempéré en ce qu'il se fonde sur une distinction qui est loin d'être nette et absolue en droit positif (158).

71. Mais surtout, la critique formulée nous semble négliger le rôle de la qualité substantielle. En effet, *l'absence d'une qualité convenue n'est pas la source de la nullité mais une condition supplémentaire de mise en oeuvre d'une annulation fondée sur un vice du consentement.* L'erreur sur les qualités substantielles ne suffit pas à annuler le contrat et la convention ne sera pas invalidée pour cela seul qu'une stipulation contractuelle n'aura pas été respectée. C'est le vice du consentement, c'est-à-dire l'erreur d'un contractant sur une qualité déterminante de sa volonté, qui est sanctionné. Simplement, pareille erreur doit aussi porter sur une qualité convenue pour anéantir le contrat. Aussi, nonobstant la définition conventionnelle de la substance, c'est la formation même du contrat et non son exécution qui est atteinte (159).

b) Interprétation du contrat

72. Cependant, tout n'est pas toujours exprimé et le contenu du contrat déborde les seules stipulations expresses (160).

Sur ce point, il appartient au juge d'interpréter la volonté des parties (161). Ajoutons que le juge peut faire référence au contenu normal d'un contrat pour rechercher la commune volonté des parties et considérer qu'elles s'y sont implicitement référées (162). Ce n'est pas, à proprement parler, une manière de réintroduire l'appréciation *in abstracto* des qualités substantielles mais il faut admettre que la référence au bon père de famille est utilisable pour déceler la volonté non exprimée des parties (163). C'est sans doute qu'un bon père de famille sommeille en chacun de nous.

73. Comme toute présentation systématique, celle que nous avons tentée doit être nuancée. Au contact de la réalité, une construction révèle ses défauts et ses insuffisance ; plus encore lorsqu'elle s'attache au contenu et à l'intégrité d'un consentement, car la volonté s'accommode mal des catégories juridiques ; la naissance et l'exécution d'un contrat s'y confondent, les mobiles ayant animé une partie et l'équilibre des prestations nées de la convention s'y mêlent, et l'opération contractuelle forme alors un tout qu'il peut être parfois artificiel de décomposer. De surcroît, tout dépend finalement du juge dont l'appréciation souveraine des faits peut conduire, quant à l'application d'une règle de droit, à des résultats fort différents, voire contrastés, lorsque la justice, appliquée à un cas particulier, nourrit ses propres exigences.

Cependant, la cohérence que nous avons cru pouvoir déceler dans les textes et dans l'application qu'en fait la jurisprudence n'exclut pas la souplesse. Les solutions actuelles, souvent teintées de pragmatisme, demeurent et se voient même confortées dès lors que la confusion qui affecte la substance et contamine toute la question de l'erreur est évitée.

74. Notre dessein était de présenter l'idée générale qui anime la nullité pour erreur en insistant sur la distinction fondamentale qui, selon nous, doit être faite entre la protection d'un contractant envisagée par l'article 1109 du code civil et celle du contrat, assurée par l'article 1110. Parce qu'il s'agit de préserver l'intégrité d'un consentement, source de l'acte juridique, le premier texte

s'attache à l'effet de l'erreur ; parce qu'il ne faut pas sacrifier le cocontractant dont les intérêts doivent aussi, dans une certaine mesure, être sauvegardés, le second texte exige que l'objet de l'erreur soit lié au contrat et, par référence à l'opinion commune ou au contenu même de la convention, ne soit pas singulier. Ce départ, qui nous paraît fidèle aux textes et qui nous semble, en dépit des apparences, respecté par le juge lorsqu'il entend ménager les intérêts opposés des deux parties, doit donc, non seulement guider l'analyse de la jurisprudence, mais encore présider à la démarche du praticien quand il s'agit pour lui d'envisager la nullité pour erreur d'un contrat précis : il lui faut d'abord se demander s'il y a eu erreur d'un contrat précis : il lui faut d'abord se demander s'il y a eu erreur déterminante du consentement, *in concreto*, quelle qu'elle soit, pour ensuite regarder si cette erreur porte sur la substance, conventionnelle ou appréciée *in abstracto*.

Cette démarche s'attachant à l'existence d'un vice puis vérifiant ses caractères, peut d'ailleurs être transposée à toutes les nullités fondées sur un vice du consentement. Toutes, elles associent des critères subjectifs en tant qu'une volonté doit être saine, libre et éclairée, et des critères objectifs car est en jeu un contrat où se fondent des intérêts différents et qui, pour cela, acquiert bientôt une vie propre. C'est pourquoi sont étroits les liens qui peuvent être tissés avec l'objet et plus encore avec la cause. Mais pareille extension ne doit pas surprendre : la double exigence de protection d'une partie et de sécurité contractuelle anime le droit des contrats tout entier.

Ainsi, parce qu'un contrat est une fusion, les éléments s'entremêlent ; la décomposition, même malaisée, parfois forcée, se révèle alors nécessaire. C'est donc un mode de dissection que nous avons suggéré, mais à propos d'une institution bien vivace.

SEANCE 4

FORMATION DU CONTRAT
Le consentement
(Intégrité)

Le dol

I. – Jurisprudence

A. Dol imputable au vendeur (schéma classique)

- Civ. 3ème, 6 novembre 1970 : Bull. civ. III, n° 587.
- Com., 13 mai 2003 : Bull. civ. IV, n° 114.
- Civ. 3ème, 1er mars 1977 : Inédit ; D. 1978, p. 91, note Ch. Larroumet.
- Com., 11 juillet 1977 : Inédit ; D. 1978, p. 155, note Ch. Larroumet.
- Civ. 3ème, 29 avril 1998 : Bull. civ. III, n° 87.
- Civ. 1ère, 3 juillet 1996 : Bull. civ. I, n° 288.
- Civ. 1ère, 4 février 1975 : Bull. civ. I, n° 43.
- Com., 24 septembre 2003 : Inédit
- Civ. 3ème, 21 févier 2001 : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001, p. 2702, note D. Mazeaud.
- **Civ. 3ème, 16 mars 2011 n°10-10.503.**
- **Civ.3ème, 9 octobre 2012 n°11-23.869 (non publié au bulletin).**
- **Civ 3ème 7 avril 2015 N° de pourvoi: 14-13738**
- **Civ 3ème 13 novembre 2014 N° de pourvoi: 13-24027**

B. Dol imputable à l'acheteur (schéma inversé)

- Cass. Com., 27 février 1996, N° de pourvoi 94-11241
- Cass. Civ. 1ère, 3 mai 2000, N° de pourvoi : 98-11381
- Civ. 3ème, 15 novembre 2000 N° 99-11203
- Civ. 3ème, 17 janvier 2007 n° 06-10.442 (n° 25 FS-P+B)

II. – Doctrine

- J. Mouly, *Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste »)*, D. 2003, p. 2023.
- **Pour aller plus loin, rechercher l'article fondateur de :**
  - **J. Ghestin, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1971, chron. p. 247 et s.**

III. – Exercices

- Commentaire d'arrêt entièrement rédigé : **Cass. Civ. 1ère, 3 mai 2000, N° de pourvoi : 98-11381**.
- Lire tous les arrêts relatifs au dol imputable à l'acheteur et résumer les différentes étapes jurisprudentielles.

I. – Jurisprudence

A. Dol imputable au vendeur (schéma classique)

- **Civ. 3ème, 6 novembre 1970**

Sur le premier moyen : attendu qu'il résulte des énonciations des juges du fond que Castiglione, acquéreur d'un terrain appartenant a Michel, y a fait construire un immeuble de six étages, sur la base d'un projet soumis le 26 novembre 1959 au service administratif compétent et agrée sur le vu d'une convention de cour commune que Michel avait fait signer le 27 décembre 1956 par dame bernardine, propriétaire, avec son mari, d'un immeuble voisin;

Que les époux bernardine ont assigne Castiglione en nullité de cette convention et au paiement d'une réparation pécuniaire;

attendu qu'il est fait grief a l'arrêt confirmatif attaque d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le pourvoi, que le dol, qui doit être prouve, ne peut se présumer a partir des seules mentions figurant au contrat, car il suppose l'existence de manœuvres dolosives émanant d'un des cocontractants contre l'autre, concomitantes a la formation d'un contrat et qui doivent être établies avec certitude, qu'en l'espèce, la cour d'appel a affirme l'existence de manœuvres dolosives déduites du seul texte de la convention litigieuse, en sorte qu'elle les a d'autant moins légalement caractérisées qu'elle a constate qu'elles émanaient non du cocontractant mais du constructeur de l'immeuble qui, a l'époque du contrat, était un tiers;

Qu'il est encore soutenu que les juges du fond ont le devoir d'examiner les éléments de preuve qui leur sont donnes pour établir un fait décisif a la solution du litige;

Qu'en l'espèce, les juges d'appel ont affirme que le constructeur ne faisait pas la preuve du mandat de la femme commune en biens, sans répondre au moyen d'appel précis et pertinent que la femme avait représente son mari en assistant seule aux opérations de l'expertise judiciaire et en signant seule la correspondance adressée a l'expert; mais attendu, d'abord, qu'un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol;

que les juges du fond, statuant âpres expertise, relèvent que la prétendue convention de cour commune faisait état, par une contre vérité manifeste, d'un prétendu bénéfice qu'en pourraient tirer, dans l'avenir, les époux bernardine, en évoquant " les largeurs cumulées des deux cours et cette distance mesurée de façade postérieure a façade postérieure des immeubles ", ce qui ne pouvait pas être, lesdites façades étant strictement perpendiculaires l'une a l'autre;

qu'ils en déduisent que dame bernardine, induite volontairement en erreur sur ce point, n'eut certainement pas consenti, sans contrepartie pécuniaire, a signer un accord, qui, loin de constituer un avantage pour l'immeuble commun, lui portait un préjudice certain;
qu'ils ajoutent, pour ce qui est de l'attitude de Castiglione, qui aurait cependant eu tout intérêt a faire constater la convention litigieuse, qu'il s'est bien garde d'en faire porter la mention dans son acte authentique d'acquisition du 15 avril 1960, par conséquent postérieure au dépôt, par lui, de la demande du permis de construire, accompagnée de la convention litigieuse, comme de faire régulariser cet accord par la signature du mari, qui n'était nullement empêche de le faire dans les intervalles de ses déplacements professionnels;

Que la cour d'appel a ainsi caractérise et les manœuvres dolosives émanant du cocontractant a l'occasion de la formation de la convention et le comportement dolosif du défendeur dans l'exécution de celle-ci;

attendu, en second lieu, qu'en estimant nulle encore la convention dont il s'agit en raison de l'absence de qualité de dame bernardine pour renoncer gratuitement a des droits afférents a un immeuble dépendant de la communauté, des lors que la preuve d'un mandat que lui aurait donne son mari n'était pas rapportée, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis et n'était pas tenue de répondre spécialement a une argumentation invoquant des faits postérieurs de plusieurs années, et, de plus, étrangers a la situation juridique qui était l'objet du débat;

D'ou il suit que le premier moyen est sans fondement;

sur le second moyen : attendu qu'il est encore reproche a la cour d'appel d'avoir, d'une part, dénature le rapport de l'expert en accordant aux demandeurs une reparation du fait de l'existence de vues droites sur leurs fonds, alors que l'expert, ainsi que le faisaient ressortir les conclusions d'appel de Castiglione, avait expressément exclu ce chef de préjudice et, d'autre part, omis de répondre au moyen d'appel sur le troisième chef de préjudice tire de ce qu'en raison de la superficie restreinte aucun projet de construction ne pouvait être réalisé sur le fonds des époux bernardine; mais attendu, d'abord, que les juges d'appel, qui n'étaient pas lies par le rapport de l'expert, ont souverainement apprécie tant l'existence que l'importance du préjudice subi par les époux bernardine;

Qu'en second lieu, en adoptant les motifs des premiers juges qui avaient, en suivant l'expert, retenu une perte de surface constructible, ils ont répondu implicitement mais nécessairement aux conclusions de l'appelant;

Que le second moyen n'est pas mieux fonde que le précédent;

Par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu, le 27 janvier 1969, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence

- **Com., 13 mai 2003**

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que par acte sous seing privé du 25 février 1997, M. et Mme X... se sont portés cautions solidaires à hauteur de 80 000 francs des engagements de la société André Y... à l'égard du Crédit industriel de l'Ouest (la banque) ; que l'emprunteur ayant été défaillant, le prêteur a poursuivi les cautions ; que l'arrêt attaqué (Angers, 26 février 2001) a rejeté cette demande, déclarant nul le contrat de cautionnement à raison d'un dol par réticence de la banque ;

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette exception de nullité, alors que, d'une première part, en admettant l'existence d'une réticence dolosive alors qu'il résultait de ses propres constatations qu'il n'était pas établi que la banque avait connaissance de la situation financière réelle de son débiteur, la cour d'appel aurait violé les articles 1116 et 1134 du Code civil ; que, de deuxième part, en s'abstenant de constater que le défaut d'information imputé à la banque avait pour objet de tromper les cautions, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du Code civil ; que, de troisième part, en retenant le dol de la banque alors que le contrat de cautionnement stipulait expressément que les cautions ne faisaient pas de la solvabilité du débiteur la condition déterminante de leur engagement, la cour d'appel aurait encore violé les articles 1116 et 1134 du Code civil ; qu'enfin, en ne recherchant pas si avant de contracter les cautions avaient demandé à la banque de les renseigner sur la situation financière du débiteur, la cour d'appel aurait à nouveau

privé sa décision de base légale au regard des mêmes textes ;

Mais attendu que manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager ; que la cour d'appel ayant d'abord constaté que la banque, qui avait connaissance du dernier bilan de la société André Y... révélant une situation financière catastrophique, ne pouvait prendre le prétexte d'un budget prévisionnel démesurément optimiste pour s'abstenir d'en informer les cautions, en a, ensuite, justement déduit qu'elle ne pouvait se prévaloir de la clause du contrat de cautionnement énonçant que "la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement" dès lors que la banque l'avait stipulée en connaissance des difficultés financières du débiteur principal ; que par ces seuls motifs, sans encourir les griefs du moyen qui manque en fait en sa première branche et est inopérant en sa troisième branche, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder aux recherches invoquées par les deux autres branches, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne le Crédit industriel de l'Ouest aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de M. et Mme X... ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize mai deux mille trois.

- **Civ. 3ème, 1er mars 1977**

LA COUR : Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches : Attendu qu'il résulte des énonciations des juges du fond que, le 19 septembre 1972, la société "Les Trois Portes" a promis de vendre à la société Française d'Administration et de Transaction Immobilière (SOFRATI), ou à toute personne qu'il lui plaira de se substituer, un immeuble, pour le prix de 380000 F, une indemnité forfaitaire pour immobilisation devant demeurer acquise au promettant si le bénéficiaire ne réclamait pas la réalisation de la promesse dans les délais convenus ; que le 9 octobre 1972, la société Sofrati, bénéficiaire de la promesse, a cédé celle-ci à l'agent immobilier Charil qui s'est engagé par un "bon de commission" à payer à la société Sofrati une somme de 80000 F qui représentait en réalité le prix de la cession de la promesse ; que le même jour, la société "Les Trois Portes" a consenti à Charil une promesse de vente conçue dans les mêmes termes que celle qu'elle avait consentie à la Société Sofrati ; que Charil a fait assigner la Société et la Société "Les Trois Portes" pour faire déclarer nulle la promesse de vente à lui consentie, au motif que son consentement avait été vicié par le dol desdites sociétés qui lui avaient fourni un décompte des revenus de l'immeuble s'élevant à 35663 F, alors que le revenu réel était seulement de 21984 F, chiffre que Charil a ensuite rectifié pour le porter à 23626 F ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir débouté Charil de son action en nullité de la promesse de vente, alors, selon le moyen, que, d'une part, l'arrêt constate que la vente portait sur un immeuble de rapport "loué dans sa quasi-totalité" ; que la cour n'a pu dès lors, sans entacher son arrêt de contradiction de motifs, admettre que le consentement de l'acquéreur a pu ne pas être déterminé par ce qui constituait la qualité essentielle de l'objet même du contrat, à savoir, le montant annuel du revenu de l'immeuble litigieux ; que, d'autre part, ni le jugement, ni l'auteur du faux décompte des charges et loyers (Sofrati) n'ont contesté que la remise de ce document fût antérieure à la signature des conventions litigieuses ; qu'en révoquant en

doute un tel fait, acquis aux débats, la cour a dénaturé les termes du litige ; qu'au demeurant, le document dont il s'agit porte la mention : "non compris 8 % d'augmentation de juillet 1972", ce qui implique qu'il est antérieur à la date des conventions litigieuses (octobre 1972) ; qu'il est encore soutenu qu'en exigeant la preuve d'une "importante tromperie", la cour a confondu l'action en rescision avec l'action en nullité de la vente fondée non pas sur la lésion de plus de sept douzièmes, mais sur la tromperie sur la qualité essentielle de l'objet du contrat ; que ni les sociétés, ni le jugement entrepris n'ont contesté le fait que le revenu promis fût intérieur au revenu réel ;

Que l'arrêt attaqué, qui se borne à procéder par voie de pure affirmation sans analyser les documents soumis à l'examen du juge, ne s'explique pas sur les conclusions de Charil, faisant notamment valoir que le revenu net visé par le document établi par Sofrati s'élevait à 38516,75 F l'an, tandis que le revenu résultant du décompte du syndic ne s'élevait qu'à 23626 F ; qu'en cas de revente de l'immeuble à des personnes désirant effectuer un placement, le revenu locatif est un élément capital pour la détermination du prix susceptible d'être proposé à l'acquéreur éventuel ;

Mais attendu que, par une recherche souveraine de la commune intention des parties, la cour d'appel a considéré que Charil ne s'était pas déterminé à contracter en raison du montant du revenu indiqué dans le décompte revêtu du cachet de la société Sofrati ; qu'elle relève que Charil "se considérait d'ailleurs comme suffisamment informé" et avait mis en vente pour 610000 F l'immeuble dont la vente lui avait été promise sept jours auparavant pour 380000 F ; que, tant par motifs propres que par motifs adoptés, la cour d'appel a considéré qu'il ne s'agissait pas pour cet agent immobilier de faire un placement durable, et que le revenu procuré par une location en partie calculée selon le taux de la surface corrigée de la catégorie III A était inférieur à l'intérêt du prêt que Charil avait dû contracter pour envisager cet achat ; qu'en décidant que le revenu n'avait pas déterminé Charil à contracter, la cour d'appel a exclu que, contrairement à l'affirmation du pourvoi, le revenu ait été la qualité essentielle de l'objet du contrat ; que le moyen qui, dans ses quatre branches, limite sa critique à l'appréciation du revenu de l'immeuble est donc sans portée et ne peut être accueilli ;
Par ces motifs, rejette.

- **Com., 11 juillet 1977**

LA COUR : Sur le moyen unique :

Attendu que Réméré, prétendant que son consentement avait été vicié lors de l'acquisition d'un fonds de commerce, a sollicité la résolution de cette cession et l'allocation de dommages-intérêts ; que la cour d'appel a décidé que le dommage né de l'erreur d'appréciation des éléments du contrat provoquée par les agissements des vendeurs serait suffisamment réparé par l'allocation de dommages-intérêts ;

Attendu qu'il lui est fait grief d'avoir ainsi statué, alors, selon le pourvoi, que le consentement, qui constitue l'une des conditions essentielles pour la validité d'une convention, n'est pas valable s'il n'a été donné que par erreur ;

Mais attendu que la cour d'appel a, par une décision motivée, constaté l'inexistence en la cause d'une erreur ayant pu vicier le consentement de l'acquéreur ; qu'ainsi le moyen manque par le fait même qui lui sert de base ;

Par ces motifs, rejette.

- **Civ. 3ème, 29 avril 1998**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 13 mai 1996), que la société civile immobilière du Parc de Jolimont (SCI) a fait édifier un groupe d'immeubles et a confié à la société Centrale d'études financières (CEF) le soin de vendre les appartements dépendant de cette résidence ; que les époux Morin ont été démarchés, courant 1988, par M. Vestit, agent commercial de la CEF, en vue de la réalisation d'un investissement locatif, puis ont acquis de la SCI, par acte authentique des 13 et 14 décembre 1988, un appartement moyennant le prix de 566 300 francs payable pour partie au moyen d'un prêt consenti par la Banque nationale de Paris (BNP) ; que les époux Morin ont conclu, le 30 décembre 1988, avec la société Copropagi, mandataire de la SCI, un contrat de rentabilité aux termes duquel cette société leur garantissait en contrepartie de la mise à disposition de l'appartement pendant une certaine période une rentabilité forfaitaire ; que les époux Morin ont assigné la SCI, la Coprapagi, la CEF et la BNP en nullité de la vente pour dol ;

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen, d'une part, que la cour d'appel a violé l'article 1998 du Code civil, qu'en effet le mandant n'est pas tenu par la faute de son mandataire qui, abusant de sa procuration, commet ainsi une faute personnelle et dépasse par le fait même les limites de ses pouvoirs ; d'autre part, que, en violation du même texte, la cour d'appel n'a pas constaté que la SCI Le Parc de Jolimont aurait effectivement participé au dol commis par la société CEF ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la SCI avait confié à la société CEF le mandat de vendre les appartements et qu'il n'était pas démontré que cette société aurait dépassé les limites des pouvoirs de représentation conférés par le mandant, alors que la SCI avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par la société CEF aux acheteurs potentiels et avait bénéficié du dol, lequel avait été appuyé par l'offre d'une garantie locative excessive afin d'accréditer l'idée que le prêt bancaire serait remboursé par les loyers, la cour d'appel a pu en déduire que la SCI était responsable du dol commis envers les époux Morin, tiers de bonne foi, par la société CEF dans l'exécution de son mandat ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 3 juillet 1996**

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1110 du Code civil ;

Attendu que pour débouter la commune de Venthon de sa demande tendant à l'annulation d'un contrat de location de matériel informatique, l'arrêt attaqué énonce que si elle soutient, à juste titre, avoir été induite en erreur du fait des promesses faites par un tiers au contrat, condamné de ce chef pour escroquerie, elle ne peut que se retourner contre ce dernier ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'erreur provoquée par le dol d'un tiers à la convention peut entraîner la nullité du contrat lorsqu'elle porte sur la substance même de ce contrat, la cour d'appel, qui a omis de rechercher si l'erreur de la commune de Venthon portait sur la substance de l'engagement, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux premières branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 avril 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Chambéry ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble.

- **Civ. 1ère, 4 février 1975**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche : vu l'article 1351 du code civil ; attendu que, statuant sur la demande introduite en 1954 par demoiselle Roy et reprise après son décès par les consorts deladouespe-loyau, en nullité de divers actes authentiques, notamment un acte d'échange d'immeubles entre demoiselle Roy et phelipeau, notaire, passe le 13 septembre 1952, et une procuration donnée par ladite demoiselle a un ancien clerc de l'étude ou ont été reçus les actes critiques, un premier arrêt en date du 31 janvier 1967, après avoir prononce l'annulation de certaines dispositions faites par demoiselle Roy en faveur de phelipeau, et déclare irrecevable en l'état de la demande en ce qu'elle portait sur l'échange et la procuration, le mandataire et les acquéreurs des biens reçus par la coéchangiste et vendus a l'aide du pouvoir remis par elle n'ayant pas été mis en cause, a retenu que l'échange et la procuration ne sont intervenus que par l'effet des machinations de phelipeau et appartenaient au savant système juridique imagine par ce notaire pour faire passer en une seule journée dans le patrimoine de la famille phelipeau-paget une masse importante de bien ruraux acquis par la patience de plusieurs générations de la famille Roy ;

Attendu que pour rejeter l'action en responsabilité formée par les consorts deladouespe-loyau en réparation du préjudice subi par leur auteur, l'arrêt attaque a énonce que la disposition invoquée, donnée dans le cadre d'un donner acte, ne saurait - s'imposer a la cour ;

Attendu cependant, que l'arrêt du 31 janvier 1967, statuant dans les limites des conclusions des parties, ne s'est pas borne à prononcer un donner acte, mais a juge, dans le dispositif de sa décision, qu'il reste des a présent acquis que ladite procuration et ledit acte d'échange ne sont intervenus que par l'effet des machinations de phelipeau ;

Que la cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, a viole le texte susvisé ;

Sur la deuxième et la troisième branche du moyen : vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi ;

attendu que, pour rejeter la demande en indemnisation dont ils étaient saisis, les juges du second degré ont encore retenu que l'existence d'un délit civil, fonde sur les dispositions de l'article 1382 du code civil, ne saurait être admise des lors que le dol invoque est relatif a la passation d'un contrat et que, l'action en dommages-intérêts obéissant comme l'action en nullité a la prescription décennale, la demande, exercée plus de dix ans après la découverte du dol, alors qu'aucune interruption de prescription ne peut être retenue, est atteinte par cette prescription ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les consorts deladouespe-loyau avaient introduit leur action le 24 mars 1970 sur le fondement de l'article 1382 du code civil moins de trente ans après les manœuvres dolosives pratiquées par phelipeau, la cour d'appel a méconnu les dispositions du texte susvisé ;

- **Com., 24 septembre 2003**

Au nom du peuple français
La cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, a rendu l'arrêt suivant :
Donne acte à la société Cry Ltd de ce qu'en exécution d'un contrat de cession de créances comprenant notamment celle de la société Valouest, elle reprend l'instance qui avait été introduite par la Société de banque occidentale et reprise par la société CDR Créances ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Rennes, 22 septembre 2000), que la société Socavol a conclu en avril 1993 avec la société Valouest un marché de travaux portant sur une installation industrielle ; que, sur le montant de ce marché, la société Socavol a versé un acompte et a remis une lettre de change endossée par la Société de banque occidentale ; que, considérant qu'au titre des travaux exécutés, un solde restait dû, M. X..., agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société Valouest, et la Société de banque occidentale en ont judiciairement demandé le paiement à la société Socavol ;
Sur le premier moyen :
Attendu que la société Socavol fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en nullité du marché, alors, selon le moyen, que, conformément à l'article 1116 du Code civil, le fait, pour un entrepreneur, qui s'engage à réaliser un équipement industriel complet en état de fonctionnement dans un délai déterminé, de dissimuler avoir fait, peu avant la signature du marché, l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, est constitutif d'une réticence dolosive, la connaissance par le cocontractant, de la situation financière de l'entrepreneur étant de nature à l'empêcher de contracter ; qu'en affirmant que la société Socavol n'a pas établi qu'elle se serait abstenue de contracter si elle avait été informée de l'ouverture à l'égard de la société Valouest d'une procédure collective, la cour d'appel qui s'est abstenue de rechercher, comme elle y était invitée par la société Socavol dans ses conclusions, si la nature du marché, son coût et les obligations de résultat tant technique que financier souscrites par la société Valouest ne permettaient pas d'affirmer que la société Socavol, dûment informée de la procédure de redressement judiciaire ouverte à l'égard de la société Valouest, n'aurait pas contracté, a privé sa décision de base légale au regard de la disposition susvisée, ensemble l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, relevé qu'aucun texte n'oblige une entreprise à informer son co-contractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire, la cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas établi que la société Socavol n'aurait pas contracté si elle avait connu la situation de la société Valouest et qu'elle ne rapportait pas la preuve que celle-ci se serait livrée à des manoeuvres dolosives à son égard, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;
Sur le deuxième moyen, pris en ses deux branches :
Attendu que la société Socavol fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes formées contre la société Valouest, alors, selon le moyen :
1 / qu'aux termes de l'article 1184 du Code civil, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts ; que la cour d'appel qui a constaté que la société Valouest n'avait pas achevé le marché formé avec la société Socavol mais qui a rejeté la demande formée par la société Socavol en paiement de dommages-intérêts a, en statuant ainsi, violé la disposition susvisée ;
2 / que, conformément à l'article 1184 du Code civil, la résolution du contrat entraîne l'anéantissement de celui-ci, spécialement dans le cas où les parties ont entendu former un marché indivisible ; qu'en l'espèce, il résulte du marché passé entre la société Socavol et la société Valouest que celui-ci avait pour objet l'installation d'un procédé proposé par la société Valouest et sa mise en

place pour un prix forfaitaire ; qu'en conséquence, l'inexécution, fut-elle partielle du marché, entraînait son anéantissement ; que la cour d'appel qui a constaté que la société Valouest n'avait pas achevé la réalisation de l'installation objet du marché mais qui a néanmoins refusé d'ordonner que celle-ci restitue à la société Socavol les acomptes versés a, en statuant ainsi, violé la disposition susvisée ;

Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, retenu que le contrat était à exécution successive et que la société Socavol ne justifiait pas que la société Valouest n'ait pas exécuté dans sa totalité le marché du 26 juillet 1993, complémentaire de celui du 13 avril 1993, la cour d'appel, qui a en outre constaté que la société Valouest avait fourni du matériel et réalisé pour partie une installation qui était restée à la disposition de la société Socavol, a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, estimé que la société Socavol, qui faisait état d'un préjudice hypothétique, ne justifiait pas sa demande de dommages-intérêts et que l'acompte perçu par la société Valouest était acquis à celle-ci ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;
Et sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :
Attendu que la société Socavol fait enfin grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer une certaine somme à la société CDR créances et d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts dirigée contre elle, alors, selon le moyen :
1 / que l'accepteur d'une lettre de change est tenue dans les termes de son acceptation ; que la cour d'appel a relevé que la société Socavol avait accepté une lettre de change d'un montant de 835 027 francs "sous réserves des résultats prévus dans le marché du 13 avril 1993 ; que la cour d'appel qui a condamné la société Socavol au paiement après avoir relevé que la société Valouest était dans l'impossibilité d'achever le marché à raison de la procédure de liquidation judiciaire dont elle était l'objet, a violé l'article L. 511-17 du Code de commerce ;
2 / que la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que la cour d'appel, qui a relevé successivement qu'il était certain que la société Valouest n'avait pas achevé la réalisation de l'installation commandée puis que la société Socavol ne prouvait pas que les résultats mentionnés par le marché n'avaient pas été atteints par l'installation dont il est acquis que l'achèvement a été réalisé, n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que c'est sans contradiction que l'arrêt, après avoir constaté que la société Valouest n'avait pas achevé la réalisation de l'installation commandée, a relevé que la société Socavol avait confié les finitions à une autre entreprise et ne démontrait pas que les résultats qui conditionnaient le paiement de la lettre de change et qui correspondaient aux garanties de performances et de rendements de l'installation Valouest n'étaient pas atteints par l'installation après son achèvement ;
Et attendu, en second lieu, qu'au vu de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que la société Socavol était tenue au paiement de la lettre de change ;
D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne la société Socavol aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne la société Socavol à payer à M. X..., ès qualités de liquidateur judiciaire à la liquidation de la société Valouest la somme de 2 250 euros et à la société CDR créances la somme de 2 250 euros ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre septembre deux mille trois.

- **Civ. 1ère, 21 février 2001**

Sur le deuxième moyen : (Publication sans intérêt) ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix, 20 mai 1998), que, suivant deux actes, reçus par M. Gas, notaire, les 26 mai et 6 juillet 1989, la société civile immobilière Errera (SCI) a vendu un immeuble à usage d'hôtel à M. Plessis et la société Hôtel Le Gallieni (société) le fonds de commerce exploité dans cet immeuble au même acquéreur ; qu'une précédente décision ayant accueilli la demande de la SCI et de la société en réitération des cessions, M. Plessis les a assignées en annulation des ventes pour dol ; qu'il a également demandé la condamnation de M. Gas à lui payer des dommages-intérêts ; qu'en appel M. Plessis a maintenu sa prétention à titre subsidiaire et demandé à titre principal la réduction du prix et subsidiairement l'allocation de dommages-intérêts ;

Attendu que pour débouter M. Plessis de sa demande en annulation pour dol, l'arrêt retient que les conditions d'une telle annulation ne sont pas réunies quant aux griefs avancés par M. Plessis en raison du caractère inexcusable de l'erreur dont il soutient avoir été victime, l'ignorance de l'exploitation sans autorisation d'ouverture et en non-conformité aux règles de sécurité n'étant pas admissible de sa part alors qu'il avait une obligation particulière de se renseigner compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne permettent pas d'exclure l'existence d'une réticence dolosive et alors qu'une telle réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que pour débouter M. Plessis de sa demande dirigée contre le notaire, l'arrêt relève que M. Gas n'est intervenu qu'après la conclusion des cessions qui liaient de manière définitive les parties par la signature d'un accord du 26 mai 1989 et que la convention du 6 juillet 1989, rédigée par M. Gas, n'a eu aucune incidence sur la conclusion des cessions déjà définitives ;
Qu'en statuant ainsi, alors que le notaire qui participe à la rédaction d'actes de vente est tenu d'un devoir de conseil destiné à assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il a apporté son concours, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré irrecevables comme nouvelles en appel les demandes en réduction du prix des cessions et subsidiaires en indemnisation formées, sur les divers fondements entrepris, par M. Plessis en substitution, au principal, de sa demande initiale, l'arrêt rendu le 20 mai 1998, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes.

- **Civ. 3ème, 16 mars 2011 n°10-10.503.**

Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 9 novembre 2009), que, par acte authentique du 13 février 2002, les consorts X... ont vendu à Mme Y... un pavillon préfabriqué au prix de 42 685,72 euros ; qu'ayant découvert la présence d'amiante lors de travaux de

rénovation, l'acquéreur a obtenu la désignation d'un expert en référé puis a assigné les vendeurs en dommages-intérêts sur le fondement de la réticence dolosive ;

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en retenant que Mme X... âgée de 82 ans lors de la vente connaissait à cette époque l'emploi d'amiante ciment et d'Eternit, matériaux contenant de l'amiante dans le pavillon vendu au seul motif que la construction avait été entreprise par la communauté des époux de sorte qu'elle avait signé et/ou eu en main les contrats, devis et factures de travaux, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants pour établir en quoi Mme X... avait la connaissance certaine de la présence d'amiante dans le pavillon vendu ; qu'elle a ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en retenant que MM. X... avaient déclaré à l'expert avoir assisté à la construction du pavillon à proximité duquel ils demeuraient, la cour d'appel a encore statué par des motifs inopérants à établir la connaissance certaine qu'avaient ceux-ci de la présence d'amiante dans le pavillon vendu, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que la cour d'appel qui constatait qu'à l'époque de la vente du pavillon, le 13 février 2002, les vendeurs n'avaient aucune obligation légale d'informer l'acquéreur en matière d'amiante, qui n'avait été introduite que par décret du 5 mai 2002 dont les dispositions étaient entrées en vigueur le 3 septembre 2002, ne pouvait leur reprocher de n'avoir pas donné à l'acquéreur une information à laquelle ils n'étaient pas tenus ; qu'elle n'a pas ainsi tiré les conséquences légales de ses constatations en violation des articles 1116 et 1382 du code civil ;

4°/ que la cour d'appel ne pouvait, sous couvert d'obligation de loyauté, faire peser sur les vendeurs une obligation d'information sur la présence d'amiante dans la construction du pavillon vendu qui n'avait été introduite que postérieurement à la vente ; qu'elle a ainsi violé l'article 2 du code civil ;

5°/ que le dol doit être apprécié au moment de la formation du contrat ; d'où il résulte qu'en l'absence d'obligation légale de diagnostic amiante au moment de la vente et à défaut pour l'acquéreur d'avoir expressément indiqué dans l'acte de vente qu'elle entendait acquérir un immeuble exempt d'amiante, la cour d'appel ne pouvait, au motif que l'acquéreur avait décidé plus de deux ans après la vente la réalisation de travaux de rénovation supposant un désamiantage, retenir que son consentement avait été vicié lors de la vente par l'absence d'information donnée sur la présence d'amiante ; qu'elle a ainsi violé les articles 1116 et 1382 du code civil ;

6°/ que le préjudice constitué par le désamiantage du pavillon n'était pas certain lors de la vente dès lors en effet que les travaux de désamiantage n'étaient pas obligatoires à cette époque, que les vendeurs, qui ne s'étaient pas engagés à livrer un immeuble exempt d'amiante, n'étaient tenus d'aucune obligation d'information et que l'acquéreur n'avait pas expressément exprimé sa volonté d'acheter un immeuble sans amiante ; qu'en condamnant les vendeurs à prendre en charge le coût du désamiantage et des travaux en conséquence, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant exactement retenu que si aucune obligation légale spécifique ne pesait sur les consorts X... concernant la présence d'amiante dans l'immeuble vendu, le vendeur, tenu à un devoir général de loyauté, ne pouvait néanmoins dissimuler à son cocontractant un fait dont il avait connaissance et qui aurait empêché l'acquéreur, s'il l'avait connu, de contracter aux conditions prévues, la cour d'appel, qui a souverainement constaté que les vendeurs avaient connaissance, au moment de la vente, de la présence d'amiante dans les éléments constitutifs de

l'immeuble vendu, et qui a relevé qu'il était démontré que Mme Y... n'aurait pas acheté aux conditions qu'elle avait acceptées si elle avait eu connaissance de la consistance réelle des biens, laquelle lui avait été intentionnellement dissimulée, a pu en déduire l'existence d'une réticence dolosive imputable aux vendeurs ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé qu'en dissimulant à Mme Y... les informations dont ils disposaient quant à la présence d'amiante dans les murs et les cloisons, les consorts X... lui avaient, par là même, dissimulé les risques auxquels elle serait exposée lors de la réalisation de travaux et la nécessité dans laquelle elle se trouverait de faire procéder préalablement au désamiantage de l'immeuble, la cour d'appel, qui a caractérisé la certitude du préjudice, a pu en déduire que les vendeurs devaient être condamnés à des dommages-intérêts correspondant au coût des travaux de désamiantage ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les consorts X... et Mme A..., ensemble, aux dépens ; (…).

- **Civ.3ème, 9 octobre 2012 n°11-23.869 (non publié au bulletin).**

Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 20 juin 2011), que par acte du 28 septembre 2007, les époux X... ont vendu aux époux Y... un tènement immobilier sur la commune de Bouvesse-Quirieu ; qu'estimant ne pas avoir été avertis par les vendeurs des tirs de mines en provenance de la carrière exploitée à proximité du bien, les époux Y... ont, par acte du 29 avril 2008, assigné les époux X... en annulation de la vente et paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les époux Y... font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il y a réticence dolosive dès lors que le vendeur ne révèle pas à l'acheteur un défaut dont il a connaissance et qui est déterminant du consentement de l'acheteur ; que le vendeur doit contracter de bonne foi et que la réticence dolosive de ce dernier rend toujours excusable l'erreur provoquée de l'acquéreur ; qu'en l'espèce il n'est pas contesté que les acheteurs, époux Y... n'avait pas eu connaissance au jour de l'achat de ce que l'immeuble litigieux était régulièrement ébranlé par des tirs de mine effectués dans une carrière située à 700 mètre et que les vendeurs, les époux X..., avaient eux connaissance de ce défaut ; en déboutant les époux Y... de leurs demandes aux motifs inopérants que "la présence de la carrière en activité à une distance de 700 mètres environ du bien en cause et les tirs de mines que son exploitation nécessitait ne pouvaient échapper à des acquéreurs normalement vigilants", la cour d'appel a violé l'article 1116 du code civil ;

2°/ qu'il y a réticence dolosive dès lors que le vendeur ne révèle pas à l'acheteur un défaut dont il a connaissance et qui est déterminant du consentement de l'acheteur ; que l'ampleur d'un trouble dont est atteint un bien est nécessairement déterminant du consentement de l'acheteur ; qu'en déboutant les époux Y... de leurs demandes aux motifs péremptoires que "la fréquence et les conséquences des tirs de mines" dont il n'est pas nié que les vendeurs, époux X..., avaient connaissance "n'imposaient pas de révélations particulières", quand ces éléments seuls permettaient de révéler l'ampleur du trouble dont le bien vendu était affecté, la cour d'appel a violé l'article 1116 du code civil ;
3°/ que le vendeur, même non professionnel, qui connaît l'existence d'un

défaut déterminant du consentement a le devoir d'en informer l'acheteur ; qu'en déboutant les acheteurs, époux Y..., de leurs demandes aux motifs que les vendeurs, les époux X..., dont il n'est pas nié qu'ils avaient connaissance de l'existence de tirs de mines à proximité ébranlant l'immeuble vendu, n'était pas professionnels, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 du code civil ;

4°/ que le vendeur, même non professionnel, qui connaît l'existence d'un défaut, a le devoir d'en informer l'acheteur ; qu'en déboutant les acheteurs, époux Y..., de leurs demandes aux motifs que "les mentions contenues dans le certificat d'urbanisme requis par le notaire et reproduites dans l'acte de vente" avaient pu convaincre les époux X..., dont il n'est pas nié qu'ils avaient connaissance de l'existence de tirs de mines à proximité l'immeuble vendu, "qu'ils n'avaient pas d'autres précisions à apporter aux acquéreurs" sans relever quelles mentions de l'acte de vente auraient pu faire légitimement croire aux époux X... que l'acheteur était parfaitement informé du défaut affectant l'immeuble litigieux, la cour d'appel a manqué de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil ;

5°/ qu'il était fait valoir dans les conclusions d'appel des exposants qu'il figurait à l'acte de vente une clause selon laquelle "l'immeuble n'est pas dans une zone de carrières souterraines à ciel ouvert" et encore "il n'a jamais été exercé sur les lieux dont il s'agit ou sur les lieux voisins d'activités entraînant des dangers ou inconvénients pour la santé ou l'environnement, notamment celles visées par la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement" ; qu'en déboutant les acheteurs de leurs demandes sans répondre à ce moyen dirimant, la cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, constaté que les acheteurs avaient effectué à plusieurs reprises des visites de la maison préalablement à l'acquisition et que la carrière était visible de la maison et de la route qui y conduit, et relevé la notoriété de l'existence sur la commune de cette carrière en cours d'exploitation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, qui n'a pas débouté les acquéreurs au seul motif que les vendeurs étaient des non professionnels, et qui a souverainement retenu que les acheteurs pouvaient avoir connaissance des faits par eux-mêmes et que la présence de la carrière en activité à une distance de 700 mètres environ du bien et les tirs de mines que son exploitation nécessitait ne pouvaient échapper à des acquéreurs normalement vigilants, a pu, par ces seuls motifs, en déduire que les vendeurs n'étaient pas tenus d'une obligation particulière d'information sur ce point et qu'aucune réticence dolosive ne pouvait leur être reprochée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les époux Y... aux dépens ; (…).

B. Le dol imputable à l'acheteur (schéma inversé)

- **Com., 27 février 1996, n° de pourvoi : 94-11241**.

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 janvier 1994), que le 27 septembre 1989, Mme Alary a vendu à M. Bernard Vilgrain, président de la société Compagnie française commerciale et financière (société CFCF), et, par l'intermédiaire de celui-ci, à qui elle avait demandé de rechercher un acquéreur, à MM. Francis Vilgrain, Pierre Vilgrain et Guy Vieillevigne (les consorts Vilgrain), pour qui il s'est porté fort, 3 321 actions de ladite société pour le prix de 3 000 francs par action, étant stipulé que, dans l'hypothèse où les consorts Vilgrain céderaient l'ensemble des actions de la société CFCF dont ils étaient propriétaires avant le 31 décembre 1991, 50 % du montant excédant le prix unitaire de 3 500 francs lui serait reversé ; que 4 jours plus tard les consorts Vilgrain ont cédé leur participation dans la société CFCF à la société Bouygues pour le prix de 8 800 francs par action ; que prétendant son consentement vicié par un dol, Mme Alary a assigné les consorts Vilgrain en réparation de son préjudice ;

Sur le premier moyen pris en ses cinq branches :

Attendu que M. Bernard Vilgrain fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné, à raison d'une réticence dolosive, à payer à Mme Alary, une somme de 10 461 151 francs avec intérêts au taux légal à compter du 1er octobre 1989 alors, selon le pourvoi, d'une part, que, si l'obligation d'informer pesant sur le cessionnaire, et que postule la réticence dolosive, concerne les éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la valeur des parts, que ces éléments soient relatifs aux parts elles-mêmes ou aux actifs et aux passifs des sociétés en cause, elle ne peut porter, en revanche, sur les dispositions prises par le cessionnaire pour céder à un tiers les actions dont il est par ailleurs titulaire ; d'où il suit que l'arrêt attaqué a été rendu en violation de l'article 1382 du Code civil, s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, de l'article 1116 du Code civil, s'il faut attacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive ; alors, d'autre part, que le fait à le supposer établi pour le cessionnaire de s'abstenir d'offrir au cédant de s'associer à lui, dans la négociation qu'il a parallèlement entreprise, pour céder à un tiers ses propres titres, est étranger, par hypothèse, à l'obligation d'informer, et donc à la réticence dolosive, qui n'a pour objet que de sanctionner l'inexécution de l'obligation d'informer pesant sur le cessionnaire ; d'où il suit que l'arrêt attaqué a été rendu en violation de l'article 1382 du Code civil s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, de l'article 1116 du Code civil, s'il faut rattacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive ; alors, en outre, que le cessionnaire est libre d'offrir ou de ne pas offrir au cédant, de s'associer à une négociation qu'il a entreprise pour la cession à un tiers des titres qu'il détient d'ores et déjà dans le capital de la société en cause ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé l'article 1134 du Code civil, ensemble le principe de la liberté de contracter ; alors, au surplus, que l'obligation d'informer, que sanctionne la réticence dolosive, suppose premièrement, que le créancier de l'obligation n'ait pas été informé, deuxièmement qu'il n'ait pas eu l'obligation de son côté de mettre en oeuvre certains moyens d'être informé ; qu'en lui reprochant de n'avoir pas informé Mme Alary de l'existence d'un groupement d'intérêt économique constitué le 30 septembre 1988, sans répondre à ses conclusions faisant valoir que Mme Alary dont il est constant qu'elle ait été assistée d'un avocat, professeur de droit, spécialisé en droit des affaires savait, ou aurait dû savoir, notamment par des informations publiées par la presse nationale, qu'un GIE avait été constitué entre la SNCF et la société Les Grands moulins de Paris, pour coordonner les études d'aménagement et de répartition des frais (conclusions signifiées le 16 novembre 1993, pages 3 et 4), les juges

du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, de l'article 1116 du Code civil, s'il faut rattacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive et alors, enfin, que les liens d'amitié et de confiance que lui-même et Mme Alary avaient pu entretenir par le passé, étaient sans incidence sur l'existence ou l'étendue des obligations pesant sur lui, en sa qualité de cessionnaire, dès lors que, ayant pris le parti de ne pas donner suite à sa lettre du 28 janvier 1988, Mme Alary avait pris la décision unilatérale de consulter une banque, de se faire assister d'un conseil spécialisé en droit des affaires et d'entreprendre des négociations avec les consorts Vilgrain, par le truchement de ce conseil constitué mandataire ; qu'à cet égard encore les juges du fond ont violé l'article 1382 du Code civil s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, l'article 1116 du Code civil, s'il faut rattacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive ;

Mais attendu que l'arrêt relève qu'au cours des entretiens que Mme Alary a eu avec M. Bernard Vilgrain, celui-ci lui a caché avoir confié, le 19 septembre 1989, à la société Lazard, mission d'assister les membres de sa famille détenteurs du contrôle de la société CFCF dans la recherche d'un acquéreur de leurs titres et ne lui a pas soumis le mandat de vente, au prix minimum de 7 000 francs l'action, qu'en vue de cette cession il avait établi à l'intention de certains actionnaires minoritaires de la société, d'où il résulte qu'en intervenant dans la cession par Mme Alary de ses actions de la société CFCF au prix, fixé après révision, de 5 650 francs et en les acquérant lui-même à ce prix, tout en s'abstenant d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente des mêmes actions au prix minimum de 7 000 francs, M. Bernard Vilgrain a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il en est intermédiaire pour le reclassement de sa participation ; que par ces seuls motifs, procédant à la recherche prétendument omise, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'une réticence dolosive à l'encontre de M. Bernard Vilgrain ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le deuxième moyen pris en ses deux branches :

Attendu que M. Bernard Vilgrain fait le même grief à l'arrêt alors, selon le pourvoi, qu'à supposer, premièrement, que les consorts Vilgrain aient donné mandat à la maison Lazard frères & Cie de négocier leurs propres titres pour le prix de 7 000 francs, deuxièmement, que Mme Alary ait eu connaissance de ce mandat, troisièmement, qu'elle ait su qu'un groupement d'intérêt économique avait été constitué entre la SNCF et la société des Grands moulins de Paris et que ce groupement ait eu pour objet de valoriser l'actif immobilier de cette dernière, les juges du fond n'ont pas constaté qu'à la date des cessions (27 septembre 1989), Mme Alary eût préféré attendre la position d'un acquéreur éventuel, pour tenter d'obtenir un prix supérieur, plutôt que d'avoir l'assurance d'encaisser immédiatement 3 000 francs par action et d'avoir la garantie, en outre, d'encaisser un supplément de prix à concurrence de 50 % en cas de plus-value susceptible d'être réalisée grâce aux consorts Vilgrain ; d'où il suit que faute de relever que l'erreur commise par Mme Alary, à raison de la réticence dolosive, a été déterminante, l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, de l'article 1116 du Code civil, s'il faut rattacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive ;

Mais attendu qu'ayant retenu qu'informée des négociations en cours, Mme Alary n'aurait pas cédé ses actions au prix de 3 000 francs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

Et sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Bernard Vilgrain fait enfin grief à l'arrêt d'avoir statué ainsi qu'il a fait, alors selon le pourvoi, que la réticence dolosive, qui obéit aux régles régissant le dol, n'est sanctionnée que dans la mesure où elle émane du cocontractant ; que dans l'hypothèse où l'opération comporte plusieurs cessions d'actions au profit de plusieurs cessionnaires, la nullité pour réticence dolosive ne peut affecter que la cession faite au cessionnaire coupable de réticence dolosive et de la même manière, les dommages-intérêts ne peuvent concerner que le préjudice lié à la cession faite au profit du cessionnaire ; qu'en condamnant M. Bernard Vilgrain à réparer le préjudice découlant des cessions consenties au profit des autres consorts Vilgrain, les juges du fond ont violé l'article 1382 du Code civil, s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, l'article 1116 du Code civil, s'il faut rattacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive et alors, d'autre part, en tout cas, que faute d'avoir cherché si, à raison de la pluralité des cessions, seul le préjudice né de la cession que M. Bernard Vilgrain avait personnellement conclue pouvait être mis à la charge de ce dernier, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil, s'il faut considérer que les conséquences de la réticence dolosive sont régies par ce texte, de l'article 1116 du Code civil, s'il faut rattacher à ce texte les conséquences de la réticence dolosive ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que M. Bernard Vilgrain avait conclu l'acte de cession du 27 septembre 1989 à titre personnel et en se portant fort pour les autres acquéreurs, d'où il résultait que celui-ci n'était pas un tiers à la convention portant sur l'ensemble des titres litigieux, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ;

Attendu, d'autre part, qu'il ne résulte ni des conclusions produites ni de l'arrêt que M. Bernard Vilgrain ait prétendu devant les juges du fond que seul le préjudice né de la cession qu'il avait conclue à titre personnel pouvait être mis à sa charge ; que le moyen est donc nouveau et mélangé de fait et droit ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 3 mai 2000, n° de pourvoi : 98-11381**

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu qu'en 1986, Mme Boucher a vendu aux enchères publiques cinquante photographies de Baldus au prix de 1 000 francs chacune ; qu'en 1989, elle a retrouvé l'acquéreur, M. Clin, et lui a vendu successivement trente-cinq photographies, puis cinquante autres photographies de Baldus, au même prix qu'elle avait fixé ; que l'information pénale du chef d'escroquerie, ouverte sur la plainte avec constitution de partie civile de Mme Boucher, qui avait appris que M. Baldus était un photographe de très grande notoriété, a été close par une ordonnance de non-lieu ; que Mme Boucher a alors assigné son acheteur en nullité des ventes pour dol ;

Attendu que pour condamner M. Clin à payer à Mme Boucher la somme de 1 915 000 francs représentant la restitution en valeur des photographies vendues lors des ventes de gré à gré de 1989, après déduction du prix de vente de 85 000 francs encaissé par Mme Boucher, l'arrêt attaqué, après avoir relevé qu'avant de conclure avec Mme Boucher les ventes de 1989, M. Clin avait déjà vendu des photographies de Baldus qu'il avait achetées aux enchères publiques à des prix sans rapport avec leur prix d'achat, retient qu'il savait donc qu'en achetant de nouvelles photographies au prix de 1 000 francs l'unité, il contractait à un prix dérisoire par rapport à la valeur des clichés sur le marché de l'art, manquant ainsi à l'obligation de contracter de bonne foi qui pèse sur tout contractant et que, par sa réticence à lui faire connaître la valeur exacte

des photographies, M. Clin a incité Mme Boucher à conclure une vente qu'elle n'aurait pas envisagée dans ces conditions ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 décembre 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens.

- **Civ. 3ème, 15 novembre 2000 N° 99-11203**

Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 8 décembre 1998), que, suivant un acte des 7 et 13 mai 1996, les consorts Palaric-Le Coent se sont engagés à vendre une parcelle à M. Moysan avec faculté pour celui-ci de se substituer toute personne physique ou morale de son choix ; que la réitération par acte authentique, qui devait intervenir au plus tard le 1er juillet 1996, n'ayant pas eu lieu, la société Carrières de Brandefert, substituée à M. Moysan, a assigné les consorts Palaric-Le Coent pour se faire reconnaître la qualité de propriétaire de la parcelle ; que les consorts Palaric-Le Coent se sont prévalus de la nullité de la vente pour dol ;
Attendu que la société Carrières de Brandefert fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande, alors, selon le moyen :
1° que le dol suppose une erreur provoquée ; que tel n'est pas le cas lorsque le vendeur ayant offert le bien à la vente par l'intermédiaire d'un notaire, un acquéreur accepte d 'acheter ledit bien sans indiquer au vendeur offrant le projet qu'il compte faire dudit bien, en l'occurrence exploiter une carrière (violation de l'article 1116 du Code civil) ;
2° que la bonne foi contractuelle ne va pas jusqu'à imposer à l'acquéreur d'informer son vendeur des qualités de la chose vendue et de la destination projetée de celle-ci ; qu'ainsi, la société Carrières de Brandefert n'avait pas à informer les vendeurs de ce que le terrain pouvait être exploité pour un usage de carrière (violation de l'article 1134 et 1176 du Code civil) ;
3° que la clause de substitution d'acquéreur, licite, n'est pas de nature à caractériser un dol de celui-ci, l'acquéreur effectif n'ayant nulle obligation de révéler son identité aux vendeurs ayant accepté la clause de substitution (violation de l'article 1116 du Code civil) ;
Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les vendeurs ignoraient la qualité du sous-sol de leurs terres, que l'acte de vente avait été signé sans que M. Moysan ne révèle pour le compte de qui il contractait, que le fait qu'une clause de substitution ait été prévue ne pouvait justifier que la société Carrières de Brandefert se soit dissimulée derrière un prête-nom, son propre directeur général, alors qu'elle avait connaissance de la richesse de la composition du sol, qu'elle s'était tue, jusqu'à la signature du " compromis ", sur son projet d'exploitation, maintenant ses cocontractants dans l'ignorance et que le projet d'acte authentique qu'elle entendait soumettre aux vendeurs stipulait que l'immeuble était destiné pour partie à l'habitation et le surplus à usage agricole, la cour d'appel a pu en déduire que le dol était constitué ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 3ème, 17 janvier 2007 n° 06-10.442 (n° 25 FS-P+B)**

LA COUR : - Sur le moyen unique : - Vu l'article 1116 du code civil ; - Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 octobre 2005), que M. X..., marchand de biens, bénéficiaire de promesses de vente que M. Y... lui avait consenties sur sa maison, l'a assigné en réalisation de la vente après avoir levé l'option et lui avoir fait sommation de passer l'acte ; - Attendu que pour prononcer la nullité des promesses de vente, l'arrêt retient que le fait pour M. X... de ne pas avoir révélé à M. Y... l'information essentielle sur le prix de l'immeuble qu'il détenait en sa qualité d'agent immobilier et de marchand de biens, tandis que M. Y..., agriculteur devenu manoeuvre, marié à une épouse en incapacité totale de travail, ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon, constituait un manquement au devoir de loyauté qui s'imposait à tout contractant et caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement de M. Y..., au sens de l'article 1116 du code civil ; qu'en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
Par ces motifs, casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 octobre 2005, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris, remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les, renvoie devant la Cour d'appel de Paris [...].

- **Civ. 3ème, 7 avril 2015**

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1116 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 12 décembre 2013), que le 20 mai 2011, M. X...a acheté un appartement à M. et Mme Y...; que soutenant avoir été victime de manoeuvres dolosives exercées par les filles des vendeurs qui, lors de ses visites, demandaient de façon volontaire et systématique au responsable du bar situé au-dessous de l'appartement de réduire le volume sonore de la musique, il a assigné M. et Mme Y...et leurs filles, Mmes Aurore et Annabelle Y...(les consorts Y...), en annulation de la vente et paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter les demandes de M. X..., l'arrêt retient que celui-ci ne pouvait pas ignorer qu'il s'exposait à des risques de nuisances sonores provenant du bar situé au rez-de-chaussée de l'immeuble, qu'il lui avait été remis une copie du procès-verbal de l'assemblée générale du 8 décembre 2009 faisant état de troubles de jouissance subis par l'ensemble des copropriétaires et occupants de l'immeuble du fait de nuisances sonores provenant de ce bar et que par conséquent, les agissements des consorts Y...n'avaient pas provoqué d'erreur dans le consentement de l'acquéreur ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le procès-verbal d'assemblée générale visait une situation antérieure de 18 mois à la vente et que les consorts Y...s'étaient efforcés par l'envoi de « sms » au gérant du bar lui demandant de réduire au minimum l'intensité du son pendant les visites de M. X..., de dissimuler à l'acquéreur le niveau des nuisances sonores provenant du bar dans l'appartement proposé à la vente, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, ainsi qu'il le lui était demandé, si M. X...aurait acquis l'appartement en l'absence de ces manœuvres, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 décembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de

Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne les consorts Y...aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne les consorts Y...à payer la somme de 3000 euros à M. X...; rejette la demande des consorts Y...;

Civ 3ème 13 novembre 2014

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Angers, 11 juin 2013), que le 9 février 2006, M. et Mme X... ont acheté à Mme Y... un terrain pour construire ; que selon le certificat d'urbanisme du 22 novembre 2005, seule une partie du terrain était constructible, le reste de la parcelle se trouvant en zone inondable ; que le 1er août 2007, l'autorité administrative a refusé l'autorisation de construire sur le terrain au motif qu'il avait été classé dans sa totalité en zone inconstructible dans le cadre du plan de prévention des risques naturels d'inondation du 20 avril 2006 ; que M. et Mme X... ont assigné Mme Y... en annulation de la vente et en paiement de diverses sommes ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande d'annulation de la vente fondée sur l'erreur alors, selon le moyen :

1°/ que si, en vertu de l'arrêté préfectoral du 20 avril 2006, le terrain a été classé comme inconstructible à raison de sa submersibilité, l'arrêté préfectoral n'a fait que constater, après enquête, une exposition du terrain au risque d'inondation préexistante à l'arrêté dès lors qu' est constant que les caractéristiques du terrain n'ont pas été modifiées ; qu'en s'abstenant de rechercher si indépendamment de la date d'entrée en vigueur de l'arrêté du 20 avril 2006, la vente n'a pas été le siège d'une erreur, dans la mesure où le terrain, à raison de sa submersibilité, ne pouvait être raisonnablement affecté à l'édification d'une construction, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article 1110 du code civil ;

2°/ que la circonstance qu'une enquête était en cours, en vue de définir les zones submersibles

et d'arrêter les surfaces inconstructibles, ne pouvait à elle seule révéler une erreur inexcusable de la part de M. et Mme X..., dès lors que ceux-ci pouvaient légitimement considérer qu'à supposer que le terrain soit concerné par l'arrêté à venir, il ne le serait, la propriétaire actuelle mettant le terrain en vente comme terrain à bâtir, que pour partie ; qu'en retenant, dans ces circonstances, une erreur inexcusable, s'agissant de personnes non averties et non-professionnelles, les juges du fond ont violé l'article 1110 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que M. et Mme X... ne pouvaient ignorer l'enquête publique ordonnée dans le cadre de la révision du plan de prévention des risques naturels d'inondation et avaient accepté d'acquérir en toute connaissance de cause un terrain partiellement inondable, donc partiellement inconstructible et exactement retenu qu'ils ne pouvaient invoquer une décision administrative postérieure à la vente classant le terrain intégralement en zone inconstructible pour justifier leur demande d'annulation du contrat pour erreur sur la substance, l'extension de l'inconstructibilité à toute la surface du terrain et le refus de délivrance du permis de construire n'étant pas inéluctables au jour de la vente, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

II. – Doctrine

- **J. Mouly, *Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste »)*, D. 2003, p. 2023.**

1 - Il paraîtra peut-être surprenant qu'un auteur, catalogué « travailliste », s'aventure sur un terrain en principe réservé aux civilistes purs. L'on n'aura garde pourtant d'oublier que, selon l'article L. 121-1 du code du travail, « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ». Sans doute, la poussée autonomiste observée dans la discipline ces trente dernières années a-t-elle très largement relégué cette disposition au second plan. Elle n'en demeure pas moins de droit positif. Même si le droit civil ne peut trouver application dans les relations salariées qu'à la condition de ne pas tenir en échec les normes sociales d'ordre public, il conserve néanmoins une place dans les relations employeurs-salariés. Aussi bien le spécialiste de droit du travail doit-il renouer, de temps à autre, avec des dispositions, parfois un peu oubliées, du Code de 1804. C'est ainsi, par exemple, que le développement récent du contentieux relatif à la formation du contrat de travail l'a obligé à revenir sur la théorie, familière aux civilistes, des vices du consentement.

2 - On a pu observer, en effet, ces dernières années, une utilisation de plus en plus fréquente par les employeurs de l'action en annulation du contrat de travail. En réalité, grâce à la théorie des vices du consentement, les chefs d'entreprise cherchent le plus souvent à faire annuler ce contrat de manière à ne pas avoir à procéder à sa résiliation et à échapper ainsi à la législation particulièrement contraignante du licenciement. C'est probablement ce qui explique que la Cour de cassation soit restée très réservée pour admettre, au moins au profit de l'employeur, l'existence d'un vice du consentement et, en particulier, d'un dol du salarié. On a même pu considérer très justement que la Cour de cassation avait opté pour un véritable « refoulement » du dol du travailleur (1), celui-ci ne pouvant en particulier être invoqué lorsque le salarié a démontré son aptitude à exercer les fonctions qui lui était confiées (2). Il apparaît ainsi que le droit du licenciement absorbe, dans une large mesure, celui de la conclusion du contrat, confirmant par la même occasion la « fluidité » entre la formation et l'exécution des conventions (3). En tout cas, la Cour suprême parvient de cette façon à éviter que le droit spécial du licenciement ne soit neutralisé par celui plus général des vices du consentement.

3 - Cela étant, ce contentieux « indulgent » sur le dol du salarié avait en réalité été inauguré par une jurisprudence relative à la réticence du travailleur à l'égard de l'employeur, en particulier sur son passé pénal ou professionnel, ce qui, on l'aura compris, nous ramène au sujet de cette chronique. L'on rappellera tout d'abord cette jurisprudence sur la réticence du salarié, afin de mieux prendre la mesure de la divergence existant entre cette jurisprudence « sociale » et la jurisprudence émanant des formations civiles de la Cour de cassation, en particulier depuis l'arrêt du 21 février 2001 de la troisième Chambre civile (4). Cette divergence n'est pas, comme on pourrait le penser, la simple conséquence de la spécificité du droit du travail, justifiant une solution dérogatoire dans les relations employeurs-salariés. Elle traduit en réalité une véritable *opposition de doctrine* en ce qui concerne les relations que doivent entretenir la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (I). Malgré la large approbation qu'a reçue l'arrêt du 21 février 2001 (D. 2001, Jur. p. 2702, note D. Mazeaud) de la part des auteurs les plus autorisés, sa solution nous semble néanmoins procéder d'une conception erronée des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable, et cela même si l'on adopte une conception « solidariste » des rapports contractuels. On ne saurait en effet considérer, comme l'admet la troisième Chambre civile, que le silence, même intentionnellement gardé par une partie, rend *toujours* excusable l'erreur de l'autre (II). Dès lors, il convient de faire émerger les indices, voire mieux le critère, permettant de savoir, dans un cas particulier, si l'on se trouve en présence d'un silence dolosif de l'un des cocontractants ou d'une erreur inexcusable de l'autre (III).

I - A - 4 - Deux décisions de la Chambre sociale de la Cour de cassation méritent en particulier d'être rappelées ici, et en tout premier lieu un arrêt du 25 avril 1990 (5), où l'employeur reprochait au salarié, surveillant de nuit, de lui avoir dissimulé une condamnation pénale antérieure. La Cour suprême approuve les juges du fond, « après avoir relevé que le salarié n'avait pas l'obligation de faire mention de ses antécédents judiciaires », d'en avoir déduit que « son silence n'avait pas un caractère dolosif ». On a certes pu contester la portée de la décision. Certains, par exemple, ont estimé que la question posée au salarié devait être considérée comme faisant partie des questions interdites (6) ou encore qu'elle n'avait aucun rapport direct avec l'emploi à pourvoir, ce qui aurait dispensé le salarié d'en informer l'employeur, voire même l'aurait autorisé à lui mentir (7). Il faut pourtant bien reconnaître que le législateur n'a pas fait figurer le passé pénal du salarié sur la liste des questions prohibées et que, si la vie privée du salarié doit rester zone interdite, la personnalité du candidat à l'embauche, à laquelle contribue son passé pénal, fait bien en revanche partie des éléments à l'évaluation desquels l'employeur est en droit de procéder. Il faut donc bien se résoudre à admettre, comme d'ailleurs l'indique clairement l'arrêt, que le salarié n'a pas l'obligation de révéler son passé pénal à l'employeur et que, par voie de conséquence, *le silence gardé par lui sur ce point, alors même qu'il a conscience que ce passé est déterminant pour son recrutement, ne présente pas de caractère dolosif pour l'employeur.*

5 - Nous avions cru pouvoir alors rapprocher cette décision d'un autre arrêt (8) rendu peu de temps après où, là encore, il était reproché au salarié d'avoir gardé le silence sur son passé, mais cette fois professionnel. Un ancien dirigeant de société avait été recruté en qualité de directeur salarié pour redresser une entreprise en difficulté financière. Il s'avéra par la suite que la société dont le salarié avait précédemment assuré la gestion avait en réalité été mise en liquidation, ce que le travailleur s'était évidemment bien gardé de révéler lors de son embauche. L'employeur mit fin alors au contrat de travail, mais le salarié demanda des dommages-intérêts pour licenciement injustifié. L'employeur répliqua en invoquant la nullité du contrat pour erreur. Il obtint gain de cause en appel, mais cet arrêt fut cassé par la Cour suprême. Le contrat de travail fait pourtant partie de ces contrats où l'erreur sur la personne est une cause de nullité de la convention, la considération de cette personne étant déterminante pour le cocontractant (9). On aurait donc pu s'attendre à un rejet du pourvoi. L'arrêt rappelle toutefois qu' « une erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ». Or, selon la Haute juridiction, tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque l'employeur avait recruté le salarié sans procéder aux investigations élémentaires, qui lui auraient permis de découvrir que la société précédemment dirigée par le candidat recruté et dont le nom figurait dans le *curriculum vitae* était tombée en liquidation judiciaire. L'employeur s'était ainsi rendu coupable d'une *erreur inexcusable l'empêchant d'invoquer sa propre méprise.* Il lui appartenait de s'informer sur le salarié qu'il recrutait, lequel se trouvait par là même dispensé de renseigner son futur employeur, en tout cas de sa propre initiative (10).

6 - Il nous avait paru alors justifié de mettre en parallèle ces deux décisions (11), puisque, en fin de compte, le silence gardé par le salarié sur son passé professionnel, comme celui gardé sur son passé pénal, s'avérait ainsi être un silence légitime. Les deux décisions ne seraient que des *expressions différentes d'une seule et même règle.* Lors de la conclusion du contrat de travail, c'est en principe à l'employeur de se renseigner sur les salariés qu'il recrute, et non à ceux-ci de l'informer sur leur propre personne. Il s'en déduit alors, d'une part, que l'employeur ne saurait invoquer l'erreur qu'il a commise sur les qualités du salarié recruté, car il avait l'obligation de se renseigner lui-même sur ce dernier, d'autre part, que le silence gardé par le travailleur sur sa propre personne ne saurait présenter un caractère dolosif, puisqu'il n'avait pas l'obligation d'informer l'employeur sur lui-même. De façon plus générale, celui qui commet une erreur inexcusable parce qu'il avait le devoir de se renseigner ne saurait se plaindre d'une réticence dolosive de l'autre partie.

7 - Cette solution paraît au demeurant logique. Il semble clair en effet qu'une partie ne peut exiger de son cocontractant de l'informer à propos d'éléments sur lesquels elle a elle-même le devoir de se renseigner et se trouve inexcusable de ne pas savoir. En cas d'erreur inexcusable, la partie qui s'est méprise, ayant le devoir de s'informer sur l'objet de son erreur, ne saurait par voie de conséquence invoquer une réticence dolosive de la part de l'autre partie, car ce serait alors, d'une façon ou d'une autre, mettre au compte de cette dernière une obligation de l'informer, en contradiction même avec le devoir de se renseigner précédemment admis. Cette position a paru suffisamment convaincante pour que des auteurs éminents, dans leur traité sur les contrats du travail, affirment, après avoir rappelé que l'erreur commise par l'employeur ne doit pas être inexcusable, qu'il en résulte que « la réticence dolosive est écartée lorsqu'il est fait reproche à l'employeur de ne pas s'être suffisamment renseigné [sur le salarié] » (12). La partie qui doit se renseigner et ne l'a pas fait ne saurait invoquer le caractère dolosif de la réticence de l'autre. Et pourtant, quelques années plus tard, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation allait adopter la position radicalement opposée, à propos certes d'une question étrangère aux relations de travail, mais dans un arrêt ayant toutes les allures d'un arrêt de principe et approuvé par une doctrine quasi unanime (13).

B - 8 - La Cour suprême y affirme en effet de manière très solennelle que la « réticence dolosive, à la supposer établie, rend *toujours* (c'est nous qui soulignons) excusable l'erreur provoquée » (14). La formule n'est pas, à la vérité, dépourvue d'ambiguïté (15). Les faits de l'espèce permettent cependant de mieux la comprendre. En l'occurrence, une vente avait eu lieu portant sur un immeuble et un fonds de commerce, alors que ces biens ne remplissaient pas les conditions pour pouvoir être régulièrement exploités, ce que le vendeur n'avait évidemment pas révélé à l'acquéreur. Celui-ci demanda alors la nullité de la vente pour dol, mais fut débouté en appel, les juges lui reprochant de ne pas avoir procédé aux vérifications élémentaires qui s'imposaient dans une vente entre professionnels. C'est cet arrêt qui est cassé au motif, on l'a vu, que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur dont a été victime l'autre contractant. La solution est ainsi très claire. La réticence d'une partie rend légitime *dans tous les cas* l'erreur commise par l'autre en effaçant la faute d'omission qu'il a pu commettre. L'arrêt réaffirme ainsi, mais cette fois à propos de la réticence, l'indifférence du caractère inexcusable de l'erreur commise par la victime du dol. Le dol, qui suppose, on le sait, une erreur de la part du cocontractant trompé, est en effet une cause de nullité du contrat, même si cette erreur présente un caractère inexcusable. Avec l'arrêt du 21 février 2001, on sait désormais qu'il en est ainsi *même lorsque le dol a pris la forme d'une réticence*. La réticence d'une partie demeure dolosive alors même que l'*errans* a commis une erreur inexcusable. C'est là l'apport essentiel de la décision.

9 - En effet, il n'était plus guère discuté que le dol, sous sa forme classique du mensonge ou, à plus forte raison, des manoeuvres frauduleuses, puisse être sanctionné alors même que la victime aurait commis une erreur inexcusable, même si certains auteurs semblent toujours considérer que le droit ne doit pas protéger celui qui s'est laissé prendre à une contre-vérité évidente (16). Cette solution s'explique en réalité par le caractère mixte du dol, vice du consentement, mais aussi délit civil qui sanctionne la tromperie d'une partie au contrat. Même lorsqu'un cocontractant a le devoir de se renseigner, il est dispensé de cette obligation lorsqu'il reçoit de l'autre les informations qui l'intéressent. Ce devoir devient en quelque sorte sans objet, puisqu'il se trouve de toute façon déjà renseigné. Il est légitimement alors en droit de se fier aux allégations fournies par son partenaire contractuel. En d'autres termes, le devoir de se renseigner n'est pas un devoir de vérifier les informations reçues. En revanche, l'on pouvait hésiter davantage en présence d'une simple réticence.

10 - En effet, dans ce cas, aucune information n'ayant été fournie, l'autre partie n'est pas en droit de se fier à quoi que ce soit. Dès lors, si elle commet une erreur inexcusable parce qu'elle avait *le*

devoir de se renseigner, il est plus difficile de reprocher à l'autre de ne pas l'avoir informée. C'est bien pourtant ce qu'admet l'arrêt du 21 février 2001, en tranchant la difficulté au profit du contractant sur qui pèse le devoir de se renseigner. Ce devoir cède en quelque sorte devant l'obligation de l'autre d'informer son cocontractant. La solution n'est d'ailleurs pas tout à fait nouvelle. Elle avait déjà été admise par un arrêt du 23 mai 1977 (17) ; mais l'arrêt était une simple décision d'espèce, dont la portée restait douteuse. Elle est au contraire clairement énoncée désormais en forme de principe. Elle a de surcroît reçu une large approbation de ses annotateurs.

11 - Elle entérine, il est vrai, une doctrine autorisée qui enseigne que « l'erreur paraît devoir être toujours tenue pour excusable lorsqu'elle a été provoquée, *ou même seulement favorisée* (c'est nous qui soulignons), par la déloyauté de l'autre partie ou de son mandataire » (18). Cette position s'autorise en réalité de deux arguments principaux. En premier lieu, est mise en avant *l'autonomie du dol*, comme vice du consentement, par rapport à l'erreur. En effet, celui-ci peut être cause de nullité du contrat alors même que l'erreur qu'il a déterminée n'aurait pu en elle-même avoir le même effet. Les conditions d'efficacité de ces deux vices du consentement sont en réalité différentes et leur mise en oeuvre ne conduit donc pas nécessairement aux mêmes résultats. Il est dès lors parfaitement compréhensible que le caractère inexcusable de l'erreur, tout en faisant obstacle à l'efficacité de celle-ci en tant que vice du consentement, soit au contraire indifférent pour l'application de la notion de dol. Et comme, par ailleurs, il est aujourd'hui acquis que la réticence doit être rattachée au dol, puisqu'elle peut être prise en compte même lorsque l'erreur commise par l'autre partie n'a pas été substantielle, il en résulte que, comme le dol classique, la réticence peut être cause de nullité alors même que l'erreur qu'elle a permise présente un caractère inexcusable.

12 - Quant au second argument, il est plutôt d'ordre moral. Il consiste à comparer la *gravité respective des fautes commises* par les deux contractants. D'un côté, une partie a gardé pour elle sciemment des informations qu'elle savait pourtant décisives pour son partenaire contractuel ; de l'autre, une partie a fait preuve de légèreté blâmable en ne se renseignant pas, comme pourtant elle en avait le devoir. Une partie a donc fait preuve d'une malveillance avérée, tandis que l'autre, au contraire, a seulement montré une négligence, coupable certes, mais moins condamnable, alors surtout que l'erreur inexcusable ne s'identifie pas à la faute du même nom. L'erreur commise par celui qui aurait dû se renseigner devrait donc être excusée au regard de la faute dolosive manifeste dont son partenaire s'est rendue coupable (19). Cette solution se recommanderait aussi bien de la logique que de l'équité. Il y a là en tout cas des arguments sérieux de nature à impressionner. Et, pourtant, nous avouerons ne pas être convaincus, que l'on se situe sur le terrain de la conception classique du dol ou que l'on adopte une conception plus moderne de celui-ci.

II - A - 13 - Il convient tout d'abord de bien préciser ce qui nous paraît devoir être contesté. Il n'est pas question en particulier de remettre en cause la règle selon laquelle le caractère inexcusable de l'erreur est indifférent lorsque la partie qui l'a commise invoque le dol de son cocontractant sous sa forme classique du mensonge ou des manoeuvres frauduleuses. Il est bien clair que, dans ce cas, il ne peut rien être reproché à la partie qui devait s'informer elle-même, puisqu'elle a été spontanément renseignée par l'autre. Elle se trouve par là même dispensée de l'exécution de son devoir de se renseigner (20). En revanche, il est pour le moins incertain que cette règle puisse encore être appliquée lorsque l'attitude du cocontractant a pris la forme moderne de la réticence. C'est qu'en effet cette dernière ne présente pas la même autonomie que le dol classique au regard de la notion d'erreur, visée par l'article 1110 du code civil. Comme un auteur l'a récemment écrit, la réticence est « une fille aux origines incertaines,... qui ressemble tantôt au dol », mais qui peut revendiquer aussi « un lien direct, une parentèle » avec l'erreur (21). Malgré l'autonomie aujourd'hui affirmée de la réticence par rapport à cette dernière notion, le cordon ombilical n'a pas été complètement rompu et ne peut d'ailleurs pas l'être. La formule

utilisée par la Cour de cassation est à cet égard révélatrice.

14 - En effet, la Cour de cassation vise dans son attendu principal l' « erreur provoquée ». Or l'erreur provoquée est celle que l'on rencontre dans le dol sous sa forme classique du mensonge ou des manoeuvres (22). Au contraire, dans le cas de la réticence dolosive, l'erreur n'est pas provoquée par l'autre partie, qui se contente d'exploiter sciemment la méprise de son partenaire contractuel. Le cocontractant déloyal ne trompe pas l'autre partie, il se contente de *ne pas la détromper*. Le professeur Ghestin lui-même, dans sa formule qui a directement inspiré la solution de l'arrêt, indique bien que « l'erreur paraît devoir être toujours tenue pour excusable lorsqu'elle a été... même *seulement favorisée* par la déloyauté de l'autre... » (23). Ainsi, pour démontrer que la réticence exclut le caractère inexcusable de l'erreur, la Cour de cassation raisonne en réalité sur le dol dans son acception classique. En réalité, on ne s'en étonnera pas, puisque le raisonnement tenu ne peut être transposé à la simple réticence, en raison des rapports particuliers que celle-ci entretient avec l'erreur inexcusable.

15 - Cette dernière, à l'origine, était comprise comme l'erreur grossière, qui démontre une naïveté coupable de son auteur. La faute ainsi commise devait dès lors priver celui-ci du droit de demander la nullité du contrat en invoquant cette erreur (24). Pour certains, elle rendrait même improbable une telle méprise, ce qui les amène à nier l'existence de la notion d'erreur inexcusable (25). D'autre part, toujours selon la doctrine classique, l'erreur inexcusable, cette fois sur le terrain du dol, aurait établi le caractère licite de la manoeuvre l'ayant déterminée ; dans ce cas, en effet, une telle manoeuvre serait inoffensive et pourrait être assimilée au *dolus bonus*. Toutefois, le droit contemporain s'est orienté vers une autre conception de l'erreur inexcusable. Elle est certes toujours fondée sur la faute de son auteur ; en revanche, celle-ci ne prend plus sa source dans l'épaisseur de l'erreur commise, mais dans la violation du devoir de se renseigner qui pèse sur le cocontractant. Commet une erreur inexcusable le cocontractant qui aurait dû savoir, soit parce qu'il avait l'obligation de s'informer, soit parce qu'il aurait dû avoir la conscience de la nécessité de le faire. Comme l'écrit Mme Fabre-Magnan (26), « il est à l'heure actuelle possible d'inclure la notion d'erreur inexcusable dans celle, plus large, du devoir de s'informer ». En d'autres termes, « dire qu'il existe un devoir de s'informer revient en pratique à qualifier d'illégitime l'ignorance de l'information » (27). L'existence d'une erreur inexcusable suppose donc la *reconnaissance préalable d'un devoir de se renseigner* et l'inexécution fautive de ce devoir par la victime de l'erreur. Or une telle situation n'est pas compatible avec une réticence dolosive.

16 - On admet en effet aujourd'hui que « la prise en compte de [cette] réticence met en évidence l'émergence d'une obligation précontractuelle de renseignement » (28). Une doctrine autorisée enseigne même qu'une telle réticence n'est pas autre chose que « la sanction de la violation intentionnelle d'une obligation précontractuelle d'information » (29). Certes, la violation d'un tel devoir de renseignement n'est pas en soi suffisante. Elle doit en effet avoir eu lieu en connaissance de cause et avoir déterminé une erreur de l'autre partie. Sans quoi, elle ne saurait donner lieu qu'à l'octroi de dommages-intérêts et non au prononcé de la nullité de l'acte. Il n'en demeure pas moins que, pour être caractérisée, la réticence dolosive suppose *établie au préalable l'existence d'une obligation de renseignement à la charge de la partie qui s'est tue*, alors qu'elle aurait dû informer l'autre. C'est si vrai que la jurisprudence décide qu'il ne saurait y avoir de réticence dolosive soit lorsque le cocontractant s'est parfaitement conformé à son obligation de renseignement (30), soit, à plus forte raison, lorsqu'il n'existait aucune obligation de cette nature à sa charge (31). La jurisprudence, comme la doctrine, rattache donc indubitablement la réticence dolosive à l'existence d'une obligation d'information d'une partie par l'autre. Comme l'écrit encore Mme Fabre-Magnan (32), « il apparaît ainsi que la réticence dolosive est *toujours* directement la violation d'une obligation d'information ». Dans ces conditions, il faut alors bien admettre qu'il ne saurait y avoir de coexistence possible entre la réticence dolosive de l'un et l'erreur inexcusable de

l'autre (33).

17 - L'on ne saurait admettre en effet que l'une des parties ait l'obligation d'informer l'autre, alors que celle-ci avait elle-même le devoir de se renseigner. La cohérence interne du système juridique s'y oppose (34). En réalité de deux choses l'une. Ou l'on peut reprocher à l'une des parties une réticence dolosive ; c'est qu'elle avait alors le devoir d'informer l'autre sur les éléments déterminants du contrat et cette dernière se trouvait dès lors dispensée de se renseigner elle-même. N'étant pas liée par un devoir de se renseigner, elle ne pouvait donc pas commettre d'erreur inexcusable au sens moderne du terme. Aucune faute ne peut lui être reprochée et ne saurait la priver du droit d'invoquer la réticence dont elle a été victime. Ou bien au contraire la partie victime de l'erreur avait le devoir de se renseigner, mais alors elle ne pouvait *en même temps être créancière d'une obligation d'information* pesant sur son cocontractant. En gardant le silence, ce dernier ne commet dès lors aucune faute et sa réticence ne saurait par conséquent être considérée comme dolosive. Il faut donc bien se résoudre à ce constat. La réticence dolosive et l'erreur inexcusable sont des notions *exclusives l'une de l'autre*. Pour admettre le caractère dolosif de la réticence, il convient en réalité d'avoir vérifié au préalable que l'erreur commise par l'autre partie n'était pas inexcusable. Il ne faut donc pas dire, comme la Cour de cassation, que « la réticence dolosive *rend* toujours excusable l'erreur provoquée », mais que « la réticence dolosive *suppose* toujours excusable une telle erreur ». Certains auteurs, il est vrai, paraissent adopter une conception plus large de la réticence dolosive.

B - 18 - L'on a en effet jusqu'alors essentiellement raisonné à partir de la conception classique de la réticence dolosive qui prend appui sur l'existence d'une obligation particulière d'information, dont le cocontractant resté silencieux était débiteur. Toutefois, un certain nombre d'auteurs, prônant une conception morale ou « solidariste » du contrat (35), considèrent que la réticence dolosive ne se fonde pas sur une obligation précise d'information, mais constitue au contraire la sanction d'un devoir *général de loyauté et de bonne foi*, si bien que le silence gardé *intentionnellement* par une partie caractériserait *toujours* de sa part une réticence dolosive, excusant ainsi *dans tous les cas* l'erreur commise par l'autre partie. Un auteur (36) partisan de cette conception du contrat écrit notamment que « dès lors que la réticence est motivée par le désir de tromper ou *de ne pas détromper*, afin de conclure le contrat, il s'agit d'une attitude déloyale qui doit être sanctionnée par la nullité et/ou des dommages-intérêts, ce qui suppose que l'on refuse à l'auteur de la réticence la possibilité d'invoquer une erreur inexcusable de son cocontractant pour faire échec à ces sanctions ; l'erreur provoquée (*sic*) *déloyalement* serait ainsi *toujours* excusable ». La solution classique, qui considère au contraire que la réticence d'une partie ne saurait être dolosive lorsque l'erreur commise par l'autre est une erreur inexcusable, procéderait donc d'une conception trop restrictive de la réticence dolosive, issue d'une vision libérale mais contestable du droit des contrats ; mais une conception moderne et juste de cette réticence permettrait au contraire d'expliquer que l'erreur inexcusable soit toujours absoute par celle-ci. Cette vision des choses est certes séduisante, mais elle ne résiste pas, elle non plus, à l'examen.

19 - On remarquera tout d'abord que même les auteurs partisans de cette conception de la réticence dolosive reconnaissent que celle-ci « a partie liée avec l'obligation d'information » qui pèse sur les parties (37). En réalité, la règle morale ne pouvant être prise en compte, au titre de l'article 1116 du code civil, qu'en parvenant à la vie juridique, l'on est bien obligé d'admettre que reconnaître à l'encontre de chacune des parties un devoir précontractuel de loyauté revient à leur imposer, là aussi, une obligation d'information au bénéfice de l'autre. M. Jamin (38) écrit d'ailleurs que, pour que la réticence soit sanctionnée, « il faut admettre au préalable que la personne qui se tait commet une faute, ce qui signifie qu'elle était tenue de transmettre une information... à son futur contractant » ; il reconnaît bien ainsi, implicitement certes, mais nécessairement que, pour qu'il y ait réticence dolosive, il faut d'abord avoir admis que l'auteur de cette réticence était

débiteur d'une obligation d'information au bénéfice de l'autre partie. On se trouve dès lors inévitablement ramené à la problématique rencontrée dans la conception classique de la réticence dolosive (39). L'admission d'une telle obligation d'information ne se conçoit que si la victime de l'erreur n'a pas elle-même l'obligation de s'informer. Si au contraire cette partie, pour une raison particulière, a le devoir de s'informer elle-même, son cocontractant n'est plus alors tenu d'aucune obligation d'information à son égard et son silence ne peut par conséquent être coupable : il ne saurait dès lors être dolosif.

20 - En réalité, l'apport essentiel de la théorie solidariste est de substituer aux obligations précontractuelles particulières d'information de la théorie classique une véritable obligation générale d'information du partenaire contractuel lors de la phase de conclusion du contrat. Toutefois, même dans cette conception des rapports contractuels, l'on ne peut faire abstraction de ce que, dans certains cas de figure, l'une des parties puisse se voir imposer, *par exception*, un devoir de se renseigner soi-même. Ce devoir particulier de s'informer *déroge* alors à l'obligation générale d'informer l'autre. Le devoir de se renseigner soi-même et le droit d'être informé par l'autre étant en effet antinomiques, l'on se trouve en présence d'une opposition de normes, qui se résout par application de la maxime *specialia generalibus derogant* (40). La règle *générale*, imposant à chaque partie une obligation d'information de l'autre, doit donc céder devant la règle *spéciale* maintenant pour l'une d'entre elles le devoir de se renseigner. L'autre partie, dégagée de son obligation d'information, peut dès lors garder le silence sans commettre de dol. A l'inverse, le cocontractant qui conserve le devoir de se renseigner commet une erreur inexcusable, laquelle lui interdit de se prévaloir de la réticence de l'autre partie. Ainsi, même dans la conception solidariste des rapports contractuels, l'erreur inexcusable d'une partie empêche la réticence commise par l'autre d'être dolosive.

21 - Pour qu'il en soit autrement, il faudrait en réalité faire prévaloir de *façon absolue* le devoir d'information de chaque partie, en se refusant à admettre l'existence d'exceptions au devoir de loyauté précontractuel. Ce devoir d'information supplanterait dès lors *toujours* le devoir de s'informer soi-même ; mais ainsi, il ne serait plus possible de faire jouer un rôle quelconque à l'erreur inexcusable, non seulement sur le terrain du dol, mais aussi sur celui de la nullité pour erreur, puisqu'un contractant n'aurait plus *jamais* le devoir de s'informer lui-même. Or les partisans de la solution de la Cour de cassation n'admettent pas cette disparition générale de l'erreur inexcusable. Ils considèrent au contraire que celle-ci doit encore faire obstacle à la nullité sur le fondement de l'article 1110 du code civil (41). On ne peut cependant admettre cette façon de faire car, que l'on se situe sur le terrain de l'erreur ou sur celui du dol, le problème à résoudre est le même. Face à la partie victime d'une erreur, il y a toujours un cocontractant qui s'est refusé à la détromper. Dès lors, ou ce comportement est légitime et la réticence ne saurait être dolosive, ou il ne l'est pas et c'est qu'alors le cocontractant avait l'obligation de renseigner l'autre et qu'ainsi l'erreur commise par ce dernier ne relève pas de la catégorie de l'erreur inexcusable ; et il en est alors nécessairement ainsi que l'action soit fondée sur l'article 1110 ou sur l'article 1116 du code civil (42).

22 - En réalité, même dans la conception solidariste des rapports contractuels, on ne peut procéder, comme certains auteurs le préconisent, par comparaison de la gravité respective des fautes commises par les parties, en considérant que le silence intentionnellement gardé par l'un doit être de préférence sanctionné à la faute de négligence, moins grave, commise par l'autre (43). En effet, si l'une des parties a le devoir de s'informer, la faute qu'elle commet en ne se renseignant pas ne peut être comparée à aucune autre puisque, par hypothèse, l'autre partie ne peut pas, dans ce cas, avoir l'obligation de l'informer. Son silence ne peut, par conséquent, être fautif. Il ne s'agit donc pas de comparer une faute involontaire à une faute intentionnelle, mais de comparer une faute, certes de négligence, mais une faute quand même, à un comportement qui demeure quant à

lui parfaitement irréprochable. On ne peut donc pas considérer, en se livrant à une appréciation morale, que le silence, même intentionnellement gardé par une partie, excuse toujours l'erreur commise par l'autre. Il en va nécessairement autrement lorsque cette partie conserve, par exception, le devoir de se renseigner elle-même. Il faut donc bien l'admettre, l'adoption d'une conception morale de la réticence dolosive ne modifie en rien la solution du problème. Il n'y a en réalité pas lieu de s'en étonner.

23 - Une telle conception de la réticence dolosive met en effet essentiellement l'accent sur la mauvaise foi, c'est-à-dire sur l'intention malveillante de la partie ayant gardé le silence ; or, en matière de dol, l'intention ne crée pas l'obligation. L'élément intentionnel exigé en ce domaine l'est seulement à titre de condition *supplémentaire*, pour distinguer le dol de la faute simple. Il convient néanmoins au préalable de constater la violation d'une obligation d'information par l'auteur de la réticence. Or, sur ce point, raisonner en terme de morale et non en terme de droit ne change pas les données du problème. En effet, les notions de bonne foi ou de loyauté, selon les dictionnaires en usage, font référence à la fidélité aux *engagements* ou au respect scrupuleux des *obligations* que l'on a souscrites. La mise en oeuvre de ces notions suppose donc elle aussi que soit déjà établie l'existence de telles obligations. En leur absence, aucune déloyauté ne saurait être reprochée aux partenaires contractuels. Lorsqu'une partie n'est débitrice d'aucune obligation de renseignement, elle ne saurait commettre de déloyauté en restant silencieuse, même à dessein. Faute d'obligation de parler, il ne saurait en effet y avoir de sa part malhonnêteté à se taire. Dans ce cas, par conséquent, même volontaire, la réticence ne peut être dolosive. D'ailleurs, selon la doctrine solidariste elle-même, il ne peut y avoir réticence dolosive que si « un cocontractant, par son silence volontaire, manque à la bonne foi sur laquelle son cocontractant était en droit de compter » (44). Or, précisément, si ce cocontractant, parce qu'il devait se renseigner, ne pouvait compter sur rien, il ne saurait se plaindre d'une réticence dolosive de l'autre. La règle selon laquelle la réticence dolosive d'une partie suppose établi préalablement que l'autre n'ait pas commis d'erreur inexcusable n'est donc pas liée, contrairement à ce que l'on a pu croire, à la conception classique de la réticence dolosive. Elle relève en réalité de la pure logique juridique.

24 - Certes, les deux conceptions de la réticence dolosive ne sont-elles pas strictement équivalentes, bien au contraire. Dans la conception classique, en effet, le principe étant que chacun doit veiller à ses propres intérêts et se renseigner sur l'objet du contrat ou la personne avec qui il contracte, la réticence d'une partie n'est pas en principe constitutive d'un dol. Il n'est dérogé à ce principe que lorsqu'il existe une obligation particulière pour une partie d'informer l'autre ; mais dans cette conception, la prise en considération de la réticence dolosive fait figure *d'exception*, la règle étant l'erreur inexcusable. Au contraire, dans la conception solidariste de la réticence dolosive, chaque partie ayant le devoir d'informer l'autre et se trouvant dès lors dispensée de se renseigner soi-même, le silence gardé par l'une est normalement coupable, tandis que l'erreur commise par l'autre est en principe excusable. Toutefois, lorsque par exception une disposition oblige une partie à se renseigner elle-même - et l'on ne peut exclure une telle hypothèse si l'on maintient la notion d'erreur inexcusable sur le fondement de l'article 1110 du code civil - , l'on en revient inéluctablement à la solution qui est la règle dans la conception classique : le silence même intentionnellement gardé par une partie est légitime, parce que l'erreur commise par l'autre est inexcusable. Cette fois-ci, néanmoins, cette règle fait figure d'exception.

25 - Il existe donc bien une différence entre les deux conceptions, classique et moderne, de la réticence dolosive ; mais cette différence tient essentiellement aux domaines respectifs que chacune de ces théories assigne à la réticence dolosive elle-même et à l'erreur inexcusable. En revanche, que l'on adopte l'une ou l'autre de ces théories, les rapports que ces deux notions entretiennent entre elles demeurent inchangés. Ces rapports sont dans tous les cas des rapports d'exclusivité, parce que l'on se trouve en présence de notions incompatibles. L'obligation

d'informer l'autre cesse nécessairement lorsque l'autre a le devoir de se renseigner soi-même. *L'erreur inexcusable constitue donc toujours une limite à la possibilité de sanctionner le silence gardé, même intentionnellement, par l'autre partie.* Les auteurs contemporains (45) n'affirment d'ailleurs pas autre chose lorsqu'ils enseignent que l'obligation précontractuelle d'information rencontre naturellement sa limite dans le devoir de l'autre de se renseigner soi-même ou que « l'ignorance inexcusable » du cocontractant doit le priver de son action en justice tendant à obtenir la nullité du contrat ou des dommages-intérêts. De ce point de vue, la position de la Cour suprême, dans son arrêt de 2001, est donc beaucoup trop radicale (46). On ne peut en tout cas pas dire, comme la Cour de cassation, que la réticence volontaire d'une partie rend toujours l'erreur commise par l'autre excusable. Ce serait même plutôt le contraire, puisque c'est en réalité l'erreur inexcusable qui rend toujours légitime le silence gardé par l'autre partie. En revanche, la réticence dolosive en toute hypothèse « suppose le silence gardé par le cocontractant sur une circonstance ou un fait que son cocontractant était excusable de ne pas connaître » (47). C'est la formule qu'énonçait naguère la Cour de cassation et dont, au vrai, elle n'aurait jamais dû se départir. Reste alors à déterminer, lorsqu'une partie invoque la réticence de l'autre pour obtenir la nullité du contrat, si elle était bien en droit d'être informée par son cocontractant ou si, au contraire, elle devait se renseigner elle-même sur la circonstance, objet de son erreur.

III - 26 - Le moins que l'on puisse dire est que, sur ce point, la jurisprudence manque de lisibilité (48). Elle est en effet déchirée - et l'on n'en sera évidemment pas surpris - entre les deux courants doctrinaux existants, le courant classique et libéral, exigeant de chacun qu'il veille d'abord lui-même à ses propres intérêts, et le courant contemporain, moral et solidariste, qui permet au contraire à chacun de faire confiance à l'autre, parce que chaque partie se trouve débitrice à l'égard de son cocontractant d'une obligation d'information. Nombre de décisions actuelles se rattachent au demeurant à ce dernier courant, en considérant que, par principe, une partie est en droit de faire confiance à l'autre et d'exiger d'elle une information loyale (49) ; mais certaines procèdent encore du courant traditionnel, en refusant d'admettre la réticence dolosive en l'absence d'obligation particulière d'information pesant sur l'auteur de cette réticence. Faute d'une telle obligation, la victime aurait en effet toujours le devoir de se renseigner elle-même et son erreur devrait dès lors être qualifiée d'inexcusable, ce qui exclurait la réticence dolosive de l'autre (50). Quant à la doctrine, elle considère généralement que tout doit dépendre de « la force persuasive de l'auteur du dol et de la capacité de vérification de la victime » (51). Tout serait donc affaire d'espèce, ce qui justifierait que la Cour de cassation s'en remette normalement au pouvoir souverain des juges du fond (52), mais ce qui expliquerait aussi le manque de lisibilité, déjà souligné, de la jurisprudence actuelle.

27 - Pour être tout à fait juste, il faut pourtant reconnaître que quelques lignes de force se dessinent dans le droit positif. Les juges admettent plus facilement une obligation précontractuelle d'information lorsque l'une des parties a une difficulté sérieuse, voire une impossibilité d'accéder à l'information, alors que l'autre, non seulement en est détenteur, mais connaît pertinemment son caractère déterminant pour son cocontractant, soit encore lorsque, en raison de la nature du contrat ou de la qualité d'une partie, l'autre est en droit de faire confiance à celle-ci et de compter sur sa coopération lors de la conclusion du contrat (53). Certes, une telle conception des rapports contractuels se rattache encore à la conception classique, l'obligation d'informer son cocontractant n'étant pas la règle mais devant au contraire être justifiée par des circonstances particulières. Il reste que, ainsi comprises, celles-ci permettent néanmoins de faire une large place à une telle obligation. Il ne faut pas alors forcer beaucoup les choses pour renverser les solutions et considérer que chaque partie à l'obligation d'informer l'autre, sous la réserve toutefois que celle-ci, de par sa position de supériorité technique ou économique, ne dispose pas d'une facilité d'accès à l'information recelée par l'autre. Dans ce cas, par exception,

l'erreur qu'elle pourrait éventuellement commettre serait inexcusable et la réticence de l'autre partie du même coup légitime, en l'absence d'obligation d'information mise à sa charge.

28 - C'est bien cette dernière conception, en définitive, qu'il paraît préférable d'adopter. Elle semble tout d'abord la plus proche du droit positif, puisque celui-ci admet aujourd'hui que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter » (54). La réticence dolosive, et l'obligation d'information qui la fonde, paraissent donc bien le principe. Cette conception semble aussi la plus opportune et la plus juste. Il convient seulement de réserver l'hypothèse où l'on se trouve en présence d'une partie qui se plaint d'une erreur ou d'une réticence dolosive alors que, en raison de sa qualité ou de sa position, elle disposait d'un accès facile à l'information décisive pour la conclusion du contrat. Il n'y a plus en effet, dans ce cas, de raison particulière pour la faire bénéficier d'un quelconque droit à l'information, puisqu'elle pouvait de toute façon se renseigner elle-même sans difficulté. La sécurité des affaires serait ainsi préservée, sans que soient méconnues pour autant les exigences de la justice contractuelle.

29 - Ainsi, le professionnel qui contracte avec un autre professionnel dans la spécialité qui est la sienne ne devrait pas pouvoir invoquer la réticence de son cocontractant pour obtenir la nullité du contrat, dès lors au moins qu'il a disposé d'un égal accès à l'information. De même, pour en revenir à l'exemple cité au début de cette chronique, il paraît légitime que l'employeur, qui est en position de force par rapport au salarié lors de l'embauche, soit considéré comme inexcusable de ne pas s'être renseigné sur celui-ci et ne puisse dès lors invoquer la réticence du travailleur, même consciente et volontaire, à titre de dol. Une telle solution paraît tout à fait justifiée, dans la mesure où l'employeur dispose en réalité, grâce aux *moyens* que lui offre le droit, de la possibilité réelle et concrète de vérifier si les candidats présentent les qualités requises pour occuper l'emploi offert. On a certes pu trouver la solution trop sévère pour les employeurs ; notamment, dans l'arrêt du 3 juillet 1990 (55), il a pu paraître déraisonnable d'imposer au chef d'entreprise de rechercher auprès de tous les greffes des tribunaux de commerce de France le passé professionnel du salarié (56). Tel n'était pourtant pas ce qui était demandé à l'employeur ; il lui aurait suffi en réalité de faire preuve d'un peu plus de curiosité auprès du candidat à l'embauche en le questionnant sur le sort de cette société. Le salarié aurait dû alors répondre de bonne foi, ce qui aurait renseigné l'employeur ou, en cas de mensonge, lui aurait permis d'obtenir la nullité du contrat au titre du dol classique (57).

30 - En définitive, le critère le plus pertinent pour déterminer s'il convient de faire prévaloir le droit d'une partie à l'information ou le devoir de chacun de se renseigner soi-même paraît donc bien être le critère de l'accessibilité de cette partie à l'information recelée. La réticence dolosive d'une partie prend alors la forme d'une rétention d'informations, déterminantes pour la conclusion du contrat, mais inaccessibles à l'autre ou, à tout le moins, difficilement accessibles. Ce qui a amené très justement le Doyen Carbonnier à comparer la réticence dolosive à un véritable *délit d'initiés* (58). Et l'auteur d'en déduire alors logiquement que « la réticence se dissout d'elle même lorsque l'information est raisonnablement accessible : il n'est de réticence qu'envers un contractant qui est excusable de ne pas savoir ». Au contraire, celui qui doit savoir ne peut invoquer la réticence dolosive de l'autre partie parce que son erreur est alors inexcusable. C'est le point de vue qui a été soutenu tout au long de cette chronique. Pour un travailliste qui s'est audacieusement aventuré sur les terres étrangères du droit civil, il est finalement plutôt rassurant de constater qu'il s'y retrouve en compagnie... d'un des plus illustres civilistes de notre temps.

SEANCE 5 et 6

FORMATION DU CONTRAT

L'objet et La cause

L'OBJET :

I. – Jurisprudence

- **Caractère certain (existence de l'objet)**
- Soc., 18 mai 1999 : Bull. civ. V, n° 222.
- Exemple de la vente d'une chose future : Civ. 1ère, 30 novembre 1982, Inédit.
- **Caractère déterminé ou déterminable**
- Civ. 1ère, 23 mai 1995 : Bull. civ. I, n° 214.
- Civ. 1ère, 19 novembre 1996 : Bull ; civ. I, n° 275.
- Com., 28 février 1983 : Bull. civ. IV, n° 86.
- Civ. 1ère, 13 mars 1973 : Bull. civ. I, n° 214.
- Civ. 1ère, 12 novembre 1974 : Bull. civ. I, n° 301.
- Civ. 1ère, 12 décembre 1989 : Bull. civ. I, n° 318.
- Com., 12 février 1974 : Bull. civ. IV, n° 54.
- Com., 11 octobre 1978 (2 arrêts) : Bull. civ. IV, n° 223 et 224.
- Com. 9 novembre 1987 : Bull. civ. IV, n° 237.
- Com., 22 janvier 1991 : Bull. civ. IV, n° 36.
- Civ. 1ère, 29 novembre 1994 : Bull. civ. I, n° 348.
- AP, 1er décembre 1995 (4 arrêts) : Bull. AP., n° 7, 8 et 9.
- **Caractère licite**
- AP, 31 mai 1991 : Bull. AP., n° 4
- Com., 24 septembre 2003 : Bull. civ. IV, n° 147
- Civ. 1ère, 7 février 1990 : Bull. civ. I, n° 38
- Civ. 1ère, 7 novembre 2000 : Bull. civ. I, n° 283

II. – Doctrine

- G. Pignarre, *A la redécouverte de l'obligation de praestare, Pour une relecture de quelques articles du code civil*, RTD Civ. 2001 p. 41
- A. Arsac-Ribeyrolles, *L'abus à la baisse dans la fixation du prix*, Petites affiches 27 janvier 2006, n° 20, p. 10
- G. Loiseau, *Typologie des choses hors du commerce*, RTD Civ. 2000 p. 47

LA CAUSE :

I. – Jurisprudence

- Existence de la cause
- Cass. civ.1ère, 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.800
- **Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632**
- **Cass. Civ. 1ère, 11 mars 2003 : Bull. Civ. I, n° 67 ; JCP G, 2003, I, 142, obs. J. Rochfeld ; *RTD civ*, 2003, p. 387, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC*, 2003, p. 39, note D. Mazeaud.**
- **Cass. Com., 30 mai 2006 : *RLDA*, sept. 2006, n° 8.**
- **Cass. com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10452.**

- Licéité de la cause
- Cass. civ.1ère, 7 oct. 1998, *D.* 1998.56, concl. Sainte-Rose ; *JCP G* 1998.II.10202, note Maleville.
- Cass. civ.1ère, 3 févr. 1999, ***D.* 1999, p. 267, note J.-P. Langlade O'Sughrue ; *D.* 1999, somm., p. 307, obs. M. Grimaldi ; *RTD Civ.*, 1999, p. 364 ;** *JCP G* 1999.II.10083, note Billiau et Loiseau.
- Ass. plén. 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11238, *D* 2004.3175, note Vigneau ; *JCP G* 2005.II.10011, note Chabas.

II. – Doctrine

- **D. MAZEAUD, RDC, 2008 n° 2, p. 231.**
- **Ch. LARROUMET, De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats), Dalloz 2008, p. 2441.**
- D. MAINGUY, *Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats*, *Dalloz* 2009, p. 308.

Pour aller plus loin, rechercher :

- **J.-P. CHAZAL, Théorie de la cause et justice contractuelle : JCP 1998, I, 152.**
- **J. GHESTIN, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006.**
- **D. MAZEAUD, La cause,** in **1804-2004, Le code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 451 et s.**
- **D. MAZEAUD, Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? Dalloz, 2010, p.1862.**
- **B. FAGES, Autour de l'objet et de la cause : RDC 2006/1, 37.**
- **X. LAGARDE, Sur l'utilité de la théorie de la cause : Dalloz 2007, chron. 740.**
- **P. MALINVAUD, Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes : Dalloz 2008, p. 2551.**
- **O. TOURNAFOND, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français : Dalloz 2008, p. 2607.**
- **J. MOURY, Une embarrassante notion : l'économie du contrat : Dalloz 2000, chron. p. 382.**
- **A. ZELCEVIC-DUHAMEL, La notion d'économie du contrat en droit privé : JCP 2001, I, 300.**
- **P. REIGNE, De l'absence de cause à la cause impossible : Dalloz 1997, p. 500.**

EXERCICES

Séance 5 :

- Retracer et expliquer l'évolution de la jurisprudence en matière de prix dans les contrats cadres.
- Cas Pratique

Le docteur Shepherd, ophtalmologiste à Montpellier, décide de tout quitter et de partir s'installer en Lozère. Malheureusement pour lui, les problèmes s'accumulent, il vient vous consulter.
Il a cédé sa clientèle de Montpellier à un jeune confrère, qui n'a cependant pas souhaité racheter le matériel médical du Docteur Shepherd, disposant d'outils plus sophistiqués.
Le Docteur Shepherd s'adresse alors à une agence spécialisée dans la vente de matériel d'occasion, pour qu'elle conserve ce matériel dans l'attente de lui trouver un acquéreur.
Un confrère concurrent jaloux de n'avoir pu acquérir le cabinet du Docteur Martin, le menace d'agir en justice et de faire annuler la cession de clientèle au motif qu'elle est illicite.

La compagne du Docteur Shepherd, Meredith, accepte de le suivre dans le petit hameau lozérien, à condition qu'ils y ouvrent un magasin de location de costumes et perruques. Le Docteur et sa compagne signent ainsi un contrat de location portant sur près de mille costumes, moyennant le versement de la somme de 15 000 euros.
Six mois plus tard, ils n'ont réussi à louer qu'une dizaine de costumes. Le Docteur Shepherd se rend bien compte que ce commerce est voué à l'échec…

Séance 6 :

- **Analyse des différents arrêts concernant la cause.**
- **Commentaire d'arrêt rédigé : Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632**

L'OBJET

I. – Jurisprudence

- **Soc., 18 mai 1999**

Sur le second moyen :

Vu les articles 1108 et 1126 du Code civil ;

Attendu que Mme Castillo, exerçant les fonctions d'employée de bureau au service de la société Friand central, a été licenciée pour motif économique le 15 février 1994 ; que le 16 mars 1994, elle a signé une transaction prévoyant la renonciation à son droit au paiement de l'indemnité de licenciement à condition que son " reclassement " soit obtenu, par l'intermédiaire de son ex-employeur dans les douze mois suivant son départ de l'entreprise ; que, selon l'article 2 de la transaction, le " reclassement s'entend de tout emploi retrouvé, de quelque nature qu'il soit dans la mesure où il s'agit d'un contrat à durée indéterminée et d'une durée hebdomadaire équivalente à celle du contrat antérieur " ; que l'article 3 de la transaction stipule que " Mme Castillo s'engage à accepter tout emploi de même nature que celui qui était le sien avant son licenciement économique, sans quoi elle pourrait prétendre au versement de l'indemnité de licenciement " ; qu'invoquant la nullité de la transaction, Mme Castillo a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande en paiement de l'indemnité de licenciement ;

Attendu que pour débouter Mme Castillo de cette demande, l'arrêt attaqué énonce que les parties ayant défini le reclassement comme tout emploi trouvé par M. Jacquemain, de quelque nature, dans la mesure où il s'agit d'un contrat à durée indéterminée et d'une durée hebdomadaire équivalente à celle du contrat antérieur, Mme Castillo s'est engagée à l'accepter ; que dans un contrat synallagmatique l'objet de l'obligation à la charge de l'un constitue la cause de l'obligation contractée par l'autre, de sorte qu'en dépit d'une ambiguïté de rédaction, Mme Castillo n'était pas tenue d'accepter tout emploi de même nature, mais seulement à durée indéterminée et d'une durée hebdomadaire équivalente ; qu'en réalité, ayant renoncé à toute ambition de rémunération identique, Mme Castillo entend se dégager d'un contrat qu'elle juge maintenant défavorable ; que cette omission sur le montant du salaire n'est pas le résultat d'une erreur, et Mme Castillo n'ose d'ailleurs l'invoquer ; que la société Friand central ayant proposé une embauche par les Nouvelles galeries, Mme Castillo l'a déclinée par lettre du 12 mai 1994, jugeant insuffisantes la rémunération et les perspectives de carrière ; qu'un tel refus n'était pas justifié par les termes de l'accord du 16 mars qui ne visait ni l'une ni l'autre ; que dès le 12 mai 1994, la société Friand central avait donc exécuté son obligation ; qu'ayant envisagé l'abandon définitif de cette indemnité pour le cas où un emploi lui serait procuré, conformément aux dispositions de l'article 2 du protocole, Mme Castillo est donc déchue de tout droit à une indemnité de licenciement ;

Attendu, cependant, que la cour d'appel a constaté que l'obligation de reclassement contractée par l'employeur était de fournir à la salariée, selon l'article 2 de la transaction, un emploi de quelque nature que ce soit et, selon l'article 3, un emploi de même nature, ce dont elle a déduit, elle-même, l'existence d'une contradiction entre les deux dispositions précitées ;
Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, de ces dispositions, résultait une absence d'objet certain de la transaction, et, en conséquence, la nullité de cette dernière, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 janvier 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse.

- **Civ. 1ère, 30 novembre 1982**

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU, SELON LES ENONCIATIONS DES JUGES DU FOND, QUE, LE 27 JUIN 1980, M JEULAND, ENTREPRENEUR DE TRAVAUX AGRICOLES, A FAIT DELIVRER A M COURGEON, AGRICULTEUR, ITERATIF COMMANDEMENT A FIN DE SAISIE BRANDON ET QUE, LE 27 JUILLET DE LA MEME ANNEE, IL A FAIT PROCEDER A UNE SAISIE BRANDON PORTANT SUR DES TERRES PLANTEES DE BLE APPARTENANT A SON DEBITEUR, M COURGEON ;

QU'ULTERIEUREMENT, UN AUTRE CREANCIER DE CE DERNIER, LA SOCIETE ALIMENTATION MODERNE BROCHET, CI-APRES DENOMMEE SOCIETE BROCHET, A FAIT PROCEDER, CONFORMEMENT A L'ARTICLE 611 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE, AU RECOLEMENT DE LA RECOLTE DEJA SAISIE PAR M JEULAND, AVEC MENTION QUE LA VENTE AURAIT LIEU LE 10 AOUT 1980, MAIS QU'AU COURS DE LA NUIT DU 5 AU 6 AOUT, LE BLE AINSI SAISI-BRANDONNE A ETE RECOLTE ET ENLEVE, UNE PARTIE SEULEMENT AYANT PU ETRE RETROUVE CHEZ UN NEGOCIANT EN BLE AUQUEL IL AVAIT ETE LIVRE AU NOM DE COURGEON ;
ATTENDU QUE, LE 4 AOUT 1980, MELLE SOUVESTRE, CULTIVATRICE, A ENGAGE UNE PROCEDURE DE DISTRACTION ET RESTITUTION DE LA RECOLTE SAISIE-BRANDONNEE EN SOUTENANT QU'ELLE LUI AVAIT ETE VENDUE PAR M COURGEON SUIVANT ACTE SOUS SEING PRIVE DATE DU 26 JUIN 1980, MAIS ENREGISTRE LE 1ER JUILLET ;

QU'IL ETAIT EN PARTICULIER STIPULE DANS CET ACTE, INTITULE "ATTESTATION" QUE M COURGEON RECONNAISSAIT AVOIR VENDU A MELLE SOUVESTRE LA RECOLTE DE BLE DE PARCELLES DETERMINEES, ENSEMENCE EN 1979 ET "A RECOLTER EN JUILLET OU AOUT 1980" , CETTE VENTE ETANT FAITE"AU TITRE D'UNE RECONNAISSANCE DE D ETTES ANTERIEURES D'UN MONTANT DE 56 000 FRANCS" ET LA RECOLTE DEVANT ETRE "LIVREE CHEZ UN NEGOCIANT EN BLE ET SON MONTANT VERSE PAR LUI A MELLE SOUVESTRE" ;

QUE L'ARRET CONFIRMATIF DE LA COUR D'APPEL A DEBOUTE MELLE SOUVESTRE DE SON ACTION AU MOTIF, D'ABORD QUE LA VENTE EN BLOC DE LA RECOLTE LITIGIEUSE PORTAIT SUR DES CHOSES FUTURES DONT LE TRANSFERT DE PROPRIETE N'ETAIT POSSIBLE QU'A LA DATE DE LA RECOLTE, DE SORTE QUE JUSQU'A CELLE-CI MELLE SOUVESTRE N'AVAIT QU'UN DROIT PERSONNEL DE CREANCE SUR M COURGEON, ET NON PAS UN DROIT REEL, QUE LA SAISIE BRANDON ETAIT DONC OPPOSABLE A MELLE SOUVESTRE ;

QUE, PAR UN SECOND MOTIF, LA JURIDICTION DU SECOND DEGRE A ESTIME QU'EN TOUT ETAT DE CAUSE, LE PRIX N'ETANT NI DETERMINE NI DETERMINABLE, LA VENTE N'ETAIT PAS PARFAITE ;

ATTENDU QUE MELLE SOUVESTRE FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL D'AVOIR AINSI STATUE, ALORS QUE, D'UNE PART, LA VENTE DE LA TOTALITE D'UNE RECOLTE SUR PIED EXISTANTE ET INDIVIDUALISEE, FAITE POUR UN PRIX DETERMINE, EST UNE VENTE EN BLOC, PARFAITE AUX TERMES DE L'ARTICLE 1586 DU CODE CIVIL, QUI EMPORTE TRANSFERT IMMEDIAT DE LA PROPRIETE DES SA CONCLUSION, ET ALORS QUE, D'AUTRE PART, EN RETENANT QUE LE PRIX DE VENTE N'ETAIT NI DETERMINE, NI DETERMINABLE, LA COUR D'APPEL AURAIT DENATURE L'ACTE SOUS SEING PRIVE D'OU IL RESULTERAIT CLAIREMENT QUE LA RECOLTE AVAIT ETE VENDUE AU PRIX DE 56 000 FRANCS ;

MAIS ATTENDU QU'EN RAISON DE L'AMBIGUITE DES TERMES DE L'ACTE SOUS SEING PRIVE INTITULE "ATTESTATION" PASSE ENTRE MME SOUVESTRE ET M COURGEON, LA COUR D'APPEL A DU SE LIVRER A UNE INTERPRETATION NECESSAIRE QUI EST EXCLUSIVE DE TOUTE DENATURATION ;

QU'AINSI LA COUR D'APPEL A RELEVE QUE CET ACTE, S'IL MENTIONNAIT QUE LA VENTE ETAIT CONSENTIE "AU TITRE D'UNE RECONNAISSANCE DE DETTES ANTERIEURES D'UN MONTANT DE 56 000 FRANCS" , N'ENONCAIT PAS POUR AUTANT LE PRIX POUR LEQUEL L'ENSEMBLE DE LA RECOLTE AVAIT ETE VENDUE, ET QUE LA MENTION DU MEME ACTE, STIPULANT QUE LA RECOLTE SERAIT LIVREE A UN NEGOCIANT QUI EN REMETTRAIT LE MONTANT A MELLE SOUVESTRE, "IMPLIQUAIT BIEN QUE LE PRODUIT DE LA VENTE DEVAIT SEULEMENT ETRE VERSE A DUE CONCURRENCE DU MONTANT DE LA DETTE DE COURGEON" ;

QUE PAR CES SEULS MOTIFS, D'OU IL RESSORT QUE LE PRIX N'ETAIT NI DETERMINE, NI DETERMINABLE, LA COUR D'APPEL A LEGALEMENT JUSTIFIE SA DECISION, ABSTRACTION FAITE DU MOTIF SURABONDANT CRITIQUE PAR LA PREMIERE BRANCHE DU MOYEN ;

QUE LE MOYEN NE PEUT DONC ETRE ACCUEILLI ;

ET SUR LE SECOND MOYEN, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU QUE MELLE SOUVESTRE REPROCHE ENCORE A LA COUR D'APPEL DE L'AVOIR CONDAMNEE A PAYER LA SOMME DE DEUX MILLE FRANCS A M JEULAND ET A LA SOCIETE BROCHET, A TITRE DE DOMMAGES-INTERETS POUR APPEL ABUSIF, ALORS QUE, D'UNE PART, LA DEMANDE DES INTIMES ETAIT FONDEE SUR L'ARTICLE 559 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE, LEQUEL NE TEND QU'A LA CONDAMNATION D'UNE AMENDE CIVILE, DE SORTE QUE LES TERMES DU LITIGE AURAIENT ETE MECONNUS, ET ALORS QUE, D'AUTRE PART, LE DROIT D'INTERJETER APPEL NE DEGENERE EN ABUS QUE S'IL CONSTITUE UNE FAUTE, QUI NE SERAIT PAS CARACTERISEE EN L'ESPECE ;

MAIS ATTENDU, D'ABORD, QUE LA COUR D'APPEL N'A PAS MECONNU LES TERMES DU LITIGE PUISQUE M JEULAND ET LA SOCIETE BROCHET RECLAMAIENT BIEN DANS LEURS CONCLUSIONS DES DOMMAGES-INTERETS ET QUE L'ARTICLE 559 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE, QU'ILS VISAIENT EXPRESSEMENT, PERMET L'ATTRIBUTION DE DOMMAGES-

INTERETS EN CAS D'APPEL DILATOIRE OU ABUSIF ;

ATTENDU, ENSUITE, QUE LA COUR D'APPEL, QUI N'A FAIT QUE CONFIRMER LA DECISION DES PREMIERS JUGES, A SOUVERAINEMENT CONSTATE LA MAUVAISE FOI DE MELLE SOUVESTRE ET QU'ELLE A PU, EN CONSEQUENCE, DECIDER QUE SON APPEL ETAIT DILATOIRE ET ABUSIF ;

QUE LE MOYEN NE PEUT, DES LORS, ETRE ACCUEILLI ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU, LE 7 JUILLET 1981, PAR LA COUR D'APPEL DE RENNES

- **Civ. 1ère, 23 mai 1995**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1108 et 1129 du Code civil ;

Attendu que pour annuler le contrat conclu entre la société DPM et Mme Lauze comme ne portant pas sur un objet déterminé, l'arrêt attaqué retient que la convention, intitulée " accord de création d'un point club vidéo " prévoyait que la société DPM donne en location à Mme Lauze pour 12 mois 200 vidéogrammes afin de les proposer en location à sa clientèle, que le contrat ne mentionnait pas les titres des films, mais seulement leur genre (" karaté, enfant, policier ", etc.), de sorte que la détermination de l'objet de la location dépendait de la seule volonté du bailleur ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat stipulait au profit du locataire une possibilité d'échange gratuit " dans le cadre des besoins spécifiques à chaque point club, à concurrence de la totalité du nombre des cassettes mises en place, à la demande du client ", de sorte que la désignation de l'objet du contrat était déterminé quant à l'espèce et à la quantité, et que son identification dépendait, pour le surplus, de la volonté du locataire, et non du bailleur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 avril 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

- **Civ. 1ère, 19 novembre 1996**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt déféré (Grenoble, 8 mars 1994), que Mme Dupont a conclu avec la société nouvelle DPM (société DPM) un contrat dénommé " de création du point club Vidéo DPM " aux termes duquel, moyennant une certaine somme, elle disposerait, pour une durée de 4 mois, d'un lot de 200 cassettes vidéo ainsi que d'un lecteur de cassettes ;

Attendu que la société DPM reproche à l'arrêt d'avoir annulé le contrat alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en application des dispositions combinées des articles 1108, 1126 et 1129 du Code civil, il faut, pour la validité d'un contrat outre le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter et une cause licite dans l'obligation un objet certain qui forme la matière de l'engagement, portant sur une chose " au moins déterminée quant à son espèce " et déterminable dans sa quotité ; qu'en l'espèce, le contrat portait sur la

location de 200 cassettes vidéo dont les genres étaient déterminés et les prix fixés par catégories selon l'audience et la nouveauté des films, une faculté d'échange sans limitation en quantité et en durée étant, par ailleurs, stipulée, au profit du client, pour tenir compte " des besoins spécifiques à chaque point club " ; qu'en considérant néanmoins que l'objet du contrat dépendait de la seule volonté de la société DPM, sans rechercher si la référence à la notoriété des films et à leur " âge " ainsi que l'existence de cette clause expresse d'échange à la seule initiative du preneur n'établissaient pas le contraire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision, au regard des textes susvisés ; et alors, d'autre part, que la dénaturation du contenu d'un contrat donne ouverture à cassation ; que le grief est établi lorsque les juges du fond font abstraction d'une clause ou de partie d'un document clair et précis ; qu'en l'espèce, l'accord conclu mentionnait, outre la location de 200 cassettes vidéo dont les genres étaient définis et les prix fixés selon les séries, une faculté d'échange à l'initiative du seul preneur aux fins d'adapter le contrat aux besoins spécifiques de sa propre clientèle ; qu'en ignorant l'existence de cette clause, la cour d'appel a procédé à une lecture tronquée de l'acte, dont elle devait examiner l'ensemble avant de se prononcer sur sa validité ; qu'en conséquence c'est au prix d'une dénaturation par omission que pour annuler le contrat elle a considéré que l'objet de la location dépendait de la seule volonté du bailleur, violant ainsi l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que si des échanges de cassettes étaient prévus au contrat, seul le premier échange était gratuit, et que le contrat contenait un descriptif des cassettes en trois séries, la location des cassettes de chacune de ces séries étant d'un prix différent, l'arrêt, qui se trouvait dans la nécessité, exclusive de toute dénaturation, d'interpréter un contrat dont les termes n'étaient ni clairs, ni précis, retient que la répartition des films entre les séries " n'obéit à aucune logique et laisse ainsi à la société DPM la définition discrétionnaire de l'objet de la convention, en lui permettant de répartir, à sa guise, entre les séries, les films donnés en location, à des rémunérations différentes " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Com., 28 février 1983**

SUR LE MOYEN UNIQUE : VU L'ARTICLE 1129 ALINEA 1ER DU CODE CIVIL ;

ATTENDU QU'EN VERTU DE CE TEXTE IL FAUT, POUR LA VALIDITE DU CONTRAT, QUE L'OBLIGATION AIT POUR OBJET UNE CHOSE AU MOINS DETERMINEE QUANT A SON ESPECE ;

ATTENDU QUE, POUR CONDAMNER LA SOCIETE MANUFACTURE DE GIVONNE A PAYER A LA SOCIETE CALBERSON INTERNATIONAL UNE SOMME DONT ELLE SE RECONNAISSAIT DEBITRICE, LE JUGEMENT ATTAQUE A DECIDE QUE CETTE SOMME SERAIT DEPOSEE AU GREFFE ET N'EN SERAIT DECONSIGNEE QU'APRES QUE LE CREANCIER EUT SATISFAIT A UNE OBLIGATION QU'IL AURAIT SOUSCRITE DE FAIRE UN GESTE AU PROFIT D'UN TIERS QUI AVAIT RENDU SERVICE AUX PARTIES ;

ATTENDU QU'EN DONNANT EFFET A UNE OBLIGATION DONT L'OBJET N'EST NI DETERMINE, NI DETERMINABLE, LE TRIBUNAL A VIOLE LE TEXTE SUSVISE ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE

LE JUGEMENT RENDU LE 6 AVRIL 1981, ENTRE LES PARTIES, PAR LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE SEDAN ;

REMET EN CONSEQUENCE LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT JUGEMENT, ET POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE CHARLEVILLE MEZIERES, A CE DESIGNE PAR DELIBERATION SPECIALE PRISE EN LA CHAMBRE DU CONSEIL ;

- **Civ. 1ère, 13 mars 1973**

SUR LE MOYEN UNIQUE : ATTENDU, SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET INFIRMATIF ATTAQUE, QUE GALTIER, CULTIVATEUR, A PASSE COMMANDE DE MATERIEL A AUREMBOUT, VENDEUR DE MACHINES AGRICOLES, ET A SIGNE DEUX " BULLETINS DE COMMANDE " PORTANT INDICATION DES PRIX, ACCOMPAGNEE DE LA MENTION SUIVANTE : " PRIX ESTIMATIFS, LE PRIX EN VIGUEUR ETANT CELUI DU JOUR DE LA LIVRAISON " ;

QUE LE LENDEMAIN, IL RECEVAIT D'AUREMBOUT UN " DEVIS " REPRENANT LE CONTENU DE L'UN DES BULLETINS ET SE TERMINANT AINSI : " NOTA : LES PRIX (NE) SERONT ARRETES FERMES QU'AU MOMENT DE LA LIVRAISON " ;

QU'AYANT REFUSE DE RECEVOIR LE MATERIEL COMMANDE, IL A ETE ASSIGNE PAR AUREMBOUT EN REALISATION DE LA VENTE MAIS QUE LA COUR D'APPEL A DECIDE QUE, FAUTE POUR LES PARTIES D'ETRE CONVENUES DU PRIX, LE CONTRAT DE VENTE NE S'ETAIT PAS FORME ;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR AINSI STATUE ALORS QUE LA CLAUSEPREVOYANT AJUSTEMENT DU PRIX INDICATIF, PORTEE SUR UN BON DE COMMANDE " FERME ", SUR LA BASE DU PRIX EN VIGUEUR AU JOUR DE LA LIVRAISON, NE SAURAIT SELON LE POURVOI OTER A LA CONVENTION LE CARACTERE DE VENTE PARFAITE, QUE L'ARRET N'AURAIT ECARTE QU'AU PRIX D'UNE CONFUSION ENTRE PRIX DETERMINE ET PRIX DETERMINABLE ;

QUE CETTE CLAUSE, QUI AURAIT ETE DENATUREE, NE FERAIT EN EFFET NULLEMENT DEPENDRE CE PRIX DE LA VOLONTE DU VENDEUR DES LORS QU'ELLE VISERAIT LE " PRIX EN VIGUEUR ", RESULTANT DE L'EFFET CONJUGUE DE LA REGLEMENTATION IMPERATIVE ET DU PRIX CONSENTI PAR LE FABRICANT, DONT LE VENDEUR N'ETAIT QUE L'AGENT COMMERCIAL, ET QU'AINSI, SAUF HYPOTHESE, ETRANGERE A L'ESPECE, DE FRAUDE, CE PRIX SERAIT DETERMINABLE EXCLUSIVEMENT EN FONCTION DE CRITERES PUREMENT OBJECTIFS, CE QUE L'ARRET AURAIT REFUSE D'ADMETTRE PAR DES CONSIDERATIONS ABSTRAITES, CONTRADICTOIRES ET HYPOTHETIQUES ;

MAIS ATTENDU, QU'APPRECIANT SOUVERAINEMENT LES FAITS DE LA CAUSE, AINSI QUE LE SENS ET LA PORTEE DES DIVERS DOCUMENTS QUI LEUR ETAIENT SOUMIS, ET DONT LE RAPPROCHEMENT RENDAIT NECESSAIRE UNE INTERPRETATION EXCLUSIVE DE DENATURATION, LES JUGES DU

SECOND DEGRE ONT ENONCE " QU'EN LA MATIERE LES PRIX NE SONT PAS FIXES PAR L'AUTORITE ADMINISTRATIVE ET QUE LE PRODUCTEUR EST LIBRE DE LES DETERMINER A SON CHOIX A CHARGE SEULEMENT DE RESPECTER LES PLAFONDS DE HAUSSE AUTORISES " ET AJOUTENT QUE LES BULLETINS DE COMMANDE " NE COMPORTENT AUCUNE REFERENCE EXPRESSE OU MEME IMPLICITE A UN PRIX DETERMINE EVENTUELLEMENT PAR UN TIERS OU REVISE EN FONCTION DE CRITERES OBJECTIFS ", DE SORTE QUE LE VENDEUR " SE RESERVAIT LA LIBERTE DE FIXER LE PRIX A SON GRE SANS QUE LE CONTRAT LITIGIEUX LUI IMPOSAT AUCUN BAREME DE REFERENCE " ;

QU'ILS ONT PU EN DEDUIRE, PAR DES MOTIFS QUI NE SONT PAS ABSTRAITS, CONTRADICTOIRES NI HYPOTHETIQUES, QUE " LE PRIX DE LA VENTE N'ETANT NI DETERMINE NI DETERMINABLE LA VENTE N'A PAS ETE PARFAITE " ;

D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN N'EST FONDE EN AUCUN DE SES GRIEFS ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 29 JUIN 1971 PAR LA COUR D'APPEL DE RIOM (1RE CHAMBRE

- **Civ. 1ère, 12 novembre 1974**

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SES PREMIERE ET DERNIERE BRANCHES : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE QUE, PAR ACTE SOUS SEING PRIVE DU 15 DECEMBRE 1966, LE CREDIT SUISSE A VENDU A LA CGII LES 49 700 ACTIONS QU'IL DETENAIT DANS LE CAPITAL DE LA SOCIETE ANONYME NEUILLY-ANCELLE CONSTITUEE EN VUE DE LA CONSTRUCTION D'UN IMMEUBLE A USAGE DE LOCATION DE BUREAUX ;

QUE CETTE CESSION ETAIT FAITE MOYENNANT 1) LE VERSEMENT COMPTANT D'UNE SOMME DE 19 880 000 FRANCS, 2) LA PRISE EN CHARGE DU PASSIF DE LA SOCIETE NEUILLY-ANCELLE S'ELEVANT A 21 371 000 FRANCS, 3) LE PAIEMENT DIFFERE D'UNE SOMME SUPPLEMENTAIRE QUI SERAIT FONCTION DE L'EXCEDENT DES LOYERS BRUTS ENCAISSES PENDANT DIX ANS A COMPTER DE LA TERMINAISON DES CONSTRUCTIONS PAR LA LOCATION DE L'IMMEUBLE AU-DELA D'UN LOYER DE BASE ; QUE CE LOYER DE BASE ETAIT LUI-MEME DETERMINE PAR APPLICATION D'UN TAUX DE 12% L'AN AU PRIX DE L'OPERATION ENVISAGEE;

QUE, LE 24 SEPTEMBRE 1968, LA SOCIETE ANONYME NEUILLY-ANCELLE A ETE TRANSFORMEE EN SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE ;

QUE LE 31 OCTOBRE 1968, LE CREDIT SUISSE A CEDE A LA SOCIETE SEQUANA LA CREANCE EVENTUELLE QU'IL DETENAIT CONTRE LA CGII MOYENNANT LE PRIX DE 50 000 000 FRANCS PAYE COMPTANT ;

QUE L'IMMEUBLE AYANT ETE ACHEVE FIN 1969, LA COMPAGNIE SEQUANA, PUIS LE CREDIT SUISSE ONT ASSIGNE LA CGII EN NULLITE DE LA CONVENTION DU 15 DECEMBRE 1966, POUR INDETERMINATION DU PRIX, SUR

LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL ;

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR DECLARE RECEVABLE L'ACTION EN NULLITE DE VENTE POUR INDETERMINATION DU PRIX INTENTE PAR LE CREDIT SUISSE ET LA SOCIETE SEQUANA, AUX MOTIFS, D'APRES LE MOYEN, QUE LA CGII AURAIT RENONCE AUX FINS DE NON-RECEVOIR OPPOSEES A L'ACTION DE SES ADVERSAIRES, ALORS, QUE L'IRREVABILITE POUR DEFAUT D'INTERET EST D'ORDRE PUBLIC, INDEPENDANTE DE LA VOLONTE DES PLAIDEURS ET PEUT ETRE SOULEVEE D'OFFICE PAR LE JUGE ;

QU'EN L'ESPECE LE CREDIT SUISSE ETAIT IRRECEBABLE SOIT, PARCE QU'AYANT RECU L'INTEGRALITE DE CE QUI LUI ETAIT DU, IL N'A PLUS DE DROIT DE CREANCE A FAIRE VALOIR CONTRE LA CGII, SOIT PARCE QU'AYANT INTRODUIT SCIEMMENT LA CLAUSE LITIGIEUSE DANS LE CONTRAT, IL NE PEUT SE PREVALOIR DE SON INTENTION DOLOSIVE ET DE SA PREVOYANCE FRAUDULEUSE ;

QUE LA SOCIETE SEQUANA ETAIT EGALEMENT IRRECEVABLE N'AYANT PAS ETE PARTIE AU CONTRAT, NE POUVANT AVOIR PLUS DE DROITS QUE LE CREDIT SUISSE ET NE BENEFICIANT QUE D'UNE PARTIE DE LA CREANCE ORIGINELLE ;

MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL CONSTATE QUE LA CGII A DECLARE RENONCER AUX MOYENS D'IRRECEVABILITE QU'ELLE AVAIT SOULEVES EN PREMIERE INSTANCE A L'ENCONTRE DES ACTIONS EN NULLITE DE LA SEQUANA ET DU CREDIT SUISSE ;

QU'IL NE SAURAIT ETRE FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL DE NE PAS LES AVOIR EXAMINES D'OFFICE, ET QUE LA CGII NE PEUT LES REPRENDRE DEVANT LA COUR DE CASSATION ;

QU'ILS SONT, EN EFFET, NOUVEAUX, ET QUE MELANGES DE FAIT ET DE DROIT, ILS SONT IRRECEVABLES ;

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SA SECONDE BRANCHE ET SUR LE DEUXIEME MOYEN : ATTENDU QUE LA CGII FAIT ENCORE GRIEF A LA COUR D'APPEL D'AVOIR FAIT DROIT A CETTE DEMANDE ALORS QUE, SELON LE MOYEN, LE PRIX, AU MOMENT DE L'ASSIGNATION EN NULLITE SERAIT DETERMINE ;

QU'IL N'Y A PRIX INDETERMINE QUE SI SON MONTANT DEPEND D'ELEMENTS NON PRECISES AU CONTRAT OU DE LA VOLONTE D'UNE PARTIE ;

QUE TEL NE SERAIT PAS LE CAS EN L'ESPECE, OU LE MONTANT DU PRIX DEPENDAIT D'ELEMENTS OBJECTIFS STIPULES DANS UN CONTRAT CREANT DES OBLIGATIONS RECIPROQUES AUX PARTIES ;

QU'AINSI SE TROUVERAIT REALISEE LA DETERMINATION DU PRIX PAR DES ELEMENTS OBJECTIFS ET LE CONTROLE RECIPROQUE DES PARTIES PAR LE DROIT DE FAIRE RESPECTER LES OBLIGATIONS STIPULEES ET ACCEPTEES ;

QUE LA CONSTATATION DE CES ELEMENTS ET DE CE CONTROLE EXCLURAIT UN POUVOIR DISCRETIONNAIREDE L'UNE OU DE L'AUTRE PARTIE POUR LA DETERMINATION DE LEURS ENGAGEMENTS ;

QU'UNE DEFAILLANCE DANS LE RESPECT DE CES OBLIGATIONS NE CONSTITUERAIT PAS UNE CONDITION DE LA VALIDITE DU CONTRAT MAIS UNE FAUTE CONTRACTUELLE DANS L'EXECUTION DE BONNE FOI DE LA CONVENTION ;

MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL, APRES AVOIR RAPPELE QUE LE COMPLEMENT DE PRIX PREVU AU CONTRAT ETAIT CONSTITUE PAR LA DIFFERENCE ENTRE LES LOYERS BRUTS ET LE LOYER DE BASE, RELEVE QUE LES LOYERS BRUTS ENCAISSES DEPENDAIENT A LA FOIS DE LA SURFACE DES LOCAUX ET DU MONTANT DES LOYERS PAR UNITE DE SURFACE ;

QU'EN CE QUI CONCERNE LA SURFACE DES LOCAUX, CELLE-CI D'APRES LES PLANS PRIMITIFS ANTERIEURS A LA CONVENTION LITIGIEUSE ETAIT DE 54 122 M2 ;

QUE LE CONTRAT PREVOYAIT QUE LA CGII "S'ENGAGEAIT A UTILISER AU MAXIMUM LES POSSIBILITES DU PERMIS DE CONSTRUIRE";

QUE LA COUR D'APPEL RETIENT QUE CETTE INDICATION ETAIT TROP VAGUE POUR EXCLURE TOUTE INFLUENCE DE LA CGII QUANT A LA SURFACE DES LOCAUX ET QU'EFFECTIVEMENT L'IMMEUBLE CONSTRUIT S'ETENDAIT SEULEMENT SUR 49 654 M2 ;

QUE LA COUR D'APPEL RELEVE ENCORE QU'EN CE QUI CONCERNE LE MONTANT DES LOYERS, SI LA CONVENTION STIPULAIT QUE LE CEDANT DISPOSAIT D'UN MOIS POUR PROPOSER UN AUTRE LOCATAIRE QUE CELUI PRESSENTI PAR LA CGII, LA PREFERENCE NE DEVAIT ETRE DONNEE AU CANDIDAT DU CREDIT SUISSE QUE S'IL PRESENTAIT UNE SOLVABILITE INDENIABLE ;

QUE, DES LORS, LA POSSIBILITE D'INTERVENTION DU CREDIT SUISSE ETAIT SUSCEPTIBLE DE LIMITER LA LIBERTE D'ACTION DE LA CGII, MAIS NE LA SUPPRIMAIT PAS COMPLETEMENT PUISQU'ELLE RESTAIT JUGE DE LA SOLVABILITE DU CANDIDAT PRESENTE PAR LE CREDIT SUISSE ET CONTINUAIT A FIXER LES CONDITIONS DU CONTRAT DE BAIL, CE QUI LUI DONNAIT LA POSSIBILITE D'EVINCER LES CANDIDATS DU CEDANT AU PROFIT DES SIENS "ET DONC DE DECIDER EN DERNIER RESSORT DU PRIX DU LOYER" ET QU'EN FAIT, LA CGII A ENTENDU PROFITER AU MAXIMUM DES DROITS QUE LUI DONNAIT A CET EGARD LE CONTRAT ;

QU'ENFIN, LA COUR D'APPEL RETIENT QU'EN CE QUI CONCERNE LE PRIX DE REVIENT DE L'IMMEUBLE SUR LEQUEL ETAIT FONDE LE LOYER DE BASE, LA CGII EN ACCEPTANT UN PRIX DE REVIENT PLUS OU MOINS ELEVE SELON LES MARCHES PASSES ET LES AMENAGEMENTS DES LIEUX, AVAIT LA POSSIBILITE D'INFLUER EN FIN DE COMPTE SUR LE SUPPLEMENT DU PRIX ET POUVAIT AGIR POSTERIEUREMENT A LA CONCLUSION DU CONTRAT SUR LA SURFACE UTILISABLE, SUR LE PRIX DE REVIENT DE LA CONSTRUCTION, TOUS ELEMENTS DONT DEPENDAIT LE MONTANT DU PRIX ;

QUE CELUI-CI NE POUVAIT DONC ETRE DETERMINE INDEPENDAMMENT DU JEU DE LA VOLONTE DE LA CGII ;

QUE LA COUR D'APPEL A PU DEDUIRE DE CES APPRECIATIONS SOUVERAINES QUE LA CONVENTION LITIGIEUSE ETAIT NULLE PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL ;

SUR LE TROISIEME MOYEN, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU QU'IL EST ENCORE FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL D'AVOIR ANNULE LA CONVENTION LITIGIEUSE, ALORS QUE LES PARTS D'UNE SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE ONT UNE NATURE MOBILIERE, QUE LES PORTEURS DE PARTS NE SONT PROPRIETAIRES NI DU SOL NI DES CONSTRUCTIONS, QUE LES DECISIONS RELATIVES A L'UTILISATION DE LA SURFACE ET AU PRIX DE REVIENT SONT DONC L'OEUVRE DE LA SOCIETE PROPRIETAIRE ET NON DU PORTEUR DE PARTS, QUE LES VARIATIONS DES ELEMENTS DE PRIX ETAIENT L'OEUVRE D'UN TIERS ET NON DE L'ACQUEREUR, ET ALORS EN SECOND LIEU, A L'EGARD DE LA FIXATION DES LOYERS, QUE SI LA CGII POUVAIT DECIDER DES LOCATIONS A ACCORDER CE N'ETAIT JAMAIS SANS UNE PREALABLE DISCUSSION AVEC LE CREDIT SUISSE OU LA SEQUANA QUI ONT TOUJOURS PU EXERCER UN DROIT DE PREFERENCE PAR RAPPORT AU CANDIDAT PRESENTE ;

QUE L'ARRET ATTAQUE AURAIT DONC DENATURE LE CONTRAT ;

MAIS ATTENDU TOUT D'ABORD, QUE, DEVANT LES JUGES DU FOND, LA CGII N'A PAS SOUTENU QUE LES DECISIONS RELATIVES A L'UTILISATION DE LA SURFACE ET AU PRIX DE REVIENT ETAIENT L'OEUVRE DE LA SOCIETE NEUILLY-ANCELLE ET NON D'ELLE-MEME ;

QUE CE MOYEN EST NOUVEAU, ET QUE, MELANGE DE FAIT ET DE DROIT, IL EST IRRECEVABLE ;

ATTENDU, EN SECOND LIEU, QUE C'EST SANS DENATURER LE CONTRAT QUE LA COUR D'APPEL A DECIDE QUE LA CGII AVAIT, PAR APPLICATION DE LA CONVENTION, LA POSSIBILITE D'EVINCER LES CANDIDATS DU CEDANT AU PROFIT DES SIENS ;

QUE LE MOYEN, IRRECEVABLE EN SA PREMIERE BRANCHE, EST MAL FONDE EN SA SECONDE ;

SUR LE QUATRIEME MOYEN : ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A LA COUR D'APPEL D'AVOIR ANNULE UNE VENTE PORTANT SUR DES ACTIONS D'UNE SOCIETE ANONYME ET ORDONNE LA RESTITUTION DE PARTS D'UNE SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE, ALORS QU'UNE RESTITUTION EN NATURE NE PEUT ETRE ORDONNEE QUE SI LES CHOSES SONT DEMEUREES ENTIERES, QU'ELLES ONT GARDE UNE IDENTITE ET LEURS QUALITES SPECIFIQUES, QUE TEL N'EST PAS LE CAS LORSQUE LA CHOSE VENDUE EST CONSTITUEE PAR LES ACTIONS D'UNE SOCIETE PROPRIETAIRE D'UN TERRAIN NU, DONNANT DROIT A UNE PARTICIPATION A UN CAPITAL ET A UN PATRIMOINE SOCIAL, MAIS NE POUVANT DONNER DROIT NI A LA JOUISSANCE EXCLUSIVE DE LOCAUX NI A LA VOCATION DE LA PLEINE PROPRIETE DESDITS LOCAUX D'UN IMMEUBLE QUI N'EXISTE PAS, ET QUE LA CHOSE RESTITUEE CONSISTE EN DES PARTS D'UNE SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE DONNANT DROIT A UNE PARTICIPATION AU CAPITAL, AU PATRIMOINE SOCIAL, ET A LA JOUISSANCE EXCLUSIVE DE PARTIE

DES LOCAUX D'UN IMMEUBLE, ET, A LA VOCATION A LA PLEINE PROPRIETE DESDITS LOCAUX, QUE TEL N'EST PAS LE CAS, LORSQUE L'OBJET DE LA VENTE ETAIT UN TERRAIN NU DE 6 717 M2 ET QUE L'OBJET DE LA RESTITUTION EST UN IMMEUBLE BATI DE 49 654 M2 ;

MAIS ATTENDU QUE CE MOYEN N'A PAS ETE SOUTENU DEVANT LES JUGES DU FOND ;

QU'IL EST NOUVEAU, ET QUE MELANGE DE FAIT ET DE DROIT, IL EST IRRECEVABLE ;

SUR LE CINQUIEME MOYEN :

ATTENDU ENFIN, QUE C'EST SANS CONTRADICTION QUE LA COUR D'APPEL A RECONNU QUE LES LOYERS ETAIENT LA REMUNERATION DES SOMMES AVANCEES PAR LA CGII ET A CEPENDANT DECIDE QUE LES LOYERS SERAIENT VERSES ENTRE LES MAINS D'UN SEQUESTRE ;

D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN N'EST PAS FONDE ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 22 NOVEMBRE 1972 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS.

- **Civ. 1ère, 12 décembre 1989**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1129 du Code civil ;

Attendu qu'il est nécessaire, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée en vertu des clauses du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus ni de l'une ni de l'autre des parties ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, qu'assignée en paiement de dommages-intérêts par la société Interrent à laquelle la liait un contrat de franchisage d'une durée de cinq ans qu'elle avait unilatéralement résilié avant son expiration, la société Portier automatériel (société Portier) a opposé la nullité du contrat pour indétermination du montant de la redevance mise à sa charge par la clause prévoyant qu'en contrepartie des avantages qui lui étaient consentis, elle devait mensuellement verser à la société Interrent " une participation financière déterminée pour chaque année civile par le conseil d'administration de la société " ;

Attendu que, pour rejeter l'exception, l'arrêt énonce, par motif propre, que la clause litigieuse fait dépendre le prix de la volonté d'une des parties et que, dès lors, il n'y a plus de défaut d'accord de volontés sur le prix puisque les parties se sont entendues pour que l'une d'elles fixe celui-ci et, par motif adopté, que la participation financière imposée à la société Portier est " donc bien déterminée " ;
Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, après avoir relevé que le montant de la redevance due par cette société dépendait de la seule volonté de la société Interrent, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 juin 1988, entre les parties, par la cour d'appel de Riom ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Limoges

- **Com., 12 février 1974**

SUR LE MOYEN UNIQUE, PRIS EN SES TROIS BRANCHES : VU LES ARTICLES 1591 ET 1592 DU CODE CIVIL;

ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET DEFERE QUE LES EPOUX MARTIN-CACHERA, AYANT OBTENU DE LA SOCIETE BRASSERIE DU COQ HARDI UN PRET EN VUE DE FINANCER LEUR ACQUISITION D'UN FONDS DE COMMERCE DE DEBIT DE BOISSONS, ONT, PAR ACTE DU 3 NOVEMBRE 1961, PROMIS A LADITE SOCIETE DE SE FOURNIR EXCLUSIVEMENT AUPRES D'ELLE DES BIERES, EAUX ET LIMONADES QUI LEUR SERAIENT NECESSAIRES ET DE NE PAS CEDER LEUR FONDS SANS IMPOSER A LEUR SUCCESSEUR LA MEME OBLIGATION, LE TOUT JUSQU'A CE QU'IL LEUR AIT ETE LIVRE 2500 HECTOLITRES DE BIERE ET QUE LE PRET AIT ETE INTEGRALEMENT REMBOURSE;

QUE LES EPOUX MARTIN-CACHERA AYANT CEDE LEUR FONDS, ALORS QU'IL NE LEUR AVAIT ETE FOURNI QUE 1898,88 HECTOLITRES DE BIERE, SANS FAIRE ACCEPTER LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE SUSVISEE PAR LEURS SUCCESSEURS, LA BRASSERIE DU COQ HARDI FIT OPPOSITION ENTRE LES MAINS DE CEUX-CI SUR LE PRIX DE CESSION AUX FINS D'OBTENIR PAIEMENT DE L'INDEMNITE QU'ELLE PRETENDAIT LUI ETRE DUE EN RAISON DU PREJUDICE PAR ELLE SUBI DU FAIT DE LA VIOLATION DE CETTE CLAUSE;

QUE LES EPOUX MARTIN-CACHERA AYANT SOLLICITE LA MAINLEVEE DE CETTE OPPOSITION EN INVOQUANT LA NULLITE DE LADITE CLAUSE POUR INTERMINATION DU PRIX DES FOURNITURES QUI EN FAISAIENT L'OBJET, LA COUR D'APPEL LES A DEBOUTES DE CETTE DEMANDE ET LES A CONDAMNES AU PAIEMENT DE PARTIE DES DOMMAGES ET INTERETS A EUX RECLAMES PAR LEUR ADVERSAIRE;

ATTENDU QUE, POUR SE DETERMINER AINSI, LA COUR D'APPEL RETIENT QUE SI LES EPOUX MARTIN-CACHERA ETAIENT TENUS D'UNE OBLIGATION DE FOURNITURES EXCLUSIVES, SANS QUE FUT PRECISE A L'ACTE LE PRIX DE CES FOURNITURES, CE PRIX N'EN ETAIT PAS MOINS DETERMINABLE PARCE QUE D'UNE PART, IL ETAIT, DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES, CELUI QUI AVAIT ETE PRATIQUE ENTRE ELLES PENDANT NEUF ANS SANS SOULEVER DE PROTESTATION DE LA PART DES EPOUX MARTIN-CACHERA, D'AUTRE PART, IL CONSTITUAIT UN "PRIX DE MARCHE", FONCTION DU JEU DE LA CONCURRENCE, ET N'ETAIT DONC PAS LAISSE A LA DISCRETION DE LA BRASSERIE;

ATTENDU QU'EN SE REFERANT AINSI A DES ACCORDS SUCCESSIFS INTERVENUS POUR LA FIXATION DU PRIX D'UN CERTAIN NOMBRE DE FOURNITURES, SANS PRECISER COMMENT, EN VERTU DE LA CONVENTION ORIGINAIRE, LES PRIX DE L'ENSEMBLE DES FOURNITURES PREVUES PAR CELLES-CI ETAIENT SOUMIS, MALGRE L'OBLIGATION D'EXCLUSIVITE ASSUMEE PAR LES EPOUX MARTIN-CACHERA, AU LIBRE JEU DE LA CONCURRENCE ET NE DEPENDAIENT DONC PAS DE LA SEULE VOLONTE DE LA BRASSERIE DU COQ HARDI, LA COUR D'APPEL N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION;
PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE L'ARRET RENDU, ENTRE LES

PARTIES, LE 26 MAI 1972 PAR LA COUR D'APPEL DE DOUAI;

REMET, EN CONSEQUENCE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL D'AMIENS.

- **Com. 11 octobre 1978**

ARRET n° 1

SUR LE PREMIER MOYEN : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET DEFERE (PARIS, 18 OCTOBRE 1976) QUE, SUIVANT ACTE DU 1ER JUIN 1971, LA SOCIETE EUROPEENNE DE BRASSERIE (SEB) S'EST PORTEE CAUTION DU REMBOURSEMENT D'UN PRET CONSENTI A PORTELLA, DEBITANT DE BOISSONS ;

QU'EN CONTREPARTIE DE CET ENGAGEMENT, IL ETAIT PREVU A L'ACTE QUE PORTELLA S'ENGAGEAIT, POUR UNE CERTAINE DUREE ET JUSQU'A LA FOURNITURE D'UNE CERTAINE QUANTITE DE BIERE, A S'APPROVISIONNER DE BOISSONS UNIQUEMENT AUPRES DE LA SEB OU DE TOUT FOURNISSEUR PAR ELLE DESIGNE ;

QUE PRETENDANT QUE PORTELLA AVAIT MANQUE A CETTE OBLIGATION, LA SEB L'A ASSIGNE EN PAIEMENT DU MONTANT DE LA CLAUSE PENALE PREVUE AU CONTRAT ;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A L'ARRET DE L'AVOIR DEBOUTEE DE CETTE DEMANDE EN DECLARANT NULLE LA CLAUSE DE FOURNITURE EXCLUSIVE SUSVISEE, AUX MOTIFS, SELON LE POURVOI, QUE LE PRIX DES MARCHANDISES EN FAISANT L'OBJET N'ETAIT PAS DETERMINE, AU SENS DE L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL, ALORS QUE CE TEXTE NE S'APPLIQUE, A PEINE DE NULLITE, QU'AU CONTRAT DE VENTE, QUE LE CONTRAT DE FOURNITURE EXCLUSIVE NE PEUT ETRE CONSIDERE COMME UN CONTRAT DE VENTE, QUE LA COUR D'APPEL LUI DENIE EXPRESSEMENT CETTE QUALIFICATION ET RELEVE AU CONTRAIRE "QU'IL S'AGIT LA, EN REALITE, D'UN CONTRAT DE FOURNITURES CONSTITUANT UNE CONVENTION-CADRE, EN VERTU DE LAQUELLE DOIVENT ETRE CONCLUES CES VENTES", QUE SEULES CES DERNIERES DOIVENT DES LORS REMPLIR LA CONDITION PREVUE A L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL MAIS QUE, DANS LE CAS CONTRAIRE, LA NULLITE EN RESULTANT NE PEUT FRAPPER LE CONTRAT-CADRE DE FOURNITURE LUI-MEME, QUE CE DERNIER SE DISTINGUE D'AUTANT MIEUX DES CONTRATS D'APPLICATION DES VENTES QU'EN L'ESPECE CES DERNIERES ETAIENT CONCLUES ENTRE LE DETAILLANS ET LES GROSSISTES ET QUE LE FABRICANT Y ETAIT ETRANGER AINSI QUE CE DERNIER L'AVAIT SOUTENU DANS UN MOYEN PRECIS LAISSE SANS REPONSE, ET QU'EN FAISANT APPLICATION DE L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL AU CONTRAT-CADRE DE FOURNITURES SANS AVOIR AU MOINS RECHERCHE SI CELUI-CI N'ETAIT PAS DISTINCT DES CONTRATS DE VENTE D'APPLICATION, ET TOUT EN ADMETTANT, AU CONTRAIRE, QUE CE CONTRAT NE CONSTITUAIT "NI UN CONTRAT DE VENTE, NI UNE PROMESSE DE VENTE", LA COUR D'APPEL N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ;

MAIS ATTENDU QUE, CONTRAIREMENT A L'ALLEGATION DU POURVOI, LA COUR D'APPEL N'A PAS FONDE SA DECISION SUR L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL ;

D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN MANQUE EN FAIT ;

SUR LE SECOND MOYEN : ATTENDU QU'IL EST DE PLUS FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL D'AVOIR PRONONCE LA NULLITE SUSVISEE EN DECLARANT QUE LE PRIX DES MARCHANDISES FAISANT L'OBJET DE LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE LITIGIEUSE N'ETAIT NI DETERMINE NI DETERMINABLE, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE LA REFERENCE, DANS UN CONTRAT DE FOURNITURE EXCLUSIVE, AU COURS DES MARCHANDISES ANALOGUES PRATIQUE SUR LA PLACE, ENTRE ACHETEURS ET VENDEURS INDEPENDANTS DES PARTIES EN CAUSE, COMPORTE UNE DETERMINATION DU PRIX ECHAPPANT NECESSAIREMENT PAR DEFINITION, A LA VOLONTE DES PARTIES, QUE CE PRIX N'EST DONC NI UNILATERALEMENT FIXE PAR L'UNE DE CES DERNIERES, NI DETERMINE ARBITRAIREMENT, DE SORTE QUE LA CLAUSE LITIGIEUSE EST CONFORME A L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL ET QU'EN PRONONCANT NEANMOINS SA NULLITE, TOUT EN DECLARANT DE FACON ERRONEE "SANS INTERET" QUE LE PRIX EFFECTIVEMENT PRATIQUE SOIT EGAL, SINON MEME INFERIEUR, A CELUI DE LA CONCURRENCE, LA COUR D'APPEL N'A PAS TIRE DE SES PROPRES CONSTATATIONS LES CONSEQUENCES LEGALES QU'ELLES COMPORTAIENT ;

MAIS ATTENDU QU'AYANT CONSTATE QUE LE PRIX DES FOURNITURES N'ETAIT PAS PRECISE A L'ACTE, LA COUR D'APPEL A PU CONSIDERER "QUE LA REFERENCE AUX PRIX HABITUELLEMENT PRATIQUES SUR LA PLACE N'ETAIT PAS SUFFISANTE A SA DETERMINATION" ET, ABSTRACTION FAITE DE TOUS AUTRES MOTIFS, QUI SONT SURABONDANTS, STATUER AINSI QU'ELLE L'A FAIT ;

D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN N'EST PAS FONDE ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 18 OCTOBRE 1976 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS.

ARRET n° 2

SUR LE MOYEN UNIQUE : VU L'ARTICLE 1129 DU CODE CIVIL ;

ATTENDU QU'EN VERTU DE CE TEXTE IL FAUT, POUR LA VALIDITE DU CONTRAT, QUE LA QUOTITE DE L'OBJET DE L'OBLIGATION QUI EN EST ISSUE PUISSE ETRE DETERMINEE ;

ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET DEFERE QUE, PAR ACTE SOUS SEING PRIVE DU 17 FEVRIER 1971, LA SOCIETE EUROPEENNE DE BRASSERIE A DONNE UN DEBIT DE BOISSONS EN LOCATION-GERANCE AUX EPOUX SEDDIK ;

QU'IL ETAIT PREVU A CET ACTE QUE LES PRENEURS DEVRAIENT SE FOURNIR EXCLUSIVEMENT AUPRES DE LEUR BAILLERESSE OU DE TOUT AUTRE DISTRIBUTEUR INDIQUE PAR ELLE DES BOISSONS DESIGNEES A L'ACTE, LES PRIX DE CELLES-CI ETANT "CEUX USUELS DANS LA REGION DE LA SITUATION DU FONDS LOUE" ;

ATTENDU QUE, POUR REJETER LA DEMANDE EN NULLITE DU CONTRAT FORMEE PAR LES EPOUX SEDDIK, LA COUR D'APPEL A CONSIDERE QU'UNE TELLE CLAUSE RENDAIT DETERMINABLE LES PRIX DONT IL S'AGIT ;

QU'EN EN DECIDANT AINSI, AU SEUL MOTIF QUE "LA SOCIETE EUROPEENNE DE BRASSERIE EST LOIN D'ETRE LE SEUL FOURNISSEUR" DES BOISSONS EN CAUSE SUR LA PLACE OU ETAIT EXPLOITE LE FONDS, SANS PRECISER COMMENT, AU VU DES PRIX PRATIQUES PAR LES AUTRES DISTRIBUTEURS, CEUX QUI DEVAIENT ETRE APPLIQUES DANS LES RELATIONS ENTRE LES PARTIES POUVAIENT ETRE DETERMINEES, LA COUR D'APPEL N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE L'ARRET RENDU ENTRE LES PARTIES LE 26 NOVEMBRE 1976 PAR LA COUR D'APPEL DE COLMAR ;

REMET, EN CONSEQUENCE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL DE METZ.

- **Com., 9 novembre 1987**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 27 mars 1986) que, par un contrat du 1er mars 1983, dit " de commercialisation ", la société Cofadis, qui fabrique une machine destinée à l'imprimerie, a chargé la société Graphic Repro Diffusion (société Graphic) d'en assurer en exclusivité la distribution et la vente dans certains pays ; que la société Graphic, qui s'était engagée à vendre directement un nombre déterminé de ces appareils par an, n'ayant pas satisfait à cette obligation, la société Cofadis l'a assignée en résiliation du contrat ;

Attendu que la société Graphic fait grief à la cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation du contrat à ses torts exclusifs alors, selon le pourvoi, d'une part, que le contrat de distribution commerciale comporte nécessairement pour son exécution une série de ventes successives et s'analyse donc en une promesse de vente ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que la société

Graphic achèterait à Cofadis les équipements dont elle devait assurer la distribution ; qu'en énonçant néanmoins que le contrat litigieux ne faisait naître que des obligations de faire à la charge des co-contractants, alors qu'il avait pour objet essentiel la vente de marchandises à la société Graphic en vue de leur commercialisation dans le public, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1589 du Code civil et alors, d'autre part, que le prix des marchandises vendues dans le cadre d'un contrat de distribution commerciale doit être déterminé ou déterminable sans qu'il faille un nouvel accord des parties, ce, à peine de nullité du contrat de distribution ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que le prix des ventes à intervenir dans le cadre du contrat de distribution conclu entre les parties devait être déterminé par un accord ultérieur entre elles ; qu'en refusant de prononcer la nullité de la convention litigieuse, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1129 et 1591 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'accord litigieux conclu entre la société Cofadis et la société Graphic comportait, pour la première société, l'obligation d'accorder l'exclusivité de la distribution, dans un certain nombre de pays, du matériel en cause et, pour la seconde, l'obligation d'assurer la promotion et la vente du matériel dans ces mêmes pays, la cour d'appel a pu considérer que la convention ne s'analysait pas comme une vente avec obligation de mentionner le prix mais comme une obligation de faire et se prononcer comme elle l'a fait, sans violer les textes visés au moyen ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Com., 22 janvier 1991**

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Vu les articles 1129 et 1591 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation, que la société Ouest abri établissements Yves Cougnaud (société Ouest abri) a concédé par deux conventions des 14 octobre 1977 et 2 mai 1978 à la société Bos l'exclusivité de la distribution de ses fabrications, sauf pour quelques clients désignés, contre l'engagement de cette dernière de réaliser un chiffre d'affaires minimum et d'observer certaines modalités de paiement ; que la société Bos, estimant que la société Ouest abri avait violé la clause d'exclusivité en effectuant des ventes, a demandé sa condamnation au paiement de dommages-intérêts tandis que la société Ouest abri invoquait la nullité de ces conventions et demandait le paiement de livraisons effectuées ;

Attendu que pour prononcer la nullité des conventions et débouter en conséquence la société Bos de sa demande en dommages-intérêts, la cour d'appel énonce que " dès lors que le contrat de concession commerciale comporte l'engagement du concédant de livrer ses marchandises et celui du concessionnaire de payer un prix pour les produits qu'il reçoit, ce prix doit être sinon déterminé du moins déterminable dès l'origine " ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir relevé que le contrat avait pour objet d'assurer l'exclusivité de la distribution des produits de la société Ouest abri par la société Bos, c'est-à-dire essentiellement des obligations de faire et alors que ce contrat ne s'identifiait pas avec les contrats de vente successifs nécessaires à sa mise en oeuvre comportant essentiellement des obligations de donner pour lesquelles il n'est pas allégué que la convention s'opposait à ce que les prix de vente fussent librement débattus et acceptés par les parties, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs ;

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 mars 1988, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles

- **Civ. 1ère, 29 novembre 1994**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1129 et 1134, alinéa 3, du Code civil ;

Attendu que pour prononcer, pour indétermination du prix, la nullité des conventions conclues par M. Kobloth avec la société GST-Alcatel Est pour la fourniture et l'entretien d'une installation téléphonique, la cour d'appel retient que si le prix de la location et de l'entretien de l'installation était déterminable, il n'en était pas de même du coût des modifications dont le bailleur s'était réservé l'exclusivité, le contrat se bornant sur ce point à mentionner l'application d'une " plus-value de la redevance de location sur la base du tarif en vigueur " ;
Attendu qu'en se prononçant par ces motifs, alors que, portant sur des modifications futures de l'installation, la convention litigieuse faisait référence à un tarif, de sorte que le prix en était déterminable, et qu'il n'était pas allégué que la société GST-Alcatel eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 septembre 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz

- **AP, 1er décembre 1995**

ARRÊT N° 1

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles 1709 et 1710, ensemble les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu selon l'arrêt attaqué (Rennes, 13 février 1991) que le 5 juillet 1981, la société Sumaco a conclu avec la société Compagnie atlantique de téléphone (CAT) un contrat de location-entretien d'une installation téléphonique moyennant une redevance indexée, la convention stipulant que toutes modifications demandées par l'Administration ou l'abonné seraient exécutées aux frais de celui-ci selon le tarif en vigueur ; que la compagnie ayant déclaré résilier le contrat en 1986 en raison de l'absence de paiement de la redevance, et réclamé l'indemnité contractuellement prévue, la Sumaco a demandé l'annulation de la convention pour indétermination de prix ;

Attendu que pour annuler le contrat, l'arrêt retient que l'abonné était contractuellement tenu de s'adresser exclusivement à la compagnie pour toutes les modifications de l'installation et que le prix des remaniements

inéluctables de cette installation et pour lesquels la Sumaco était obligée de s'adresser à la CAT, n'était pas déterminé et dépendait de la seule volonté de celle-ci, de même que le prix des éventuels suppléments ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 février 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

MOYENS ANNEXES

Moyens produits par la SCP Boré et Xavier, avocat aux Conseils pour la Compagnie atlantique de téléphone.
PREMIER MOYEN DE CASSATION :
Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir prononcé la nullité du contrat conclu le 2 juillet 1981 entre la Compagnie atlantique de téléphone et la société Sumaco ;
AUX MOTIFS QUE le contrat litigieux avait pour objet la location et l'entretien d'une installation de téléphone type barphone B 72 (arrêt p. 4 in fine) ; que si le coût de la redevance initiale avait été fixée clairement à 159,50 francs, valeur juillet 1981, l'absence d'indication de la valeur des indices de référence et de leur mode de publication ne permettait pas à l'abonné de prévoir et de calculer la variation (arrêt page 5, alinéa 3) ;
1) ALORS QUE seuls les contrats de vente sont soumis à la nullité pour indétermination du prix ; que les contrats comportant des obligations de faire échappent à cette nullité ; qu'en l'espèce, le contrat litigieux était un contrat de location et d'entretien de matériel téléphonique n'imposant que des obligations de faire ; qu'en considérant qu'un tel contrat pouvait être annulé pour indétermination du prix, la cour d'appel a violé l'article 1129 du Code civil ;
2) ALORS QUE, en toute hypothèse, le prix est déterminable dès lors que le contrat comporte des indices permettant le calcul de l'indexation du prix ; que la mention de la valeur de l'indice n'est pas requise, cette valeur pouvant être retrouvée par le contractant ; qu'en l'espèce, la cour d'appel relève que le contrat litigieux comportait des indices de référence ; qu'en déclarant néanmoins que le prix de la variation de la redevance n'était pas déterminable, au motif inopérant que la " valeur des indices " n'était pas indiquée, la cour d'appel a violé l'article 1129 du Code civil ;
3) ALORS QUE le seul fait de la référence à des indices permet au contractant de déterminer la variation du prix, ces indices faisant l'objet de publication ; qu'en annulant le contrat, au motif que le mode de publication des indices n'était pas indiqué sans rechercher si la société Sumaco, professionnelle du commerce, ne pouvait connaître le mode de publication de ces indices et chiffrer la variation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1129 du Code civil ;
ET AUX MOTIFS QUE le prix des opérations d'entretien et de modification du matériel, opérations inéluctables, n'est ni déterminé ni déterminable ; que la participation aux frais d'installation en cas de modification ou d'adjonction du matériel n'est pas déterminée, pas plus que ne l'est le prix des frais de déplacement, voyage et heures de route, visites d'entretien ; que ces indéterminations du prix ont pour effet d'entraîner la nullité de la convention (arrêt page 5, alinéas 2, 4, 5) ;
4) ALORS QUE les contrats comportant des obligations de faire ne peuvent être annulés pour indétermination du prix ; que les obligations d'entretenir et de remanier le matériel loué constituent des obligations de faire accessoires au contrat de louage de matériel ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a annulé le contrat de location de téléphone au motif que les dépenses relatives au remaniement, mise à jour et réparation du matériel loué, n'étaient pas chiffrées ; qu'en

statuant ainsi, alors que ces obligations s'analysaient en des obligations de faire, la cour d'appel a violé l'article 1129 du Code civil ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir prononcé la nullité du contrat conclu le 2 juillet 1981 entre la Compagnie atlantique de téléphone et la société Sumaco ;

AUX MOTIFS QUE les dispositions de l'article 2 du contrat de location de téléphone contraignent l'abonné à s'adresser exclusivement à la société CAT pour toute modification de l'installation ; que le prix de ces prestations dépend de la seule volonté de la société CAT, le cocontractant locataire n'ayant d'autre issue que d'accepter les conditions qui lui seront faites (arrêt page 5, alinéa 2) ;

1) ALORS QUE ne constitue pas une clause d'exclusivité au sens de l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 la clause d'un contrat de location d'une installation téléphonique prévoyant que tous les changements, déplacements, extensions, et en général, toutes modifications de l'installation ne pourront être réalisés que par le bailleur ; qu'une telle clause a en effet pour seul effet de réserver au bailleur la modification d'une installation dont il est propriétaire ; qu'en décidant que le contrat litigieux était nul, motif pris de ce que la clause, imposant au preneur de s'adresser au bailleur pour toute modification de l'installation, constituerait une clause d'exclusivité, la cour d'appel a violé l'article 1174 du Code civil et l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

2) ALORS QU'il n'y a pas clause d'exclusivité lorsque le locataire peut s'adresser à d'autres fournisseurs pour acheter ou utiliser des appareils semblables ou complémentaires ; qu'il résulte du contrat litigieux que le locataire pouvait s'adresser à d'autres fournisseurs pour se procurer un matériel semblable ou complémentaire et faire ainsi évaluer son installation en fonction de ses besoins et des progrès techniques ; qu'en considérant que le contrat litigieux contenait une clause d'exclusivité, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce contrat, violant ainsi l'article 1134 du Code civil ;

3) ALORS QUE la cour d'appel a déduit du caractère indéterminé du prix relatif aux prestations d'entretien et de modification du matériel téléphonique une clause potestative ; qu'en statuant de la sorte, sans relever que la convention s'opposait à ce que les prix fussent librement débattus et acceptés par les parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1170 du Code civil ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la société CAT, bailleresse, de sa demande en paiement des frais et indemnités prévus par la convention ;

AUX MOTIFS QUE la société CAT ne peut s'appuyer sur une convention frappée de nullité pour réclamer des frais et indemnités prévus dans cette convention (arrêt page 6, alinéa 1er) ;

ALORS QUE, en cas d'annulation d'un contrat à exécution successive, les relations des parties doivent être gouvernées par les règles de l'enrichissement sans cause ; que si la restitution est impossible en raison de la nature de l'obligation, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations que chacune d'elles a effectuées ; qu'en s'abstenant de rechercher au regard des règles relatives à l'enrichissement sans cause, quelle était la valeur des prestations fournies par l'exposante, la cour d'appel a méconnu les principes de l'enrichissement sans cause .

ARRÊT N° 2

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1709 et 1710 ensemble les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu, selon l'arrêt déféré, que, le 15 novembre 1982, la société Bechtel France (société Bechtel) a souscrit avec la société Compagnie française de téléphone (société Cofratel), pour une durée de 15 années, une convention dite de " location-entretien ", relative à l'installation téléphonique de ses bureaux ; que, le 28 juin 1984, la société Bechtel a informé la société Cofratel de la fermeture de partie de ses locaux et, par suite, de la fin du contrat ; que la société Cofratel a assigné la société Bechtel en paiement du montant de la clause pénale prévue en cas de rupture anticipée de la convention et que la société Bechtel a résisté en invoquant la nullité du contrat pour indétermination du prix ;

Attendu que, pour prononcer cette nullité, l'arrêt retient que si " l'obligation de recourir à la société Cofratel ne concerne que les modifications intrinsèques de l'installation et n'empêche pas la société Bechtel de s'adresser à d'autres fournisseurs pour l'achat et l'utilisation d'appareil semblable ou complémentaire, il n'en demeure pas moins que toutes modifications de l'installation ne peuvent être exécutées que par la société Cofratel qui bénéficie à cet égard d'une clause d'exclusivité " ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 mars 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

MOYEN ANNEXE

Moyen produit par la SCP Defrénois et Levis, avocat aux Conseils pour la société Compagnie française de téléphone.

MOYEN DE CASSATION :

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir prononcé la nullité du contrat souscrit le 15 novembre 1982 par la société Bechtel France auprès de la société Cofratel et d'avoir débouté cette dernière de l'ensemble de ses prétentions ;

AUX MOTIFS QUE si l'obligation de recourir à la société Cofratel ne concerne que les modifications intrinsèques de l'installation et n'empêche pas la société Bechtel de s'adresser à d'autres fournisseurs pour l'achat et l'utilisation d'appareil semblable ou complémentaire, il n'en demeure pas moins que toutes modifications de l'installation ne peuvent être exécutées par la société Cofratel qui bénéficie à cet égard d'une clause d'exclusivité ; (...) ; qu'ainsi, en l'absence de tout élément figurant au contrat permettant de faire échapper la fixation du prix de ces modifications à la seule valeur discrétionnaire de la société Cofratel, seule habilitée à les effectuer, il convient d'annuler l'ensemble de la convention pour indétermination du prix des prestations et fournitures prévues à l'article 8, conformément aux dispositions de l'article 1129 du Code civil, et ce, dans la mesure où les parties étaient liées par un contrat de longue durée ;

1) ALORS QUE les contrats qui ont seulement pour objet une obligation de faire ne sont pas soumis aux exigences de la détermination du prix ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé que la clause d'exclusivité stipulée au profit de la

société Cofratel concernait les modifications intrinsèques de l'installation à l'exclusion de l'achat et l'utilisation d'appareil semblable ou complémentaire ; que la clause litigieuse faisait ainsi naître une obligation de faire non soumise à l'exigence d'un prix déterminé, que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 1129 du Code civil ; en toute hypothèse, privé sa décision de base légale au regard de ce texte ;
2) ALORS QUE la société Cofratel faisait valoir, dans ses conclusions d'appel, que si la société Bechtel décidait d'avoir recours aux services de la société Cofratel, elle avait la faculté de discuter le devis chiffré qui lui était soumis et restait parfaitement libre de ne pas contracter et de s'adresser à la concurrence ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef péremptoire de conclusions, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile.

ARRET N° 3

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Gagnaire a conclu un contrat par lequel il devenait, pendant une durée de 5 années, le franchisé de M. Vassali et s'engageait à utiliser exclusivement les produits vendus par celui-ci ;

Attendu que pour annuler ce contrat, l'arrêt retient que l'article 5 de la convention prévoit " que les produits seront vendus au tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande, ce tarif étant celui du prix catalogue appliqué à l'ensemble des franchisés ", qu'il s'agit en fait d'un barème et qu'il en résulte que la détermination des prix est à la discrétion du franchiseur ;
Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 juillet 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Chambéry ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.MOYEN ANNEXE
Moyen produit par la SCP Defrénois et Levis, avocat aux Conseils, pour M. Vassali.

MOYEN DE CASSATION :
Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir annulé le contrat de franchise conclu le 28 février 1983 entre M. Vassali, franchiseur, et M. Gagnaire, franchisé, d'avoir condamné en conséquence M. Vassali à restituer à M. Gagnaire la somme de 187 760 francs qui avait été versée en exécution partielle du contrat, et à payer à M. Gagnaire la somme de 60 000 francs à titre de dommages-intérêts ;
AUX MOTIFS QUE le contrat de franchise stipule que les produits d'approvisionnement seront vendus au franchisé au tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande et que le tarif sera celui du prix catalogue appliqué par le concédant à l'ensemble des autres franchisés et concessionnaires exclusifs ; mais qu'en fait aucun catalogue de prix n'a jamais existé, le concédant adressant en début d'année à ses franchisés un barème de prix établi par lui et valable pour la durée de l'année à venir ; que la détermination du prix des produits dont l'achat était imposé au franchisé était laissée à la seule discrétion du franchiseur ; que le contrat est ainsi nul pour indétermination du prix ; que les sommes versées et le matériel reçu doivent, respectivement, être restitués ; qu'il convient d'allouer au franchisé la somme de 60 000 francs à titre de dommages-intérêts pour compenser la perte

de jouissance pendant plusieurs années de la somme de 187 760 francs qu'il avait versée au franchiseur ;
ALORS QUE, d'une part, le contrat de franchise est distinct des contrats de vente successifs conclus ultérieurement entre le franchiseur et le franchisé ; que dès lors, quand bien même ces contrats de vente seraient nuls pour indétermination du prix, le contrat de franchise ne serait pas pour autant annulé de plein droit ; qu'en ne recherchant pas en l'espèce si le contrat de franchise n'avait pas essentiellement pour objet des obligations de faire, de sorte que l'article 1129 du Code civil n'était pas applicable, et si ses dispositions relatives au prix des contrats de vente ultérieurs ne se rattachaient pas exclusivement à ces contrats, en sorte que ces dispositions ne devaient être examinées que pour apprécier la légalité de ces seuls contrats de vente, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1129, 1134 et 1165 du Code civil ;
ET ALORS QUE, d'autre part, l'annulation d'un contrat oblige seulement chaque partie à restituer la chose qu'elle avait reçue de son cocontractant ; qu'une partie ne peut, en sus, être condamnée à payer des dommages-intérêts que si elle a commis une faute causant un préjudice à son cocontractant ; qu'en l'espèce, le franchiseur était en droit de recevoir la somme de 187 760 francs puis de la conserver tant que le contrat de franchise n'était pas annulé, ce qui n'était de surcroît que la contrepartie de la jouissance du matériel par le franchisé ; qu'en condamnant néanmoins M. Vassali à payer la somme de 60 000 francs à M. Gagnaire à titre de dommages-intérêts, sans caractériser une faute du franchiseur ni un lien de causalité avec le préjudice allégué par le franchisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.

ARRET N° 4

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif déféré (Rennes, 11 février 1993), qu'en vue de l'exploitation d'un hôtel, la société Le Montparnasse a, le 27 août 1987, pris à bail à la société Compagnie armoricaine de télécommunications, aux droits de laquelle se trouve la société GST-Alcatel Bretagne (société Alcatel), une installation téléphonique pour une durée de 10 années ; qu'au mois de janvier 1990, la société Le Montparnasse a cédé son fonds de commerce et que le cessionnaire n'a pas voulu reprendre l'installation téléphonique ; que la société Alcatel a assigné la société Le Montparnasse en paiement du montant de l'indemnité de résiliation, prévue au contrat ;

Attendu que la société Le Montparnasse reproche à l'arrêt d'avoir écarté l'exception de nullité du contrat et des avenants intervenus, tirée de l'indétermination du prix d'une partie des " prestations " stipulées, alors, selon le moyen, d'une part, que n'est ni déterminé ni déterminable, au sens de l'article 1129 du Code civil, le prix dont la fixation fait appel à des paramètres insuffisamment précisés ; qu'en l'espèce, l'article 2 de la convention du 27 août 1987 prévoit que toute extension d'une installation initiale fera l'objet d'une plus-value de la redevance de location, déterminée par référence à la hausse des prix intervenue chez le fournisseur depuis la dernière fixation " ayant servi de base ", ainsi qu'en fonction de l'indice des prix contractuels ou, dans le cas où l'application de l'indice serait provisoirement suspendue suivant la formule de substitution ou le coefficient de majoration légale ou réglementaire arrêté par l'autorité publique, étant précisé que ces mêmes variations indiciaires pourront être à la fois appliquées au matériel adjoint à l'installation louée ou fournie et à la main-d'oeuvre si, par suite de " circonstances quelconques ", la hausse intervenue chez le fournisseur de matériel ne peut être dûment établie ; que, dès lors, en se

bornant à énoncer que les paramètres ainsi définis ne pouvaient être maîtrisés par les parties, pour en déduire que l'importance de la majoration de la redevance initiale liée aux extensions de l'installation était parfaitement déterminable, sans rechercher si, par son obscurité et sa complexité, la formule de calcul prévue au contrat ne mettait pas le locataire, tenu par une clause d'exclusivité, dans l'impossibilité de connaître le taux de la majoration, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ; et alors, d'autre part, qu'il faut, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée ; qu'il est constant, en l'espèce, que le locataire était tenu de faire appel au bailleur pour toute extension dont la mise en service était subordonnée, en application de l'article 3, in fine, du contrat du 27 août 1987, au paiement de la redevance réclamée par l'installateur ; que dès lors, en s'abstenant de rechercher si, lors de la conclusion des avenants prévus en cas de modification ou d'extension de l'installation initiale, les prix pouvaient être librement débattus et acceptés par les parties, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1129 du Code civil ;

Mais attendu que l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix et la cour d'appel n'ayant pas été saisie d'une demande de résiliation ou d'indemnisation pour abus dans la fixation du prix, sa décision est légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.MOYEN ANNEXE
Moyen produit par la SCP Richard et Mandelkern, avocat aux Conseils, pour la société Le Montparnasse.

MOYEN UNIQUE DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, d'avoir écarté l'exception tirée de la nullité du contrat et des avenants intervenus en raison de l'indétermination du prix d'une partie des prestations stipulées ;

AUX MOTIFS QUE, en son article 2, la convention du 27 août 1987 stipulait notamment, d'une part, que toute extension de l'installation ferait l'objet d'une plus-value de cette redevance en fonction d'éléments de référence ne dépendant exclusivement d'aucune des deux parties ; d'autre part, qu'en ce cas, l'entreprise devrait soumettre au locataire un prix que ce dernier ratifierait par la signature d'un bon de commande valant acquiescement et décharge ; enfin, qu'en cas de désaccord sur ces propositions, la fixation du supplément de redevance dû par le locataire serait déterminé suivant des critères objectifs, en l'occurrence les hausses de prix intervenues chez le fournisseur depuis la dernière fixation ayant servi de base et/ou l'évolution de l'indice des prix contractuels de la main-d'oeuvre et des petites fournitures annexes ou tout autre indice qui lui serait substitué par l'autorité publique ; qu'il en résulte nécessairement que le locataire n'était nullement tenu d'étendre son installation mais surtout qu'en l'absence d'accord entre les parties, l'importance de la majoration de la redevance initiale liée à une telle extension était parfaitement déterminable en fonction des paramètres qu'aucune d'elles ne pouvait maîtriser puisqu'il est constant que le fournisseur est un tiers au contrat et que la société Le Montparnasse ne soutient même pas que l'indice des prix contractuels visé dans cette convention n'existerait pas (cf. arrêt, p. 3 et 4) ;
1) ALORS QUE n'est ni déterminé ni déterminable, au sens de l'article 1129 du Code civil, le prix dont la fixation fait appel à des paramètres insuffisamment précisés ; qu'en l'espèce, l'article 2 de la convention du 27 août 1987 prévoit que toute extension d'une installation initiale fera l'objet d'une plus-value de la redevance de location, déterminée par référence à la hausse des prix intervenue chez le fournisseur depuis la dernière fixation " ayant servi de base " ainsi qu'en fonction de l'indice des prix contractuels ou, dans le cas où l'application de l'indice serait provisoirement suspendue, suivant la formule de substitution ou le coefficient de majoration légale ou

réglementaire arrêté par l'autorité publique, étant précisé que ces mêmes variations indiciaires pourront être à la fois appliquées au matériel adjoint à l'intallation louée ou fournie et à la main-d'oeuvre si, par suite de " circonstances quelconques ", la hausse intervenue chez le fournisseur de matériel ne peut être dûment établie ;

QUE dès lors, en se bornant à énoncer que les paramètres ainsi définis ne pouvaient être maîtrisés par les parties, pour en déduire que l'importance de la majoration de la redevance initiale liée aux extensions de l'installation était parfaitement déterminable, sans rechercher si, par son obscurité et sa complexité, la formule de calcul prévue au contrat ne mettait pas le locataire, tenu par une clause d'exclusivité, dans l'impossibilité de connaître le taux de la majoration, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

2) ALORS QU'il faut, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée ; qu'il est constant, en l'espèce, que le locataire était tenu de faire appel au bailleur pour toute extension de l'installation initiale, extension dont la mise en service était subordonnée, en application de l'article 3, in fine, du contrat du 27 août 1987, au paiement de la redevance réclamée par l'installateur ;

QUE dès lors, en s'abstenant de rechercher si, lors de la conclusion des avenants prévus en cas de modification ou d'extension de l'installation initiale, les prix pouvaient être librement débattus et acceptés par les parties, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1129 du Code civil.

- **AP, 31 mai 1991**

Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le Procureur général près la Cour de Cassation :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code ;

Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;
Attendu selon l'arrêt infirmatif attaqué que Mme X..., épouse de M. Y..., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y..., sans indication de filiation maternelle ;

Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par Mme Y..., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des moeurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y... pratiquement depuis sa naissance ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi, l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d'appel de Paris.

REQUETE DE M. LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR DE CASSATION.
Le Procureur général près la Cour de Cassation a l'honneur d'exposer :
- Que, par jugement du 28 juin 1989, le tribunal de grande instance de Paris a rejeté la requête présentée par Mme X..., épouse Y..., tendant à l'adoption plénière de l'enfant Z... déclarée comme étant née de M. Y..., mari de la requérante, sans indication de filiation maternelle ;
- Que, pour ne pas faire droit à cette requête, les premiers juges ont retenu que les époux Y..., pour remédier à la stérilité de leur couple, avaient eu recours à l'association Alma Mater, aujourd'hui dissoute, l'enfant étant né d'une mère de substitution qui l'a abandonné à la naissance, pratique déclarée illicite ;
- Que sur appel de Mme Y..., la première chambre civile, section C, de la cour d'appel de Paris, a, par arrêt du 15 juin 1990, infirmé la décision entreprise et prononcé l'adoption plénière sollicitée par la requérante ;
- Qu'au soutien de leur décision devenue définitive, les juges du second degré ont tiré de nos principes généraux relatifs à la filiation, des règles d'ordre public concernant les contrats et de certaines conventions ou déclarations internationales, des conclusions contraires à celles auxquelles était parvenue votre première chambre civile de la Cour de Cassation qui, dans un cas de figure pratiquement identique, a, par arrêt du 13 décembre 1989 (association Alma Mater contre procureur général Aix-en-Provence) reconnu le caractère illicite de la maternité pour autrui et les associations qui s'efforcent de la promouvoir ;
- Qu'il importe en cette matière particulièrement sensible, qui touche à un délicat problème de société et d'éthique, que soit mis fin à des divergences

jurisprudentielles majeures et que la sécurité juridique soit assurée.

PAR CES MOTIFS :
Vu l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967 relative à la Cour de Cassation ;

Requiert qu'il plaise à la Cour de Cassation ;
CASSE ET ANNULE, sans renvoi et dans le seul intérêt de la loi l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d'appel de Paris ayant fait droit à la requête en adoption plénière présentée par Mme X..., épouse Y...

- **Com., 24 septembre 2003**

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1128 et 1598 du Code civil ;
Attendu, selon l'arrêt déféré, que la société CCP, qui exerce l'activité de vente de prêt-à-porter, a fait l'acquisition d'un lot de vêtements auprès de la société Ginger ; que par arrêt postérieur, la cour d'appel, aux motifs que la marchandise provenait d'une contrefaçon de modèles appartenant à Mme X..., a condamné la société CCP à indemniser cette dernière ; qu'ultérieurement, la société CCP a assigné la société Ginger en annulation de la vente et en indemnisation de son préjudice ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société CCP en annulation de la vente, l'arrêt retient qu'il n'est pas établi que la société Ginger ait commis des manoeuvres dolosives pour persuader sa cliente de lui acheter les vêtements contrefaits ou que celle-ci a commis une erreur sur la propriété du modèle, qui aurait été déterminante de son consentement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 2 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Paris

- **Civ. 1ère, 7 février 1990**

Attendu que M. Sauvage, chirurgien-dentiste, après avoir remplacé pendant deux mois son confrère, M. Marère, a pris en location, en décembre 1985, les locaux professionnels et le matériel de celui-ci ; qu'après s'être renseigné en mai 1986 sur les conditions de " vente " du cabinet de M. Marère, il a accepté par écrit, le 16 juillet 1986, le prix de 270 000 francs " en règlement du cabinet " ; que M. Sauvage s'étant ensuite rétracté, un premier jugement du tribunal de grande instance d'Agen du 22 juillet 1987, fondé sur l'article 1583 du Code civil, l'a condamné " à passer l'acte authentique de cession du cabinet de M. Marère " et à payer à celui-ci le montant du " prix de vente " convenu ; que M. Sauvage ayant alors exigé la stipulation dans le contrat d'une obligation de non-installation du vendeur pendant dix ans dans un rayon de 35 kilomètres, tandis que M. Marère offrait de limiter cette obligation à un rayon de 5 kilomètres pendant deux ans à compter du 1er décembre 1985, un second jugement, du 24 novembre 1987, estimant qu'il existait un " consensus minimal " des parties sur une interdiction de rétablissement pendant deux ans dans un rayon de 5 kilomètres à compter du 7 août 1987, a ordonné l'inclusion de cette stipulation dans l'acte de cession ; que la cour d'appel a confirmé ces deux décisions ;.

Sur le moyen unique du pourvoi principal de M. Sauvage, pris en sa première branche :

Vu les articles 1128 et 1131 du Code civil ;

Attendu que lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul, faute de cause ;

Attendu que, pour déclarer parfaite la vente du cabinet de M. Marère à M. Sauvage, l'arrêt énonce que " la validité des cessions de clientèles civiles ne se discute pas " ; qu'en se déterminant ainsi, alors que les malades jouissant d'une liberté absolue de choix de leur médecin ou dentiste, leur " clientèle ", attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien, est hors du commerce et ne peut faire l'objet d'une convention, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur les deuxième et troisième branches du moyen : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident de M. Marère :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 juillet 1988, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse.

-
- **Civ. 1ère, 7 novembre 2000**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Woessner, chirurgien, a mis son cabinet à la disposition de son confrère, M. Sigrand, en créant avec lui une société civile de moyens ; qu'ils ont ensuite conclu, le 15 mai 1991, une convention aux termes de laquelle M. Woessner cédait la moitié de sa clientèle à M. Sigrand contre le versement d'une indemnité de 500 000 francs ; que les parties ont, en outre, conclu une " convention de garantie d'honoraires " par laquelle M. Woessner s'engageait à assurer à M. Sigrand un chiffre d'affaires annuel minimum ; que M. Sigrand, qui avait versé une partie du montant de l'indemnité, estimant que son confrère n'avait pas respecté ses engagements vis-à-vis de sa clientèle, a assigné celui-ci en annulation de leur convention ; que M. Woessner a demandé le paiement de la somme lui restant due sur le montant conventionnellement fixé ;

Attendu que M. Woessner fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 2 avril 1998) d'avoir prononcé la nullité du contrat litigieux, de l'avoir condamné à rembourser à M. Sigrand le montant des sommes déjà payées par celui-ci et de l'avoir débouté de sa demande en paiement du solde de l'indemnité prévue par la convention, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en décidant que le contrat était nul comme portant atteinte au libre choix de son médecin par le malade, après avoir relevé qu'il faisait obligation aux parties de proposer aux patients une " option restreinte au choix entre deux praticiens ou à l'acceptation d'un chirurgien différent de celui auquel ledit patient avait été adressé par son médecin traitant ", ce dont il résultait que le malade conservait son entière liberté de s'adresser à M. Woessner, à M. Sigrand ou à tout autre praticien, de sorte qu'il n'était pas porté atteinte à son libre choix, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles 1128 et 1134 du Code civil ; et alors, d'autre part, qu'en s'abstenant de rechercher comme elle y était invitée, si l'objet du contrat était en partie licite, comme faisant obligation à M. Woessner de présenter M. Sigrand à sa clientèle et de mettre à la disposition de celui-ci du matériel médical, du matériel de bureautique et du matériel de communication, de sorte que l'obligation de M. Sigrand au paiement de l'indemnité prévue par le contrat était pour partie pourvu d'une cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1128, 1131 et 1134 du Code civil ;

Mais attendu que si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou

de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; qu'à cet égard, la cour d'appel ayant souverainement retenu, en l'espèce, cette liberté de choix n'était pas respectée, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen, mal fondé en sa première branche, est inopérant en sa seconde ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

II. – Doctrine

- **G. Pignarre, *A la redécouverte de l'obligation de praestare, Pour une relecture de quelques articles du code civil*, RTD Civ. 2001 p. 41**

Etat des lieux : L'insuffisance de la summa divisio *des obligations de donner et de faire (la clarté perdue)*

1. *Au coeur du débat : l'article 1126 du code civil.* Aux termes de ce texte : « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Classées en fonction de leur objet qui consiste soit à « donner », soit à « faire ou ne pas faire », les obligations (1) se partagent en deux groupes exactement symétriques. Le premier est construit autour de la remise d'une chose, le second autour de celle d'une action de la personne. Dans la première catégorie, la présence d'une chose y est déterminante, dans la seconde, l'activité de la personne y est essentielle. On retrouve ici l'opposition qui affecte la relation des personnes et des choses (2). De cette *summa divisio* pourtant (3), s'évince toute la difficulté de l'entreprise. La complexité des débats doctrinaux jointe aux incertitudes du droit positif y relatives en rendent témoignage.

2. *La complexité des débats doctrinaux concernant la définition des obligations de donner et de faire.* Les difficultés qui gravitent autour de l'obligation de donner dans les rapports complexes qu'elle entretient avec le transfert de propriété ne sont pas nouvelles. De vives discussions existaient déjà dans l'ancien droit à ce sujet. Elles peuvent s'expliquer par le fait que la notion de propriété romaine, déformée par les glossateurs et la pensée jusnaturaliste, est entachée d'une redoutable polysémie (4).

Qu'est-ce d'ailleurs que l'obligation de donner ? Mythe pour les uns (5), réalité diversement appréhendée pour les autres (6), la notion est aujourd'hui le siège de nombreuses controverses. Loin de faire l'unanimité en doctrine (7), elle soulève de surcroît d'épineux problèmes au sein même des auteurs qui admettent son existence. Il existe entre eux d'importants clivages, les uns et les autres ne conférant pas à ce terme une réalité juridique univoque.

Quant à la catégorie des obligations de faire, elle est déjà immense s'il en est, compte tenu du développement sans précédent des activités et des services. La notion d'obligation de faire était par ailleurs appelée à prospérer du fait même des évolutions sémantiques inhérentes à cette notion. Dans le code civil en effet, le terme « faire » désigne l'activité de la personne conçue dans une opposition à la passivité des choses livrées. Mais il ne désigne pas toutes les activités puisqu'il exclut les actions de remise, les livraisons.

Par glissement sémantique, le terme faire, en droit, est devenu synonyme de celui qu'il revêt dans le langage courant. Ainsi la doctrine définit-elle l'obligation de faire comme « un acte positif, une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir » (8). La catégorie des obligations de faire est donc devenue extrêmement large. Ce caractère de généralité est tel que la définition de l'obligation de faire pourrait, selon certains, être celle de l'obligation (9). La catégorie des obligations de faire devient ainsi la catégorie ouverte ou refuge, c'est selon. Est obligation de faire, tout ce qui n'est pas obligation de donner (10).

Il existe par ailleurs des obligations qui reçoivent une qualification amphibologique (11). Il ne suffit donc pas d'affirmer péremptoirement que telle ou telle obligation relève de telle ou telle catégorie juridique, encore convient-il de trouver le support juridique adéquat permettant de justifier une telle assertion. Et dans cette recherche, il faut bien se rendre à l'évidence, la

classification binaire retenue par les rédacteurs du code pèche par son insuffisance. L'équivoque qui s'attache à la définition des obligations de donner et de faire ne permet ni de cerner clairement leur nature juridique ni de délimiter leur champ d'application respectif. L'on ne peut donc se satisfaire de la division actuelle génératrice d'une grande incertitude sur l'ombre de laquelle pèse, de surcroît, l'ambiguïté d'un terme à sens multiples (12). Grande est alors la tentation de se tourner du côté du droit positif. La situation n'est guère plus éclairante cependant. Les difficultés inhérentes à la nature des obligations dont s'agit se répercutent sur leur régime juridique avec une focalisation très nette du contentieux sur l'admission ou le refus de l'exécution forcée en nature de l'obligation (13)...

3. *L'incertitude des positions jurisprudentielles relatives au critère de l'exécution forcée des obligations contractuelles.* La distinction des obligations de donner et de faire trouve un de ses prolongements dans les modalités respectives d'exécution de ces d'obligations. On connaît l'équation classique de départ : l'obligation de donner est susceptible d'exécution forcée, l'obligation de faire ne peut que se résoudre en dommages et intérêts. Sur ce donné, se greffe un correctif : l'obligation de faire est susceptible d'exécution forcée dès lors qu'elle n'implique pas de façon trop contraignante la personne du débiteur. Ce schéma paraît cependant trop réducteur. Il peut être dépassé. On constate déjà qu'au regard de l'exécution directe, la distinction *a priori* obligation de donner, obligation de faire ou de ne pas faire, ne correspond pas toujours à la réalité. Il existe des obligations de donner dont l'exécution directe est impossible (14) et à l'inverse, des obligations de faire dont l'exécution directe est possible (15). Du point de vue de l'effet de l'obligation, la distinction perd donc de son sens. Elle ne permet pas non plus d'apporter de réponse correcte au problème qui nous préoccupe (16).

Ce n'est pas tout. Au sein même de la catégorie des obligations de faire et par une sorte d'effet réflexe, le droit contemporain de l'exécution forcée est le théâtre de réels désordres révélant du même coup l'inadéquation entre la nature assignée à ces obligations et le régime qui leur est applicable. Il existe ainsi toute une série d'hypothèses dans lesquelles le juge ordonne l'exécution forcée d'obligations qu'il est difficile néanmoins de qualifier d'obligations de faire, faute de pouvoir les rattacher véritablement à cette catégorie. Il est par ailleurs peu concevable d'en faire des obligations de donner. Dans d'autres situations à l'inverse, le juge refuse de prononcer l'exécution forcée d'obligations formellement dénommées obligations de faire en se retranchant derrière une prétendue interprétation littérale du texte (17). Ce double paradoxe issu du droit positif appelle attention et développement. L'admission de plus en plus large par les tribunaux de l'exécution forcée de ces « obligations de faire » soulève déjà une interrogation. N'est-ce pas au prix d'un certain artifice que l'on fait rentrer dans le champ d'application de l'article 1142 les obligations qui consistent à livrer un corps certain ou à individualiser une chose de genre ? L'on connaît certes l'ambiguïté du code civil sur l'obligation de livrer. Mais dans cette ambiguïté précisément ne peut-on déceler les prémisses de nouvelles distinctions ? En effet, lorsque les juges admettent l'exécution forcée de telles obligations de faire ne visent-ils pas en réalité une catégorie d'obligations qui ne se confond ni avec l'obligation de faire *stricto sensu*, ni avec l'obligation de donner ? Pourquoi donc ne pas tenter de restituer à chacune d'entre elles son domaine propre, en recherchant si la *summa divisio* énoncée à l'article 1126 du code civil ne pourrait être repensée (18) ? Une étude plus approfondie des hypothèses où les tribunaux admettent l'exécution forcée en nature des obligations de faire et celles où ils refusent à l'opposé de l'accorder montre par ailleurs un certain renversement de l'ordre des choses. En effet, la jurisprudence tend à faire l'inverse de ce qu'elle a pu faire auparavant, dans certains domaines tout au moins. Deux exemples au coeur de l'actualité juridique peuvent illustrer ces propos. Lorsqu'une promesse unilatérale de vente avait été consentie, la Cour de cassation a longtemps considéré qu'en cas de rétractation par le promettant de son engagement avant la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse, ce dernier pouvait solliciter des tribunaux un jugement

valant exécution et obtenir ainsi la réalisation forcée de la vente (19). Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. A l'inverse, après avoir refusé d'admettre la réintégration des représentants du personnel (20), la jurisprudence en droit du travail ne cesse désormais de faire reculer les limites de l'article 1142 du code civil au profit de tout salarié qu'il soit spécialement protégé ou non (21). Ainsi, les tribunaux admettent-ils désormais de prononcer l'exécution forcée là où auparavant ils refusaient de l'accorder et refusent symétriquement de l'admettre là où antérieurement ils s'y montraient favorables. Parallèlement, on assiste d'un côté à l'éviction de l'article 1142 en un domaine où le caractère *intuitus personae* du contrat à l'égard du salarié pouvait laisser songer que l'exécution forcée n'était pas nécessairement le mode d'exécution le plus adéquat alors que, de l'autre, on ne peut que constater la montée en puissance de ce texte interprété littéralement en un domaine où il n'y a pas d'impossibilité à prononcer l'exécution forcée, le fait d'obliger le promettant à réserver l'immeuble au bénéficiaire ne portant pas atteinte à sa liberté individuelle. De tels atermoiements ne peuvent laisser indifférents. Eliminée l'idée que les juges voudraient se réserver la faculté d'accorder ou de refuser l'exécution en nature d'une obligation au seul gré des opportunités qu'ils jugeraient utiles et dont ils voudraient rester les maîtres en se retranchant derrière la rédaction prétendument défectueuse de l'article 1142, reste à découvrir un fil conducteur qui tiendrait lieu de logique. Et ce fil d'Ariane précisément, il est possible croyons-nous de le déceler dans la cristallisation d'un tel contentieux. Les incohérences relevées tiendraient à la difficulté d'introduire un type inédit d'obligations au sein de catégories déjà répertoriées. Au fond, par delà l'attitude quelque peu déconcertante des tribunaux se dessineraient les traits d'une nouvelle catégorie d'obligations. On songe au *praestare* romain que les rédacteurs du code civil auraient (à tord ?) omis de nommer en le laissant de côté.

Prospective : pour une nouvelle classification des obligations en fonction de leur objet (la cohérence retrouvée)

4. *Les leçons de l'histoire : entre dare et facere, praestare...* Ne pourrait-on redonner vie à la trilogie héritée du droit romain distinguant le *dare* le *facere* et le *praestare* ? Véritable catégorie cadre, le *praestare* offre des possibilités de classement. En « ressuscitant » l'obligation de *praestare* (22) ne parvient-on pas à *lire* autrement le droit positif, à redonner une certaine cohérence la distinction des obligations en fonction de leur objet ? Le droit romain (23) a reconnu formellement son existence (24). La notion était ainsi utilisée dans des hypothèses déterminées conformément à la casuistique établie par les Institutes. Tel était le cas à la fois dans le contrat de vente, pour systématiser l'obligation de délivrance (25) et dans le contrat de location, pour définir l'obligation du propriétaire à l'égard du locataire relativement à la jouissance de la chose ; pour le paiement, la manière de l'exécuter variait suivant l'objet de l'obligation (26). Bien que soigneusement étudiée en droit romain, l'obligation de *praestare* va pourtant disparaître, en apparence tout au moins (27), des textes et écrits doctrinaux. Curieusement, le code civil, ne la nomme pas non plus (28). Peut-on trouver une explication aux raisons de cet « oubli » ?

5. *L'« oubli » de l'obligation de praestare dans le code civil ?* L'obligation de *praestare* ne figure pas dans la nomenclature des obligations classées selon leur objet. Mais elle n'est pas pour autant bannie du code civil (29). Les raisons inavouées de ce silence formel peuvent être de plusieurs sortes. Il y a d'abord la très grande proximité existant entre les obligations de *dare,* de *praestare* et de *facere* (30). Il en est d'autres, plus souterraines, qui peuvent puiser leur origine à des sources plus hypothétiques.

Des textes hérités du droit romain, lesquels ne sont pas toujours d'une grande limpidité, ne demeurent en réalité que ceux qui étaient compatibles entre eux. Ainsi, là où les romains prévoyaient telle ou telle distinction, utilisaient telle action dans un but précis, agissant au coup par coup, Pothier, soucieux de clarifier le droit existant, s'efforcera de synthétiser. Mais ce faisant, il ne se contentera pas de reproduire les solutions romaines. Systématisant (dangereusement ?), il

fera des choix, gommera tout ce qui lui semble obscur et cela au détriment de certaines règles. Le *praestare* aurait-il fait les frais d'une telle systématisation ?

Le *praestare* n'est-il pas de surcroît fortement chargé de connotations péjoratives ? Raison en serait qu'il existe en droit romain une parenté évidente entre le *praestare* et les contrats relatifs à la délivrance d'une chose corporelle. L'esclave étant juridiquement dépourvu de personnalité juridique pouvait être l'objet d'un *praestare*. Le lien « réel » entre le donneur d'ordre et l'exécutant était ainsi flagrant. Plus tard, sous l'égide du christianisme, et de la condamnation subséquente de l'esclavage, il est très possible que l'on ait préféré laisser de côté une obligation qui évoquait trop de réminiscences condamnables (31). Si cette hypothèse était plausible, elle pourrait expliquer que les rédacteurs du code civil aient préféré occulter le *praestare*, précisément parce qu'ils étaient fidèles à l'enseignement du très chrétien et romaniste Domat.

L'on peut avancer dans ces conditions qu'au moment de la rédaction du code civil, il n'y a pas eu à proprement parler de rupture par rapport au droit antérieur mais une certaine continuité (32). Ses rédacteurs n'ont pas véritablement ignoré la catégorie des obligations de *praestare*. Il y ont d'ailleurs fait référence dans tel ou tel texte particulier. Cette obligation a ainsi une place de prédilection dans les contrats non translatifs de propriété réglementés par le code civil tels que le louage, le dépôt, le prêt à usage... La coïncidence de ces obligations avec celles qui visent à « transmettre la possession réelle qui n'a aucune relation avec le transfert de la propriété » comme s'y oblige le bailleur par exemple, va permettre leur identification en obligations de *praestare*.

Mais il n'est ni suffisant ni satisfaisant de constater l'existence de ces obligations en admettant qu'elles trouvent leur raison d'être et leur justification dans l'existence de réglementations spécifiques (33). Parce qu'elles existent, les obligations de *praestare* demandent à être rattachées à une véritable classification dont elles constitueraient l'un des éléments. Elles aspirent pour cela à être érigées en une catégorie autonome.

6. *Plaidoyer en faveur de l'admission de la catégorie des obligations de praestare.* L'accueil réservé par la doctrine contemporaine à l'obligation de *praestare* est manifeste. S'inspirant de la notion telle que la connaissait le droit romain, plus exactement telle que nous l'ont transmise les auteurs romanistes, des travaux récents et nourris se sont efforcés de la mettre en évidence (34). Tous ont en commun la volonté de proposer une nouvelle classification des obligations, en fonction de leur objet, destinée à prendre en compte cette obligation trop longtemps oubliée et à renouveler la théorie générale des obligations. En revanche, les utilisations possibles du *praestare* varient en fonction des sensibilités doctrinales, montrant ainsi la richesse inégalée d'une notion en voie de reconnaissance. Une notion qu'il convient également de manier avec prudence dans la mesure où les termes utilisés en droit contemporain n'ont pas toujours un sens identique à celui qu'ils revêtaient en droit romain. Ainsi le prêt de consommation, le *mutuum*, avait-il deux entrées et pouvait être assimilé à une location sans transférer la propriété. Ce n'est que plus tard que seront effectuées de nouvelles distinctions et que cette forme de prêt deviendra exclusivement un contrat translatif de propriété. Si donc l'histoire du droit romain ne se termine pas, loin s'en faut, avec l'histoire de Rome, il faut bien reconnaître néanmoins que le legs n'est pas parvenu intact jusqu'à nous. C'est donc muni de précautions, tout en prenant appui sur les analyses précédemment effectuées que nous souhaitons à notre tour ajouter une pierre à l'édifice en donnant notre propre définition de l'obligation de *praestare*.

7. *Fait générateur de l'obligation de praestare : le transport en possession* (35). Située aux confins du droit des biens et du droit des contrats, l'obligation de *praestare* naît du dessaisissement (présent ou futur) du débiteur et de la mise en possession consécutive du créancier relativement au bien vendu, loué, prêté... Songeons à cet égard que les obligations conventionnelles sont situées dans

le code civil au livre intitulé : Des différentes manières dont on acquiert la propriété (36). Or la possession fait songer immédiatement à la propriété. La théorie générale de la possession est d'ailleurs étudiée la plupart du temps dans les ouvrages consacrés aux biens. Cette constatation s'explique. La possession des choses, des droits réels, a été en effet le creuset dans lequel la notion de possession a été élaborée (37). Celle-ci connaît pourtant des applications très différenciées (38). Quoique fort peu étudiée, la notion se retrouve en droit des contrats, plus précisément dans les contrats qui supposent une *traditio* (39). La mise en possession permettra la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit. Elle constitue ainsi la substance de l'obligation de délivrance du vendeur ou du bailleur (concrétisée par exemple par la remise des clefs ainsi que le prévoit l'article 1606 du code civil pour la vente), ou bien encore l'élément constitutif de la remise de la chose par le prêteur (40)... L'obligation de *praestare* peut même être systématisée à travers la formule très générale de l'article 1127 du code civil qui énonce : « le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, objet de contrat » (41).

8. *Identification de l'obligation de praestare et proposition de définition.* Selon une doctrine autorisée, « *praestare* signifie transférer un bien, en remettre à autrui la possession ou la détention pour une durée plus ou moins longue, à charge pour qui se voit ainsi légitimement investi, de le restituer à son maître » (42). Pareille définition constitue un point de départ important. Elle rejoint la conception du *praestare* adopté par les romanistes qui l'avaient traduit par « fournir », c'est-à-dire opérer « livraison d'une chose corporelle au créancier sans lui transférer la propriété » (43). Selon cette acception, l'obligation de *praestare* s'identifie à l'obligation caractéristique des contrats qui organisent le transfert d'usage d'une chose, c'est dire qu'elle s'adresse en réalité aux contrats « qui sont conclus en vue de mettre un bien à la disposition d'autrui... et qu'elle trouve (avec eux) son point d'application logique... *L'obligation de praestare peut ainsi se traduire par mettre à disposition* » (44).

La mise à disposition, expression neutre et générique empruntée au langage courant (45), est un procédé très répandu qui irrigue de nombreux contrats et qui se cristallise dans ceux qui en font leur élément caractéristique. Certains considèrent que l'expression traduit un état de fait, qu'elle ne renseigne nullement sur l'état de droit (46). D'autres soulignent qu'avec une telle locution « on décrit plus qu'on ne qualifie une opération » (47). La mise à disposition serait ainsi une simple opération matérielle.

Nous croyons, pour notre part que cette opération sous-tend une véritable catégorie juridique : celle des obligations qui, à titre principal ou accessoire, ont pour objet de mettre un bien à la disposition d'autrui. Ce faisant, la question rebondit aussitôt : Quelle signification juridique conférer à ce terme (48) ? La réponse n'est pas univoque.

Certains auteurs, adoptant une conception littérale de la mise à disposition, considèrent qu'au centre de cette catégorie de contrats « se situe toujours à la fois l'obligation de transmission et celle, corrélative, de restitution : elles sont de leur essence » (49). Ainsi en est-il par exemple pour le contrat de bail (50). Ce contrat assure au locataire « la jouissance de la chose, ce qui implique que cette chose soit mise à disposition, ensuite qu'il puisse en tirer profit, enfin qu'elle soit restituable » (51). Ce constat est pertinent. Mais priorité n'est pas exclusivité. Il est aussi possible de concevoir la notion de mise à disposition dans une acception plus large et de la définir comme « l'opération qui pèse sur une personne de transférer l'usage d'une chose vers une autre afin que cette dernière l'utilise à son profit » (52). Définition que n'infirme d'ailleurs pas celle retenue dans le vocabulaire juridique Capitant élaboré sous la direction du doyen Cornu. La mise à disposition d'une chose y est définie comme « une modalité de délivrance qui consiste à rendre une chose accessible à son destinataire, de manière à ce que celui-ci puisse effectivement en prendre possession » (53).

A suivre cette dernière analyse, la mise à disposition va pouvoir englober non seulement les situations où la partie à qui est remise la chose se trouve investie de sa possession pour en jouir « pendant un certain temps » (V. art. 1709 c. civ.) avant de la restituer, mais s'appliquera encore aux hypothèses où le créancier peut, le cas échéant, disposer du bien. On songe ainsi à l'obligation de délivrance du vendeur (art. 1604 c. civ.) (54) ainsi qu'à l'obligation de retirement de l'acheteur (art. 1657 c. civ.) (55). Il est aussi possible d'englober sous ce dernier vocable, certaines opérations de constitutions de garantie (56). Pareille constatation appelle réflexion. Si l'on prête attention au droit positif, on s'aperçoit tout d'abord que, sous couleur d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation de donner, les tribunaux admettent en fin de compte le transport forcé de la possession d'un bien. Il arrive par ailleurs que l'exécution en nature de certaines obligations de faire vise en réalité des obligations qui consistent soit à conserver, fournir, livrer, remettre, retirer une chose, soit encore à garantir un bien ou un droit. Autant d'éléments qui évoquent la notion de mise à disposition.

Fort de ce rapprochement, on pourrait formuler l'hypothèse suivante : ces obligations de mise à disposition diverses et variées ne perceraient-elle pas en droit positif sous le couvert d'incertaines obligations de donner ou de faire ?

9. *Annonce du plan : les difficultés pour l'obligation de praestare d'affirmer son existence autonome.* Notre proposition doit être démontrée, elle appelle vérification. Il importe donc de rechercher où surgissent aujourd'hui ces obligations de *praestare* et sous quelles formes elles se manifestent. Leur mise en évidence en droit positif amène au constat suivant. L'obligation de *praestare* n'apparaît pas à visage découvert, formellement tout au moins. Dans les contrats comme le louage, le dépôt, le prêt ... qui font naître purement et simplement une obligation de mise à disposition, on a tôt fait de balayer le problème en se fondant sur les réglementations spécifiques y relatives. Cette difficulté de l'obligation de *praestare* à vivre au grand jour peut s'expliquer par le fait qu'elle n'est pas nommée dans la *summa divisio* énoncée à l'article 1126 du code civil. La puissance conférée à la distinction des obligations de donner et de faire serait telle qu'elle en arriverait à oblitérer la catégorie des obligations de *praestare*. Il existe de surcroît un certain nombre de raisons historiques qui n'ont pas facilité sa mise en évidence. Ainsi la doctrine a-t-elle sans ambages fait perdre son identité à l'obligation de *praestare*. Demolombe n'hésitera pas à la fondre dans le contenu de l'obligation de donner (57). Tandis que Savigny, à l'opposé, la rapprochera de l'obligation de faire (58). Quant à P.-F. Girard, il l'analyse dans son manuel de droit romain, « comme une subdivision du fait qui consisterait en un acte positif ou négatif » (59).

Déjà plus qu'un *facere* mais pas encore un *dare*, l'obligation de *praestare* n'avouerait-elle son nom qu'à travers une obligation de faire renforcée ou une obligation de donner atténuée ? Nous ne le croyons pas. S'il est vrai qu'il existe une grande proximité entre les trois catégories d'obligations, celles-ci ne doivent pourtant pas être confondues (60). Les obligations de *praestare* existent mais, subissant l'attraction des deux pôles contraires, elles se trouvent tantôt *masquées* par la catégorie des obligations de donner (I) tantôt *rangées sous la bannière* des obligations de faire (II).

I. - L'OBLIGATION DE *PRAESTARE* MASQUEE PAR LA CATEGORIE DES OBLIGATIONS DE DONNER

10. *Obligation de praestare et obligation de donner.* L'obligation de donner est depuis des temps immémoriaux sujette à controverse. L'ambiguïté du code civil mélangeant l'obligation de donner et l'obligation de livrer comme objets de l'obligation est certainement pour une bonne part à l'origine de cette difficulté (61). Mais par un effet paradoxal du droit, d'une telle ambiguïté peut jaillir la lumière. L'obligation de *dare*, prise dans son acception la plus usuelle, fait songer

immédiatement aux contrats portant sur un transfert de propriété (62). L'obligation de livrer, corollaire inéluctable de la première - elle en constitue la suite logique et nécessaire - s'affirme quant à elle sous les traits d'une obligation certes très proche de la précédente mais néanmoins distincte. Elle emprunte ce faisant l'un des visages de l'obligation de *praestare*. Il n'est pas le seul. Il arrive en effet que l'obligation de *praestare* revête une figure encore plus inédite. Les liens qu'elle entretient avec l'obligation de *dare* procèdent d'une autre nature. Le rapport de subordination qui *reliait* précédemment une obligation accessoire à une obligation principale cède ici la place à un rapport de coordination *unissant* désormais deux obligations complémentaires. Cette hypothèse se rencontre dans les contrats qui, tels le cautionnement, l'assurance... font naître *ab initio* une garantie de paiement et dont la réalisation ultérieure se soldera par l'exécution d'une obligation de donner, dénommée encore obligation de règlement.

Une très forte imbrication existe donc entre les obligations de donner et de *praestare*. Imbrication certes, mais non fusion, car chacune d'entre elles revêt une singularité propre. Ainsi pour difficile qu'elle soit, la mise en évidence des obligations de *praestare* s'impose. Le fait que celles-ci soient tantôt subordonnées (A) et tantôt coordonnées (B) à l'obligation de donner ne doit pas empêcher de tenter de les systématiser. Cela permettra dans le premier cas de débusquer les fausses obligations de donner pour consacrer dans le second les vraies obligations de *praestare*.

A. - L'obligation de praestare subordonnée à l'obligation de dare

11. *Obligation de praestare et contrats translatifs de propriété.* L'article 1136 du code civil aux termes duquel « l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison à peine de dommages et intérêts envers le créancier » (63) mérite attention. Indépendamment de l'obligation de donner (64), existent des obligations distinctes qui en constituent le prolongement et la suite nécessaire que le code nomme : obligation de livrer, obligation de conserver la chose. De telles obligations apparaissent comme différentes facettes d'une obligation plus générique de mise à disposition. Elles font songer au *praestare*. Beudant et Demolombe avaient d'ailleurs souligné que l'obligation de *praestare* joue un rôle dans l'exécution de l'obligation de donner (65). Dans ce contexte, la vente qui apparaît comme l'archétype des contrats translatifs de propriété, se charge de signification particulière. Elle peut constituer un modèle de référence pour notre démonstration. Produisant des effets en matière de droit réel, ce contrat engendre aussi des effets personnels. La distinction entre ces deux catégories d'effets n'est pourtant pas toujours aisée tant il est vrai que l'obligation de délivrance se trouve intimement liée au transfert de propriété lorsque celui-ci est immédiat. Mais cette difficulté ne doit pas occulter la place spécifique réservée par les rédacteurs du code civil à l'obligation de *praestare* du vendeur (1). Sa mise en évidence est en revanche facilitée dans les types de vente dans lesquelles le transfert de la propriété est retardé, c'est-à-dire dans les ventes qui font naître à la charge du vendeur l'obligation de transférer la propriété. L'article 1583 de par son caractère supplétif, autorise en effet à concevoir des hypothèses dans lesquelles le transfert de propriété est retardé (66). Il existe également des hypothèses légales dans lesquelles le transfert de la propriété est nécessairement retardé en raison de la spécificité de la chose vendue. Dans toutes ces situations, la propriété n'a pas été transférée *solo consensu* lors de la conclusion du contrat, le vendeur demeure débiteur d'une obligation de donner en vertu de laquelle il s'engage à transférer la propriété. Aux côtés de cette obligation de *dare*, on retrouve, cela s'entend, l'obligation de mise à disposition (67). Mais en l'occurrence, et la nuance n'est pas mince, l'obligation de *praestare* joue un rôle actif dans la réalisation de l'obligation de donner (2).

1. *Obligation de praestare et mise à disposition d'un corps certain*

12. *La délivrance : archétype de l'obligation de praestare.* Le vendeur a pour obligation essentielle de délivrer la chose vendue (68). Il doit, à ce titre, mettre la chose à la disposition de l'acheteur, lui permettre de la retirer s'il s'agit d'une chose mobilière corporelle, et en toute hypothèse faire en

sorte que ce dernier puisse en prendre possession. Le code civil donne d'ailleurs plusieurs illustrations de cette mise en possession aux articles 1605 et 1606, lesquels fixent soigneusement les modalités d'exécution de la délivrance en matière immobilière ou mobilière. Lorsque la vente se réalise *solo consensu* toutefois, il peut exister une concomitance spatio-temporelle entre le transfert de propriété et l'exécution de l'obligation de délivrance. De cet entremêlement jaillissent un certain nombre d'interférences provoquant un risque de dilution du *praestare* dans le *dare*. Pourtant, il n'en est rien. Le premier s'exécute certes sous l'égide et dans la mouvance du second, mais garde néanmoins toute son autonomie. En effet, l'obligation de donner qui, en pareil cas naît et s'exécute en un trait de temps, ne peut à aucun moment être confondue avec l'obligation de *praestare*. A l'abstraction du transfert de propriété (69), répond d'abord le caractère matériel du transfert de possession. Le transfert de la propriété s'opère ensuite sans la médiation de la volonté et de l'activité du débiteur » (70) alors que la mise en possession se cristallise dans une obligation spécifique, l'obligation de mise à disposition (71).

L'obligation de *praestare* est toute aussi présente lorsque l'on se trouve en présence d'une vente dont le transfert de propriété est différé. Mais elle se manifeste alors différemment en permettant la matérialisation de ce dernier (72).

2. *Obligation de praestare et mise à disposition d'une chose de genre ou d'une chose future*

13. *Obligation de praestare et contrats de vente n'opérant pas transfert de propriété solo consensu.* Dans ces types de ventes, le transfert de propriété est nécessairement retardé. La chose n'étant pas un corps certain ne peut être isolée dans le premier cas (*genera non pereunt*) (73), n'a pas encore vu le jour dans le second (74). Pour que puisse s'effectuer en bonne et due forme l'obligation de *dare*, il est donc au préalable nécessaire d'individualiser la chose de genre, ou de la localiser dès son achèvement afin que l'acheteur puisse procéder à son enlèvement. Aux termes de l'article 1604 du code civil, l'obligation de délivrance du vendeur consiste dans « *le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur* ». Le vendeur doit donc permettre deux catégories de « transport » de la chose à l'acheteur : le transport de la chose vendue en sa puissance et le transport de la chose vendue en sa possession. Au coeur de cette définition dans laquelle chaque mot a une signification exclusive, la démonstration puise sa force. Prenant appui sur ce texte, la doctrine a fort bien montré comment l'article 1604 du code civil (75) contient cette obligation de donner qui pèse sur le vendeur tenu *du transport de la chose en la puissance de l'acheteur* (76). Mais sa signification ne s'arrête pas là. Pour permettre la réalisation de l'obligation de transférer la propriété, le vendeur doit également effectuer *le transport de la chose en la possession de l'acheteur.* Cette dernière obligation quoique subordonnée à l'obligation de *dare* - elle matérialise le transfert du droit de propriété - s'en distingue néanmoins par son caractère propre. Elle revêt les traits de l'obligation de *praestare*.

14. *Obligation de praestare et obligation monétaire.* La rencontre de l'obligation de *praestare* et des obligations dont l'objet est une chose de genre fait songer à une catégorie particulière d'obligation : l'obligation de payer une somme d'argent. Sa nature quelque peu hybride suscite l'attention et suggère de rechercher si une obligation de *praestare* ne nicherait pas sous l'enveloppe juridique de l'obligation de transférer une somme d'argent. La nature de l'obligation de payer une somme d'argent est difficile à identifier (77). La doctrine est divisée. Certains auteurs la rangent parmi les obligations de faire (78), d'autres la considèrent à certains égards comme une obligation de donner et à d'autres points de vue comme une obligation de faire (79). La majorité de la doctrine néanmoins, considère que la dette de monnaie vise à transférer la propriété d'une certaine quantité d'instruments monétaires (80). Quant à la jurisprudence, elle a implicitement mais sûrement pris parti en faveur de cette dernière qualification (81).

La monnaie étant par excellence une chose de genre, la propriété ne peut être transférée par le

seul échange des consentements. Le transfert de la propriété d'une certaine quantité d'argent demeure donc une perspective. Ce transfert se fera en exécution de l'obligation de donner, mais il n'épuise pas à lui seul l'intégralité des obligations existantes. Aux côtés de l'obligation de donner il faut admettre, comme nous avons pu l'envisager précédemment, la présence d'une autre obligation qui en conditionne l'accomplissement. Quelle est la nature de cette obligation ?

Certains l'analysent comme un fait positif du débiteur (82). Mais outre que cette conception fait appel à une conception excessivement large de la notion d'obligation de faire, elle ne permet pas de rendre compte de toute la réalité. En effet, parce qu'« elle consiste en une obligation de donner des choses de genre qui ne sont pas comme les autres (...), l'obligation de somme d'argent tire de son objet une nature toute particulière : obligation de fournir des signes émis par l'Etat » (83). Or « fournir » n'est-ce pas mettre à disposition les instruments monétaires qui permettront le transfert de valeurs d'un patrimoine à l'autre et permettront d'obtenir la satisfaction du créancier (84) ?

Il est ensuite des situations où l'obligation de *praestare* se détache nettement de l'obligation de payer une somme d'argent et conquiert en quelque sorte ses lettres de noblesse. Tel est le cas lorsque le débiteur pour honorer sa dette utilise des instruments de crédit telle la lettre de change.

L'existence d'une obligation de mise à disposition est ainsi flagrante en présence d'une lettre de change ou de tout autre effet financier. Le tireur remet la traite à un bénéficiaire en paiement d'une somme due correspondant à la valeur de ce qui lui a été fourni. Mais à l'inverse de ce qui se passe en matière de chèque (85), la dette ne sera effectivement acquittée que lorsque le tiré aura *payé* la lettre au porteur de l'effet de commerce. Cette dissociation entre l'obligation de provisionner et l'obligation de payer (86) met en lumière et justifie l'existence d'une obligation de *praestare* distincte de l'obligation de *dare*. Elle explique que le tireur, en remettant l'effet de commerce, ne soit pas pour autant libéré à l'égard du bénéficiaire. Ainsi conçue, l'obligation de provisionner évoque déjà l'obligation de *praestare* assimilée à une obligation de garantir et comme annonciatrice du *praestare* coordonné au *dare*.

B. - L'obligation de praestare coordonnée à l'obligation de dare

15. *Retour aux sources et perspectives d'avenir.* Prenant appui sur l'histoire, la doctrine a redonné vie à l'obligation de *praestare* en prenant comme point d'ancrage la matière du cautionnement et plus particulièrement le cautionnement des dettes futures ou « omnibus ». Selon cette analyse, l'obligation de *praestare* viendrait se ranger aux côtés des obligations de donner et de faire, creusant ainsi sa place au sein de la classification des obligations en fonction de leur objet. Elaborée primitivement au Japon par Fujio Oho, qui transpose le *praestare* romain au droit du cautionnement en l'identifiant à une obligation de garantir qui pèserait sur la caution (87), la théorie a pris un réel essor en France, avec la prise en compte de la distinction élaborée par Christian Mouly (88) de l'obligation de couverture et de règlement qu'assume la caution (1). Elle connaît actuellement un regain de vigueur sous l'impulsion d'un auteur nippon (89), désireux d'en étendre le champ d'application et la portée. Ainsi conçue, l'obligation de *praestare* pourrait être ressuscitée sous la forme d'une « prestation de garantie » (2).

1. *Potentialités de l'obligation de praestare en droit du cautionnement et de l'assurance*

16. *L'analyse dualiste de l'engagement de la caution.* La théorisation faite par Christian Mouly des éléments constitutifs de l'obligation de la caution a ouvert une nouvelle voie. Dans la pensée de cet auteur, l'objet de l'obligation de la caution consiste en une garantie de paiement. Or, cette garantie existe dès la conclusion du contrat, elle est déterminée, seul le montant à payer restant déterminable ; mais cela suffit pour que l'engagement existe (90).

De cette constatation, découle son analyse dualiste de l'obligation de la caution qui se décompose en une obligation de couverture (91) et en une obligation de règlement. « La première obligation est d'exécution immédiate et prend naissance avec certitude dès la conclusion du contrat de cautionnement. Son objet est de retracer le cadre de la garantie offerte par la caution ; cette obligation détermine la *couverture* que fournit le cautionnement et pour cela elle « est distincte de celle qui garantira la créance principale quand elle sera née... La deuxième obligation qui a pour seul objet le *règlement* d'une dette déterminée, se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines ; elle remplit le cadre tracé par l'obligation de couverture » (92).

17. *Coïncidence entre l'obligation de couverture et l'obligation de praestare.* La notion même d'obligation de couverture a été récusée. Certains auteurs ont pu voir en elle une « prestation imaginaire » (93). D'autres, sceptiques, voient en l'obligation de couverture une bien curieuse obligation dont on serait en peine de définir l'objet. Ils considèrent que la formulation de la distinction imaginée par Christian Mouly procède d'une confusion entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel. En réalité, la soi-disant obligation de couverture ne serait que la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement (94).

Nous croyons pour notre part que cette obligation existe bel et bien. En nier l'existence, c'est rester tributaire de la dichotomie opérée entre les obligations de faire (de ne pas faire) ou de donner. Effectivement, l'obligation de couverture ne relève d'aucune de ces deux catégories. Mais cela ne veut pas dire pour autant qu'elle soit vouée au néant. Cela signifie simplement qu'il faut la rattacher à une autre qualification. Et la qualification qui lui convient est celle des obligations de *praestare*. Il convient pour s'en convaincre de voir comment se déploie l'obligation de couverture au sein des contrats d'assurance et de cautionnement qui en constituent le réceptacle. L'*objet* de l'assurance, surtout celle de dommages, réside *dans le lien qui unit le bénéficiaire au bien garanti*. Cette relation appelée « intérêt d'assurance », couvre le risque de sinistre. L'*objet* du cautionnement consiste dans la relation qui s'établit entre le bénéficiaire du cautionnement et la valeur économique de la dette cautionnée. « L'obligation de couverture a pour finalité de *préserver la valeur économique des créances que le bénéficiaire du cautionnement détient contre le débiteur* (95). On peut appeler cette valeur économique l'intérêt cautionné par analogie avec l'intérêt assuré » (96). Dans les deux hypothèses, il s'agit de permettre ultérieurement la réalisation de la garantie et pour cela de mettre à la disposition du bénéficiaire l'intérêt assuré comme l'intérêt cautionné en *préservant (conservant)* la valeur économique des créances y relatives.

De cette démonstration, s'évincent deux constatations. L'obligation de *praestare*, ici dénommée obligation de couverture, existe tout d'abord indépendamment de l'obligation de donner qui s'identifie à l'obligation de règlement (97). Cette obligation existe et s'exécute avant l'arrivée de l'événement prévu, cause de la naissance concrète de l'obligation de règlement (98).

Cette obligation de couverture entretient ensuite un rapport de dualité avec l'obligation de règlement (99). Dualité mais non ignorance puisque l'obligation de *praestare* est coordonnée à l'obligation de *dare*. « Il vaut mieux voir (en effet) dans le cautionnement de dettes futures un faisceau de deux obligations distinctes mais liées entre elles » (100). L'obligation de couverture fixe le cadre qui sera rempli par l'obligation de règlement au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront, à l'instar de ce qui se produit entre contrat cadre et contrats d'application. Les deux obligations s'emboîtent l'une dans l'autre à la façon d'obligations gigognes (101). Consacrant cette théorie (102), la Cour de cassation a suivi cette analyse. Son intérêt primordial apparaît en cas de décès de la caution avant qu'ait pris naissance l'obligation de règlement. Alors qu'aux termes de l'article 2017 du code civil, il est prévu que l'engagement de la caution est transmis aux héritiers, il est jugé aujourd'hui que seule est transmise aux héritiers l'obligation de

règlement pour les dettes nées avant le décès de la caution. L'obligation de couverture, pour les dettes nées postérieurement au décès de la caution est quant à elle éteinte (103). Ainsi apparaît l'autonomie de l'obligation de couverture qui peut disparaître alors que l'obligation de règlement subsiste.

L'obligation de *praestare* se trouve donc ici ressuscitée sous la forme d'une obligation de mise à disposition : celle de *conserver* « *l'intérêt garanti* » ou « *l'intérêt assuré* ». Il s'agit de « conserver la valeur du bien » pour la satisfaction du créancier. Cette obligation a sa propre identité. En effet, l'obligation de couverture assumée par la caution ou par l'assureur constitue une obligation présente, distincte de celle future ou éventuelle de payer une somme d'argent, même si par la force des choses elle se trouve dans la mouvance de l'obligation de donner et lui est, en conséquence, étroitement coordonnée.

Franchissant une étape supplémentaire, le professeur Kanayama propose d'étendre le champ d'application de la théorie proposée en systématisant et en généralisant l'obligation de garantir.

2. *Assimilation de l'obligation de praestare à la « prestation de garantir »*
18. *L'identification de l'obligation de praestare à l'obligation de garantir.* Pour M. Kanayama, l'obligation de garantie constitue certes la prestation caractéristique dans tous les contrats de garantie mais il va au-delà. Pour cet auteur, l'obligation de garantie pourrait recouvrir des figures juridiques autres que le cautionnement et l'assurance (104). L'auteur pense ainsi pouvoir faire entrer dans sa classification les autres sûretés personnelles telles que la solidarité et l'indivisibilité, la délégation « imparfaite » et la promesse de porte-fort ou même dans une certaine mesure, les sûretés personnelles « inédites » comme la lettre d'intention, la garantie autonome et le constitut. Il propose ensuite d'y ajouter la catégorie des contrats de fourniture et d'assistance dans lesquels le contrat cadre définit les conditions de l'assistance promise ainsi que les obligations respectives des parties, assimilant l'obligation d'assistance à celle qui incombe à l'assureur. Le contrat cadre abriterait une obligation de garantie-*praestare* coordonnée à l'obligation de donner mise en oeuvre lors de l'exécution des contrats d'application (105). Il suggère enfin d'y inclure les contrats faisant naître une garantie légale ou conventionnelle. Cette innovation se recommande de l'analyse renouvelée présentée par le professeur Bernard Gross de l'obligation de garantie (106). Longtemps considérée comme une simple obligation de réparation, cette institution s'est complexifiée et élargie intégrant l'obligation de renseignements, celle de prévision ou encore celle de défense. « la garantie a ainsi peu à peu quitté le domaine exclusif de la responsabilité. Elle est devenue une obligation à double face » (107). L'obligation de garantie présente certes un aspect négatif (108) qui transparaît dans l'obligation de réparation mais aussi et surtout un aspect positif ; elle s'identifie alors à une obligation de *faire jouir de la possession paisible.*

Cette proposition confrontée à l'objet de notre démonstration présente de précieux avantages. Outre qu'elle permet de découvrir de nouvelles obligations de mise à disposition (109), elle présente le mérite essentiel de mettre en lumière la « mise en possession » inhérente à l'obligation de *praestare.*

Dans ce dernier cas comme dans les hypothèses précédentes, ainsi conçue, l'obligation de garantir peut constituer l'une des facettes de l'obligation de *praestare.* Si l'on se rappelle la signification que revêt ce terme en droit romain (110), « il est dès lors naturel que le mot *praestare* soit employé pour désigner l'obligation de garantie » (111).

II. - L'OBLIGATION DE *PRAESTARE* RANGEE SOUS LA BANNIERE DES OBLIGATIONS DE FAIRE

19. *Repérage des obligations de praestare.* La mise en évidence des obligations de *praestare* par référence aux obligations de faire est des plus délicate. L'identification des premières par rapport aux secondes n'en demeure pas moins une impérieuse nécessité. Indépendamment des vertus pédagogiques attachées à une telle distinction, les potentialités de l'article 1142 sont ici multiples. Ce texte apparaît comme un réservoir abritant une foule d'obligations au sein desquelles les obligations de *praestare* peuvent constituer un important gisement. Il importe donc de dessiner avec précision les contours de l'article 1142 en dépit des difficultés les plus ardues que soulève une telle identification en jurisprudence afin d'extraire ce qui est étranger à ce texte pour ne lui conserver que la part qui lui revient.

De ce point de vue, le rapprochement entre la catégorie des contrats portant sur des biens d'usage et ceux portant sur des prestations de services n'est pas dénué de logique si l'on veut bien considérer que les uns et les autres trouvent leur origine dans l'activité de l'homme, les biens d'usage corporels n'étant autre que des activités incorporées (112). Cette constatation permet de mettre en évidence une obligation de *praestare* sous le couvert d'une obligation de faire mal qualifiée. Il existe dans l'un et l'autre cas mise à disposition d'un bien matériel. Mise à disposition qui constitue la finalité première de la remise du bien dans le premier cas (A), l'objet premier de l'accomplissement d'une prestation de services dans le second cas (B).

A. - Obligation de praestare et contrats portant sur des biens d'usage

20. *Vraies obligations de praestare et fausses obligations de faire.* La matière des avant-contrats offre un champ d'investigation tout à fait intéressant pour qui veut réfléchir sur la distinction des obligations en fonction de leur objet. La réflexion peut plus précisément emprunter trois directions. On songe d'abord aux contrats préparatoires à la vente d'immeubles qui ont été, voici peu, sous les feux de l'actualité juridique. « Les risques de désordre » consécutifs aux errements du droit positif y relatifs ont sollicité l'attention de la doctrine (1).

Quant aux promesses de contrats réels, l'évolution de la jurisprudence la plus récente infirmant les solutions antérieures suggère de nouvelles problématiques induites d'une matière en pleine mutation (2). Viennent enfin, les contrats cadres de distribution (113). Ils ont occupé le devant de la scène jurisprudentielle pendant plus de vingt ans. Les controverses relatives à la détermination du prix se sont aujourd'hui apaisées sous l'égide des solutions rendues par la Cour régulatrice statuant en Assemblée plénière ; il n'est pas sûr, en revanche, que tout ait été dit sur la nature des obligations du producteur-fabricant (3). Aussi, dans ces trois ordres de situations, la mise en évidence d'obligations de *praestare* peut s'avérer féconde tant leur vocation à assainir les classifications existantes paraît forte.

1. *Obligation de praestare et contrats préparatoires à la vente d'immeuble*

21. *Désordres jurisprudentiels et réactions doctrinales.* La matière des contrats préparatoires à la vente d'immeubles demeure une préoccupation pour les juristes. L'orientation prise par la première chambre civile de la Cour de cassation dans le contrat de promesse unilatérale de vente, loin de convaincre la doctrine, a suscité les réactions les plus vives. A un moindre degré mais par un effet de dominos provoquant des répercussions en cascade, le pacte de préférence se trouve pris lui aussi dans la tourmente jurisprudentielle. Le débat a de larges implications en droit positif. La reconnaissance d'une obligation de *praestare* à la charge du promettant, pourrait permettre de clarifier une matière aussi tumultueuse que complexe.

22. *L'obligation du promettant dans le contrat de promesse unilatérale de vente.* A la suite des revirements opérés par la troisième chambre civile les 15 décembre 1993 et 21 juin 1996 (114) relatifs à la rétractation par le promettant de son engagement avant que le bénéficiaire d'une promesse

unilatérale de vente ne lève l'option, les auteurs ont été très nombreux à relever combien ces décisions portaient atteinte au principe de la force obligatoire du contrat (115). Ils ont aussi montré comment, en agissant de la sorte, les Hauts magistrats faisaient une interprétation erronée de la nature de l'obligation qui pèse sur le promettant. Pour la Cour de cassation, « tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante *ne constituait qu'une obligation de faire* et ... la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir... » (116). Il nous paraît déjà tout à fait inapproprié de recourir à l'article 1142. Cette affirmation contredit les enseignements les plus autorisés des auteurs qui ont démontré de façon décisive que l'obligation du promettant n'est pas une obligation de faire (117). « Une fois la promesse conclue, le promettant n'est pas débiteur d'une obligation de faire, il est tenu d'exécuter la vente promise à laquelle il a définitivement consentie, dès que le bénéficiaire aura levé l'option » (118). Certitude acquise de ce que n'est pas l'obligation du promettant, reste à savoir positivement en quoi elle consiste.

Les propositions sont variées. Certains ont considéré que le promettant était tenu d'une obligation de donner (119) ; mais il semble difficile d'admettre une telle analyse, surtout si l'on envisage l'obligation du promettant avant que le bénéficiaire ne lève l'option, le contrat de promesse n'étant pas translatif de propriété.

De façon plus convaincante, d'autres auteurs ont fait appel à l'obligation de ne pas faire que souscrit le promettant en s'engageant à ne pas vendre l'immeuble (120). Cette analyse est intéressante pour expliquer sa situation quand il vend le bien promis à un tiers (121) ; le promettant assume l'interdiction de vendre son bien à un tiers (122). Mais outre que cette analyse n'est pas partagée par tous les auteurs (123), elle ne rend pas suffisamment compte de l'originalité de l'obligation du promettant qui ne se réduit pas à une obligation de ne pas faire. En effet, il faut distinguer l'hypothèse dans laquelle le promettant se rétracte purement et simplement avant la levée de l'option de celle où il cède à un tiers le bien qu'il s'était engagé à vendre au bénéficiaire (124). S'il est concevable d'envisager une obligation de ne pas faire, en cas de vente du bien à un tiers, il n'est plus admissible de rester dans la logique de l'obligation de faire (celle-ci n'étant que le versant négatif de celle-là), quand le promettant se rétracte. En pareil cas, l'obligation du promettant est à notre avis d'une nature différente. On ne peut donc se satisfaire d'une qualification qui demeure intrinsèquement liée à la problématique de l'article 1142. Il est possible d'aller plus loin en effectuant une véritable rupture par rapport à ce texte.

23. *L'obligation de mise à disposition du bien par le promettant.* A suivre le raisonnement opéré par la troisième chambre civile, le consentement du promettant est érigé en objet de l'obligation puisque l'on sanctionne à titre d'inexécution contractuelle sa rétractation (125). Sans revenir sur l'irrévocabilité du consentement du promettant que commande le principe de la force obligatoire du contrat (126), nous voudrions montrer cependant que la spécificité du maintien du consentement du promettant dans la promesse unilatérale est intrinsèquement liée à la nature de l'obligation qui pèse sur lui.

Comment s'analyse le consentement du promettant ? Nul ne niera que le promettant consent à la vente. Or que signifie pour le promettant consentir à la vente ? Un auteur le dit fort bien. Par l'effet de la promesse, le promettant reste propriétaire mais est déjà considéré comme vendeur (127). Il est encore propriétaire, il n'est pas dessaisi de son bien ; le contrat n'est pas translatif de propriété. Mais il est déjà *considéré comme* vendeur, « considéré comme » cela veut dire qu'il n'est pas vendeur car il n'y a pas encore d'acheteur puisque par définition celui-ci n'a pas levé l'option. Il y a, en revanche, possibilité d'achat, si ce dernier exerce l'option. Dans cette *possibilité* réside la cause de l'obligation du promettant. Il doit assumer la perspective d'un éventuel transfert futur de

la propriété. Ainsi s'éclaire le débat. Le promettant a l'obligation de maintenir et conserver le bien entre ses mains. L'objet de cette obligation consiste dans la *mise à disposition possible* du bien au profit du bénéficiaire de la promesse. Ce gel provisoire du bien promis (128) fait toute la différence entre l'offre de vente qui doit être maintenue pendant un certain temps et l'engagement du promettant dans la promesse unilatérale. L'obligation au maintien du consentement résume donc à elle seule la contrainte assumée par le promettant (129). Cette obligation est une obligation de *praestare* susceptible d'exécution forcée.

Le contrat fait donc naître en la personne du promettant une obligation continue de conserver l'immeuble *destiné à être remis* au bénéficiaire, lequel en acceptant de lever l'option fait naître une obligation de donner. L'obligation de mise à disposition du bien existe nécessairement, elle peut précéder une obligation de donner si le bénéficiaire exerce l'option qui lui est consentie.

Il s'ensuit qu'au regard du bénéficiaire, la situation devrait être exactement la même avant ou après qu'il ne lève l'option. Avant la levée de l'option le promettant est obligé en vertu de l'obligation de *praestare*, après la levée de l'option, il le devient par l'effet de l'obligation de donner. Dans les deux cas, si le bénéficiaire se heurte à la résistance du promettant, il doit pouvoir agir en exécution forcée de la vente promise.

24. *L'obligation du promettant dans le pacte de préférence.* Le problème peut paraître légèrement différent de celui évoqué précédemment dans la mesure où le bénéficiaire du pacte est titulaire d'un droit plus fragile que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente. Le recours à l'article 1142 pour sanctionner l'inexécution du pacte de préférence en cas de collusion frauduleuse rapportée entre le promettant et le tiers acquéreur (130) nous paraît néanmoins aussi contestable qu'inutile tant il repose sur une interprétation erronée des obligations de celui-là (131).

On remarquera tout d'abord que le promettant est déjà tenu, au cas où il se décide à vendre, de mettre à la disposition de son cocontractant l'immeuble promis. Il s'interdit en conséquence de le proposer en premier à une autre personne. Sa situation ne diffère point alors de celle du promettant qui consent à une promesse unilatérale de vente. Naguère, les Hauts magistrats n'ont d'ailleurs pas été imperméables à une telle analyse (132).

On ajoutera encore et surtout que, sans préjuger de sa décision future, le promettant contracte toujours l'obligation de garder l'immeuble « disponible » pour le bénéficiaire. Un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 10 mai 1984 et conforté depuis lors (133), est à cet égard fort éclairant (134). Les juges ont considéré qu'en louant à des tiers des parcelles de terre (les preneurs étant du fait de la conclusion du bail titulaires du droit de préemption réservé au fermier), sur lesquelles ils avaient précédemment consenti un droit de préférence, les époux X... avaient vidé ce droit de son contenu et s'étaient mis volontairement dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence. Il ressort d'une telle décision que le pacte constitue une entrave à la libre administration de ses biens par le promettant (135). Ce dernier s'engage par principe à réserver le bien au bénéficiaire. Ce bien est indisponible pour tout autre que lui. Dans cette obligation nous voyons déjà une manifestation d'une obligation de *praestare.* Cette obligation déjà présente, prend toute sa force au cas où le promettant vend frauduleusement le bien à un tiers. La conclusion forcée du contrat est dès lors concevable.

2. *Obligation de praestare et « promesses » de contrats réels*

25. *La naissance de l'obligation de praestare dans les contrats de prêts consentis par un professionnel du crédit.* Effectuant un revirement remarqué, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé : « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel... La proposition de

financement (ayant) été signée par l'emprunteur et ... les conditions de garanties dont elle était assortie (ayant été) satisfaites ... le prêteur était, par l'effet de cet accord de volonté, obligé au paiement de la somme convenue » (136). Cette décision porte-t-elle en elle les germes d'une petite révolution signant à terme l'abandon de cette catégorie de contrats (137) ? Certains commentateurs de l'arrêt l'ont pensé (138), rejoignant en cela les nombreux auteurs qui préconisent l'abandon de la catégorie des contrats réels (139). Gardons-nous d'oublier cependant que le revirement effectué demeure partiel. Il ne concerne en effet que le prêt de consommation d'argent, consenti de surcroît par un professionnel. Il reste également vrai que la jurisprudence est attachée à la notion de contrat réel.

Mais ce que nul ne contestera, c'est qu'en rendant une telle solution les Hauts magistrats ont consacré, à coup sûr, le caractère consensuel du prêt consenti par un professionnel du crédit. Ce changement de qualification revêt à nos yeux une importance particulière. Il rejaillit inexorablement sur la nature de l'obligation que doit désormais assumer le prêteur. Une obligation de *praestare* ne prendrait-elle pas corps désormais ? Une rapide confrontation de la solution rendue avec le droit positif antérieur permettra de donner les éléments d'une réponse.

Jusqu'à l'arrêt du 28 avril 2000, la première chambre civile avait estimé qu'un prêt de consommation, « contrat réel, ne se réalise que par la remise de la chose prêtée à l'emprunteur lui-même ou à un tiers qui la reçoit pour le compte de l'emprunteur » (140). Corrélativement, il avait été jugé par ce même arrêt que la promesse de prêt constituait certes un contrat valable mais ne s'analysait pas en un contrat de prêt. Son inexécution entraînait donc seulement une condamnation à des dommages et intérêts. L'exécution forcée du prêt était exclue (141). La solution émise par l'arrêt du 28 avril rend caduque une telle jurisprudence.

Avec le revirement opéré (142), la première chambre civile modifie les données du problème. Le prêt de consommation devenant un contrat consensuel, la promesse de prêt vaut prêt. La remise des fonds devient alors le premier acte d'exécution de ce contrat (143). Elle ne constitue plus un complément du consentement, mais un effet, l'effet premier d'un contrat déjà formé (144). Les « éléments matériels » traduisant « l'importance du déplacement de valeur » (145) jusqu'alors considérés comme nécessaires à la formation du contrat deviennent objet de l'obligation du prêteur.

Quelle est la nature de cette obligation ? Dès l'échange des consentements, le prêteur doit mettre les fonds prêtés à la disposition de l'emprunteur. Pareille obligation accède donc à la vie en endossant le vêtement juridique du *praestare*. Le transfert de possession n'est plus une condition de formation du contrat mais un prélude à son efficacité. Le contrat de prêt sera donc valablement conclu avant même que la chose ne soit remise à l'emprunteur. D'où l'intérêt et la possibilité, par comparaison avec ce qui était admis auparavant (146), de demander et d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation (147). On peut prédire sans excès d'audace qu'une telle solution a toute chance d'être pérennisée (148). C'est dire si la première chambre civile a rendu une solution importante pour le prêt de consommation en particulier et pour le devenir de l'obligation de *praestare* en général.

3. *Obligation de praestare et contrats cadre de distribution*

26. *L'obligation de praestare identifiée à l'obligation de livrer.* Le contrat de concession commerciale constitue un bon exemple pour illustrer la présence de l'obligation de *praestare* dans les contrats de distribution. Il s'agit avant tout d'une convention cadre qui a pour objet d'annoncer une série de ventes ultérieures (149) appelées par la doctrine « contrats d'application » (150). Cette convention au contenu riche et complexe doit tisser la trame des relations futures des parties et comporte à ce titre des obligations pour chacune d'entre elles. En contrepartie de l'engagement

d'exclusivité du distributeur, le fabricant va contracter diverses obligations. Le concédant a ainsi l'obligation de fournir et d'assister le concessionnaire (151). Un arrêt remarqué de la cour d'appel de Colmar en date du 18 octobre 1972 (152) présente au regard de l'identification de cette obligation un intérêt primordial. Le contrat de concession commerciale est analysé par les magistrats en ces termes : « la convention d'exclusivité par laquelle un fabricant s'engage à *livrer* sa production à un commerçant pendant un temps déterminé *ne s'analyse pas simplement en une obligation de faire* qui, en cas d'inexécution ne pourrait se résoudre qu'en dommages et intérêts conformément à l'article 1142 du code civil ; il s'agit en effet d'une convention synallagmatique créant à la charge des parties des obligations réciproques s'analysant dans la personne du fabricant en une *double obligation de faire et de livrer* dont le créancier a le droit d'exiger l'exécution... ».

Pour la cour d'appel de Colmar, le concédant contracte donc en premier lieu l'obligation de *fabriquer les objets* dont la concession a été accordée et en second lieu celle de *livrer ces objets*. La première obligation est une *obligation de faire,* la seconde est une *obligation de livrer*. Or cette obligation de livrer n'est rien d'autre qu'une obligation de mise à disposition des marchandises fournies (153).

Une fois encore et si besoin était, se trouve vérifiée la vitalité de l'obligation de *praestare*. Fait d'autant plus remarquable si l'on songe au développement et à la multiplication des contrats cadres depuis une trentaine d'années en tant qu'instrument juridique apte à concrétiser une volonté de coopération durable entre deux partenaires économiques (154).

B. - Obligation de praestare et contrats portant sur des prestations de services

27. *L'obligation de faire, élément caractéristique du contrat d'entreprise.* La catégorie générique du contrat d'entreprise a vocation à accueillir tous les contrats qui engendrent une obligation de faire tendant à la fourniture d'un service. L'étude du droit positif montre que la jurisprudence admet l'exécution forcée de certaines obligations de faire qui ne consistent pas à livrer une chose corporelle mais à fournir une activité (155). Une jurisprudence plus que séculaire mérite à cet égard attention (156). Elle permet de dégager au sein de ce contrat quelle est la part véritable qui doit être reconnue aux obligations de faire (2) sans ignorer pour autant celle qui peut revenir aux obligations de *praestare* (1).

1. *Présence de l'obligation de praestare dans le contrat d'entreprise*

28. *Mise à disposition et objet du contrat d'entreprise.* L'objet du contrat d'entreprise défini par référence à l'article 1710 du code civil est assurément très vaste (157). L'examen de la structure de l'obligation de faire qu'il fait naître montre sa dualité essentielle et, avec elle, la dualité du contrat d'entreprise. L'entrepreneur s'engage doublement à créer par son travail (activité ou abstention) une valeur nouvelle et à en transférer le bénéfice au maître de l'ouvrage. Sont donc exclues du domaine du contrat d'entreprise, les conventions dont l'objet est simplement d'organiser le transfert d'une valeur préexistante (158). Parmi les contrats d'entreprise cependant, il convient de faire un sort à part à ceux qui consistent certes dans la fourniture d'un service, mais qui supposent pour l'accomplissement d'un tel service qu'un *bien soit mis à disposition*. Cette notion de mise à disposition est fondamentale, certains allant même jusqu'à considérer qu'elle est un élément primordial de ce contrat (159).

29. *Prémisses du raisonnement.* Appliquée au problème qui nous préoccupe, une telle problématique prend corps. Qui ne voit que l'activité de l'entrepreneur a pour objet une chose mise à sa disposition par le maître de l'ouvrage mais qu'il devra ultérieurement lui restituer transformée (s'il s'agit de confectionner un ouvrage), améliorée (s'il s'agit d'effectuer une réparation sur une automobile par exemple), réparée s'il s'agit de remettre en état (refaire un mur, repeindre des

volets, reprendre des travaux...). Dans toutes ces hypothèses, il convient pour ce dernier de se mettre en conformité avec les prévisions contractuelles.

Cette mise à disposition est pourvue de caractères spécifiques. Pour durable qu'elle soit, elle est temporaire à la différence de celle qui caractérise la délivrance qui, parce qu'elle accompagne le transfert de la propriété, revêt un caractère définitif (160). Elle revêt ainsi une originalité certaine dans la mesure où elle précède, parfois accompagne, l'exécution du service. Mais une telle proximité ne doit pas conduire à gommer son existence.

Ainsi, pourquoi ne pas admettre qu'elle constitue l'une des obligations qui, jointe à d'autres, participe à la finalité commune, soit l'exécution d'un service ?

30. *Démonstration.* De cette constatation découlent des conséquences importantes. A la suite d'un auteur et partant de l'idée que la mise à disposition constitue l'un des objets du contrat d'entreprise, il est possible de faire progresser notre démonstration si l'on accepte de définir l'obligation de faire moins par le comportement qu'elle prescrit que par le résultat qu'elle impose à son débiteur. Au lieu de rechercher si le débiteur doit agir ou s'il doit au contraire s'abstenir, il serait plus judicieux de s'interroger sur ce qui est attendu de son intervention active ou passive (161). Dans le contrat d'entreprise, en effet, le débiteur promet moins son industrie que le *résultat* produit par elle (162). Partant de là, il est concevable de distinguer entre *l'objet de la prestation*, qui est ce sur quoi porte l'activité développée, et la *finalité de la prestation* qui est ce vers quoi elle tend (163). L'objet de la prestation consiste dans la mise à disposition de la chose matérielle ou immatérielle à laquelle s'applique le travail de l'entrepreneur (réparation, entretien, construction, fabrication...). La finalité de la prestation est le résultat du travail fourni. Elle consiste dans l'effet voulu, recherché, souhaité par le bénéficiaire du service (avoir réglé le problème posé, réparé l'objet en panne...). Le service n'est donc pas l'objet de la prestation mais le but recherché par l'application du travail à cet objet.

31. *Conclusion du raisonnement.* La mise à disposition ne peut ainsi être oblitérée au profit du service qu'elle a pour but d'accomplir et qui par sa finalité se situe hors contrat. Il y a mise à disposition en vue du service final (164). Cette finalisation la constitue en un moyen au service d'une fin. Agissant sur le moyen, on renforce la fin. Dans cette prise en considération, se révèle l'existence d'une obligation spécifique. L'élément « mise à disposition » apparaît, caractérisant l'obligation de *praestare* (165). Si le contrat est susceptible d'exécution forcée, c'est que l'obligation de mise à disposition conditionne l'exécution du service. Ainsi s'expliqueraient les modalités de l'exécution en nature de ces fausses obligations de faire qui seraient en réalité de vraies obligations de *praestare* (166). Ces obligations étant à leur tour placées hors des prévisions de l'article 1142, reste à savoir finalement quelle catégorie d'obligation de faire est visée par ce texte...

2. *Eviction de l'obligation de praestare du contrat d'entreprise*

32. *Vraies obligations de faire : le domaine irréductible de l'article 1142.* La personne ou les biens d'un créancier ne sont pas toujours impliqués de la même façon, ni avec la même intensité dans l'exécution d'un contrat d'entreprise. Il est des hypothèses où l'obligation caractéristique du contrat présente un caractère très personnel et met en jeu la personnalité même de l'entrepreneur. Le comportement du débiteur est certes en lui-même source de valeur dans ce type de contrat ; mais dans ce dernier cas, les moyens qu'exige la fourniture du service consistent dans la seule exécution d'un travail ; l'activité visée nécessite forcément une qualité rare ou une compétence telle qu'elle ne peut être effectuée que par un individu particulier. Le moyen s'identifie alors à la fin en se fondant en elle. Le *facere* devient primordial, il prend toute la place ; nul, ne peut accomplir le service aux lieu et place de la personne désignée au contrat (167). Comme l'écrit le doyen Carbonnier « l'obligation de faire met en jeu des qualités irréductiblement

individuelles au débiteur » (168). En écho à ces propos, la Haute juridiction a pu affirmer : « l'article 1142 du code civil ne peut trouver application qu'au cas d'inexécution d'une obligation *personnelle* de faire ou de ne pas faire » (169). On comprend alors que seule l'exécution par équivalent puisse être ordonnée (170), l'exécution forcée en nature étant par principe impossible.

33. *Une conception stricte du facere corrélative à l'existence du praestare.* La mise en évidence de la catégorie des obligations de mise à disposition a pour principale implication de la situer en dehors des prescriptions de l'article 1142. Ainsi considérablement rétréci dans son champ d'application, l'article 1142 ne peut plus désormais s'étendre à n'importe quelle « obligation de faire ». Seules entrent dans ses perspectives celles qui s'identifient au *merum factum* et pour lesquelles l'exécution forcée en nature est inconcevable (171).

La règle de l'article 1142 ainsi comprise ne peut donc avoir un large domaine. Les anciens auteurs l'avaient au demeurant fort bien compris. Pothier dans son célèbre Traité des obligations constatait : « l'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de faire quelque chose est qu'elle doit faire ce qu'elle s'est engagée de faire et que si elle ne le fait pas, après avoir été mis en demeure de le faire, elle doit être condamnée aux *dommages et intérêts* de celui envers lequel elle s'est obligée... » (172). Il poursuivait un peu plus loin : « lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation *ne donne pas* au créancier le droit de *contraindre le débiteur précisément* à faire ce qu'il s'est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner à des dommages et intérêts faute d'avoir satisfait à son obligation. C'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose, car *nemo potest praecise cogi ad factum...* » (173). Ce texte donne seulement la possibilité au débiteur de se libérer de son obligations par le paiement de dommages et intérêts.

34. *« Les obligations de praestare existent, nous les avons rencontrées ! »* Conscients de l'enchevêtrement des situations juridiques, rançon de la complexité accrue du droit contractuel contemporain, les tribunaux combinent à des titres et degrés divers les modalités d'exécution d'obligations qui diffèrent pourtant selon leur nature et leur objet. Procéder de la sorte n'est pas satisfaisant. Les obligations de *praestare* existent. Il faut donc leur accorder la place qui leur revient dans la classification des obligations. Pour si étroite que soient les imbrications réciproques entre les différentes catégories d'obligations les obligations de mise à disposition n'en conservent pas moins leurs caractéristiques propres. Autant donc satisfaire à la rigueur scientifique plutôt que de multiplier le byzantinisme en créant, par une sorte de clonage juridique, de pseudo obligations de donner ou de fausses obligations de faire. Admettre l'existence des obligations de *praestare*, c'est donc mettre le droit positif en harmonie avec la réalité juridique. Avec leur reconnaissance, émerge une nouvelle classification des obligations en fonction de leur objet.

35. *L'obligation de praestare seule susceptible d'exécution forcée en nature ?* Entre les obligations de donner qui visent à transférer la propriété et les obligations de faire qui consistent en l'accomplissement d'un fait se trouve la catégorie des obligations de *praestare*. Leur introduction au sein de la *summa divisio* existante autorise à repenser la notion d'exécution forcée ainsi que les frontières séparant l'exécution en nature de l'exécution par équivalent. L'obligation de donner, nous l'avons vu, se constitue et s'épuise dans le transfert de propriété. Seule demeure concrète l'obligation de mise à disposition. De ce double constat, il est possible d'induire des conséquences inédites. Qui ne voit dès lors que l'exécution forcée ordonnée par les juges ne peut viser l'obligation de donner (un droit étant abstrait, son transport l'est tout autant) (174), mais concerne en réalité l'obligation de *praestare*, qui en constitue la manifestation tangible et la représentation concrète. Quant aux obligations de faire, si comme nous le préconisons, on les identifie au *merum factum,* l'exécution par équivalent leur serait seule réservée (175). Si tel était le cas, *l'esprit* de l'article 1142 rejoindrait *sa lettre* : en cas d'inexécution par le débiteur, l'obligation de faire se résoudrait en dommages et

intérêts. Ce texte retrouverait ainsi pureté et cohérence. Si l'analyse s'avérait juste, disparaîtraient en contrepoint les critiques doctrinales adressées à un texte accusé d'exprimer le contraire de ce qu'il signifie. Au bout du compte, seules les obligations de *praestare* seraient donc susceptibles d'encourir l'exécution forcée en nature (176). Mais énoncer une telle proposition, c'est déjà prendre parti sur le régime juridique susceptible de leur être appliqué. Régime qui reste d'ailleurs à élaborer mais ceci est une toute autre question...

- **Arsac-Ribeyrolles, *L'abus à la baisse dans la fixation du prix*, Petites affiches 27 janvier 2006 n° 20, p. 10**

La jurisprudence du 1er décembre 1995, jusqu'ici envisagée comme sanctionnant les abus à la hausse dans la formation du prix, semble aujourd'hui pouvoir être appliquée aux pratiques de la grande distribution. Face aux lacunes des règles du droit de la concurrence, le droit des obligations pourrait constituer un outil de contrôle efficace permettant, par une analyse globale de l'opération contractuelle, une meilleure appréhension des accords de coopération commerciale.

Voilà aujourd'hui plus de dix ans que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par quatre arrêts du 1er décembre 1995 (1), a mis un terme à sa politique d'annulation des contrats-cadre sans prix. Sous la pression d'une grande majorité de la doctrine, la Haute juridiction a accepté d'abandonner à l'une des parties la fixation du prix des conventions ultérieures, sous la réserve expresse de ne pas abuser de cette faculté. Cet impressionnant revirement semble avoir mis un terme à une saga jurisprudentielle longue de plus de vingt ans, et ouvert une nouvelle ère, celle du contrôle de l'abus dans la détermination du prix. Dix années de recul nous permettent, aujourd'hui, de dresser un bilan. Le premier constat est celui de la rareté des décisions statuant sur la question, et, **a fortiori**, de celles qui ont retenu un abus. Pour autant, la jurisprudence de 1995 doit-elle être considérée comme un échec ? Si les tenants d'une acception large de l'abus peuvent le prétendre (2), nombre d'auteurs avaient prévu un tel reflux du contentieux. Ceux-là mêmes condamnaient avec ferveur la jurisprudence ancienne pour sa traque aveugle à la nullité, que ne justifiaient pas, le plus souvent, les pratiques des fournisseurs. Quel intérêt, en effet, ces derniers auraient-ils pu trouver à « étrangler » un à un les membres de leur réseau ? Aussi bien, la rareté des cas d'abus ne nous semble pas démontrer un quelconque défaut d'efficacité de la jurisprudence de 1995. Elle est beaucoup plus sûrement la preuve de l'incohérence de la jurisprudence précédente. Il est cependant un domaine où les abus, régulièrement dénoncés, n'ont jamais été sanctionnés sur le fondement des arrêts de 1995. Si échec de cette jurisprudence il y a, c'est bien dans son impuissance à appréhender, jusqu'ici, les pratiques de la grande distribution. Il est vrai que la doctrine, dans son immense majorité, a toujours envisagé l'hypothèse d'abus à la hausse. À cet égard, l'arrêt du 29 novembre 1994 (3), qui a initié le revirement, mentionnait expressément une « majoration » des tarifs. La lecture des décisions de 1995 révèle cependant des critères de l'abus épurés et une sanction élargie à tout abus dans la fixation du prix (4). C'est dire que la jurisprudence doit s'appliquer aux abus à la baisse, qui constituent en outre une menace plus avérée. Le schéma classique de domination (fournisseur puissant face au petit distributeur) s'est complètement renversé dans le domaine de la grande distribution. La puissance des grandes surfaces est telle aujourd'hui que les abus se multiplient, souvent dans l'impunité (5). Il nous semble que la jurisprudence de 1995 constitue le biais idéal par lequel le droit des obligations pourrait pallier les lacunes du droit de la concurrence. Elle est, en effet, applicable aux pratiques de la grande distribution **(I)** et pourrait, en dépit de certaines difficultés, permettre de les sanctionner **(II)**.

I L'applicabilité de la jurisprudence de 1995 aux pratiques de la grande distribution. Le domaine d'application de la jurisprudence de 1995 s'est modifié, s'ouvrant aux situations d'unilatéralisme de fait **(A)**. Elle peut donc désormais régir les pratiques des grandes surfaces, à l'égard desquelles la dépendance des fournisseurs est flagrante **(B)**.

A Le domaine de l'abus : de l'unilatéralisme de droit à l'unilatéralisme de fait. Les quatre arrêts d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 ont introduit une nouvelle notion en droit français : l'abus dans la fixation du prix, sanctionné par une résiliation du contrat et/ou des dommages-intérêts. La solution est exorbitante du droit commun, traditionnellement indifférent au déséquilibre dans le contrat (6). Aussi bien son champ d'application a-t-il été assez étroitement défini et limité aux conventions prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs, c'est-à-dire à ce qu'il est convenu d'appeler les contrats-cadre. C'est le constat de l'impossibilité, dans de telles conventions de longue durée, de fixer un prix **ab initio** qui a amené la Cour de cassation à accepter que sa détermination ultérieure puisse être abandonnée à l'une des parties. Ce sacrifice nécessaire de la liberté de l'autre contractant s'est accompagné d'un contrôle de la fixation du prix, puisque celui-ci n'était plus le résultat de la rencontre des volontés souveraines des parties. La justification du contrôle du prix institué par la jurisprudence de 1995 se trouve donc dans l'unilatéralité qu'elle a elle-même autorisée dans le contrat-cadre. Or, un arrêt récent montre que la solution tend à déborder son cadre primitif puisque l'abus a pu être recherché dans un contrat autre qu'un contrat-cadre. Dans son arrêt du 30 juin 2004, la Cour de cassation a paru transcender le critère de la nature du contrat pour consacrer celui qui lui était sous-jacent, c'est-à-dire celui de la contrainte. En effet, dans cette espèce, dont la formulation est quelque peu hasardeuse, le contrat est d'abord présenté comme à durée indéterminée, mais rythmé cependant par des « périodes de location » d'une durée d'un an, le montant des loyers étant révisable par période. L'hypothèse paraît fort éloignée de celle qui a donné jour à la jurisprudence de 1995. Pour autant, c'est bien cette dernière qui lui a été appliquée (7), les juges ayant recherché s'il y avait eu ou non abus dans la fixation du prix. S'agissant d'un contrat à durée indéterminée, « résiliable à tout moment », les raisons qui ont fondé la création de l'abus dans la fixation du prix n'existent plus. Juridiquement, en effet, l'une des parties ne subit pas le joug de l'autre, qui seul saurait justifier l'immixtion du juge dans le contrat. À cette vision fort théorique de la relation contractuelle, la Cour de cassation semble avoir préféré une analyse plus pragmatique. Au vu de cette décision, il apparaît que ce n'est plus tant l'organisation formelle de la relation contractuelle que le rapport concret de domination entre les parties qui fonde l'application de la jurisprudence de 1995. En effet, c'est ici le constat étayé de l'absence de contrainte qui a mis obstacle à ce que l'abus fût retenu. **A contrario**, cela signifie qu'aujourd'hui, la condition préalable (8) à l'abus n'est plus l'existence d'un contrat-cadre, mais celle d'une contrainte. Ainsi, alors que la jurisprudence de 1995 est née du constat d'un unilatéralisme de droit, elle semble aujourd'hui trouver sa justification dans l'unilatéralisme de fait.

B Contrainte et pratiques de la grande distribution. Puisque c'est la liberté contractuelle qui met obstacle à un contrôle judiciaire des prix, l'aliénation de cette liberté, qu'elle soit de droit ou de fait, doit permettre une sanction de l'abus. Or cette extension de la jurisprudence de 1995 aux situations d'unilatéralisme de fait ouvre à l'abus dans la fixation du prix de fort larges horizons d'application (9). Désormais, en effet, il sera possible de s'interroger sur l'existence d'un abus dès lors que l'une des parties se sera trouvée contrainte d'accepter le prix fixé. Pratiquement, il s'agira d'apprécier concrètement les solutions alternatives. La notion peut légitimement être rapprochée de celle de dépendance économique, situation dans laquelle se trouve une personne par rapport à une autre dont l'existence ou la survie économique est subordonnée au maintien de la relation contractuelle (10). S'agissant des pratiques de la grande distribution, il ne fait guère de doute qu'est constituée la contrainte à l'égard des fournisseurs. À cet égard, les chiffres n'appellent guère de commentaires, puisqu'un oligopsone composé de cinq grandes enseignes représente

aujourd'hui plus de 85 % des parts de marché. Aussi bien, pour certains types de produits, ces cinq enseignes représentent-elles des partenaires quasi obligés pour atteindre le consommateur (11), tandis qu'à l'inverse, très peu de produits s'avèrent réellement incontournables. Le rapport de force est encore plus déséquilibré s'agissant des PME qui, alors qu'elles représentent 96 % des fournisseurs de la grande distribution, occupent moins de 25 % de ses linéaires (12). En outre, les barrières institutionnelles à l'installation et à l'extension des grandes surfaces ont eu pour effet de faire de ces linéaires une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre les producteurs (13). Ce bref panorama de la grande distribution montre assez combien l'immense majorité des fournisseurs, **a fortiori** lorsqu'il s'agit de PME, subit la domination des distributeurs et se trouve dans une situation de contrainte. La jurisprudence de 1995 leur est donc applicable. Mais si la contrainte est une condition préalable de l'abus, elle ne préjuge pas de son existence, et il convient d'étudier maintenant quels en sont les critères et comment ils peuvent être appliqués aux pratiques de la grande distribution.

II La difficulté de retenir l'abus dans les pratiques de la grande distribution. La première difficulté tient à l'absence de consensus autour de la définition même de l'abus, dont deux conceptions s'affrontent aujourd'hui. D'une part, les tenants du solidarisme contractuel, inspirés par l'arrêt Huard (14), se fondent sur l'**affectio contractus** existant dans le réseau pour affirmer que la fixation du prix doit respecter l'intérêt de l'autre partie (15). Une décision récente est venue les conforter dans cette analyse. Elle a en effet retenu l'abus du concédant qui, face à l'effondrement général du marché, avait obligé ses concessionnaires à de lourds sacrifices, mettant en péril la poursuite même de leur activité, sans s'imposer la même rigueur alors qu'il avait les moyens de le faire, comme l'atteste le fait qu'il ait distribué des dividendes (16). Si la portée de cet arrêt doit certainement être nuancée (17), il n'en demeure pas moins que, dans la droite lignée de l'analyse solidariste, il impose à la partie « forte » un véritable devoir d'altruisme. Cette solution ne nous semble cependant pas applicable à la grande distribution, dans laquelle le partenariat est beaucoup moins étroit (18). La communauté d'intérêts y reste fort relative et impuissante à fonder un devoir accru de loyauté. Les partisans d'une vision plus libérale, eux, ne tiennent pour abusif que le prix qui s'éloigne notablement de celui du marché, sans justification (19). Cette acception de l'abus paraît beaucoup plus adaptée aux pratiques de la grande distribution. Sa mise en oeuvre est cependant rendue difficile par la défaut de lisibilité du prix d'achat **(A)** que seule permettra de dépasser une analyse globale de la relation contractuelle **(B)**.

A Le défaut de lisibilité du véritable prix d'achat. Caractériser l'abus suppose d'identifier un prix d'achat, afin de pouvoir le comparer au prix du marché. Or les pratiques des grandes surfaces se distinguent par un défaut de lisibilité des prix, le déplacement des marges vers l'arrière entraînant une difficulté dans l'appréciation de l'abus. En effet, à s'en tenir à l'examen de la vente, le prix demandé pourra paraître acceptable. Pour autant, l'équilibre de l'opération est grandement altéré par les accords de coopération commerciale, devenus l'espace essentiel de la négociation entre fournisseurs et distributeurs. En effet, alors que ces services spécifiques ne représentaient qu'environ 2 % du prix de vente facturé en 1990, ils atteignent aujourd'hui des taux variant entre 20 et 60 %, leur niveau moyen s'établissant entre 30 et 35 % (20). Si la pratique peut correspondre à une véritable prestation de service, d'impressionnantes dérives ont été pointées du doigt (21). Comment, dès lors, apprécier le caractère abusif du prix quand les distributeurs ne tirent plus leur profit de la vente, mais d'un contrat satellite ? Peut-on imaginer d'envisager globalement la relation contractuelle et de mesurer l'abus au regard, non de la seule vente, mais également des prestations facturées au fournisseur ? Il y aurait là une césure forte entre le droit des contrats et le droit de la concurrence. En effet, le développement de la coopération commerciale est très clairement lié à son autonomisation par le droit de la concurrence. L'on sait, en effet, que le coût de ces services spécifiques n'entre pas dans le calcul du seuil de revente à perte. Il échappe également à la transparence imposée par la loi du 1er juillet 1996 (22). C'est dire que le droit de la

concurrence envisage isolément la coopération commerciale. Cette position ne semble pas amenée à changer nettement malgré certaines propositions doctrinales (23), et au regard de l'ambiguïté de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME. Dès lors, il est permis de s'interroger : le droit des obligations doit-il s'aligner sur la perspective concurrentielle ou gagner son autonomie et envisager une analyse globalisante de la relation contractuelle que ne permettent pas les dispositions du Code de commerce ? L'observation de la jurisprudence comme de l'évolution législative permet de déceler un phénomène d'alignement, ou plus précisément de convergence, entre l'abus dans la fixation du prix et les normes du droit de la concurrence. D'une part, il a été démontré que les arrêts rendus sur le fondement de la jurisprudence de 1995 ou les arrêts rendus au titre de la prohibition par le droit de la concurrence sur le prix imposé ont un même objet (24). Il nous faut également citer ici une nouvelle fois l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 juin 2004, subordonnant l'existence de l'abus à une contrainte (25). Cette notion n'est évidemment pas étrangère au droit de la concurrence. Aussi bien, l'article L. 420-2 du Code de commerce, dans son ancienne rédaction, visait-il « l'état de dépendance économique dans lequel se trouve (...) une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente » (26). L'idée de contrainte apparaît ainsi comme un élément déterminant de l'abus, qu'il s'agisse de l'abus civiliste ou de l'abus du droit de la concurrence. Il faut également citer ici un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 janvier 1997, qui avait écarté l'abus dans la fixation du prix au motif que le franchisé avait « la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du marché » (27). Les emprunts du droit civil au droit de la concurrence sont avérés. Parallèlement, certaines dispositions du droit de la concurrence se sont assouplies, amorçant un alignement avec le droit civil. C'est ainsi que l'abus de dépendance économique peut désormais être sanctionné sans qu'il faille démontrer l'atteinte au fonctionnement du marché. La disparition de cette dernière condition traduit une sensibilité nouvelle du droit de la concurrence à des préoccupations d'équilibre contractuel. L'abus tend donc à être l'objet d'une acception unique, phénomène qui s'explique d'autant plus aisément que l'abus du droit de la concurrence et l'abus du droit civil sont tous deux des abus de volonté (28). Cette convergence nouvelle impose-t-elle pour autant un alignement strict de ces deux disciplines ?

B La pertinence d'une appréciation globale de l'abus.Il ne nous semble pas que l'émergence de parentés entre le droit civil et le droit de la concurrence implique nécessairement la soumission de l'un à l'autre. Il ne faut pas omettre en effet combien, au-delà de considérations parfois communes, demeurent prégnantes les différences d'inspirations qui fondent ces deux disciplines. Tandis que le droit de la concurrence vise à protéger le marché et édicte à cette fin des règles souvent contraires à la doctrine de l'autonomie de la volonté (29), le droit des contrats demeure attaché à la seule relation contractuelle et l'envisage au premier chef au regard des effets qu'elle induit entre les parties, à telle enseigne qu'un auteur a pu parler « d'autarcie du contrat » (30). Aussi bien, le fait que le droit de la concurrence distingue nettement la vente commerciale des accords de coopération qui l'accompagnent ne nous semble pas devoir interdire une appréciation civiliste globale de la relation d'affaires entre distributeur et fournisseur. À cet égard, la jurisprudence nous a récemment offert nombre d'illustrations de sa volonté d'envisager les relations contractuelles dans leur globalité, lorsque des considérations économiques le justifient. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu retenir l'existence de la cause dans le cas d'une vente à prix symbolique, considérant que « cette vente ne pouvait être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes (...), l'ensemble formant un tout indivisible », de sorte que « dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée » (31). Le même égard pour l'opération contractuelle s'est manifesté dans la jurisprudence sur l'indivisibilité, dont l'illustration la plus frappante est sans nul doute l'arrêt rendu le 15 février 2000 par la chambre commerciale. Par cette décision, la Haute juridiction a réglé le sort d'une convention au regard de celle avec laquelle elle formait un ensemble, en contradiction même avec la volonté formelle des parties

(32). Le droit civil, plus profondément pénétré d'économie qu'autrefois, tend à capter, derrière la convention, les effets qui sont attendus de l'entière opération. Cette nouvelle mise en perspective du contrat s'accompagne, comme nous venons de le voir, de solutions jurisprudentielles nouvelles. La promotion prétorienne de l'opération contractuelle autorise, à notre sens, d'apprécier l'abus des distributeurs, non en contemplation de la seule vente commerciale, mais en ayant égard à l'ensemble que forme avec elle la coopération commerciale. Rappelons d'ailleurs que la condition de qualification de l'ensemble contractuel, au-delà d'indices matériels, demeure l'unité de cause, largement et économiquement entendue (33). En ce sens, vente et coopération commerciales ne manquent pas de constituer un ensemble, dont la finalité est l'écoulement des produits sur le marché. Il paraît ainsi légitime d'apprécier l'abus dans la fixation du prix dans le cadre de cet ensemble. Il ne s'agit pas, évidemment, de nier toute valeur au service rendu par le distributeur. En effet, le droit civil présume l'existence de la cause (34), interdisant de postuler la fictivité des prestations assurées. Il s'agit simplement de s'assurer de la rationalité de l'adéquation entre la vente et la promotion qui l'accompagne. L'analyse permet de mesurer l'intérêt de la coopération commerciale, non en ramenant le coût du service à sa seule matérialité (35), mais au regard des volumes commandés, de leur prix et de leurs perspectives prévisibles d'écoulement sur le marché (36). Si la proposition peut inquiéter en raison de l'importance des pouvoirs du juge qu'elle induit, il ne faut pas oublier que l'abus n'est sanctionné que lorsqu'il est manifeste (37). Il ne saurait s'agir, en effet, de contrôler la stricte concordance du coût des services rendus à leurs retombées réelles. La jurisprudence de 1995, si décevante qu'elle ait parfois pu paraître jusqu'ici, offre donc à notre sens de larges perspectives. Appliquée à la grande distribution, dans une optique pragmatique et globale, elle peut fonder une sanction des abus, sanction que ne permettent pas toujours les dispositions du droit de la concurrence.

- **G. Loiseau, *Typologie des choses hors du commerce*, RTD Civ. 2000 p. 47**

1. Evoquées dans différentes dispositions du code civil, les choses hors du commerce y sont appréhendées à travers leur régime : ce sont des choses qui ne peuvent être l'objet de conventions (art. 1128), qui ne sont à ce titre ni susceptibles d'être vendues (art. 1598) ni de nature à être prêtées (art. 1878) et dont la propriété, enfin, ne peut s'acquérir par prescription (art. 2226). De ces dispositions, on a coutume de retenir principalement la première et d'intégrer l'étude des choses hors du commerce dans celle de l'objet du contrat. On les présente, à cet égard, comme l'expression d'un interdit, faisant écho à l'exigence de la licéité de l'objet (1). Et on les définit, du même point de vue, comme toutes les choses qui ne peuvent pas faire l'objet d'actes juridiques accomplis par des particuliers (2).

Une telle approche, toutefois, ne permet pas une conception vraiment précise des choses hors du commerce (3). D'une part, il n'est pas certain que ces choses se rapportent toujours à des biens illicites, frappés d'un interdit. L'extracommercialité peut aussi procéder, au moins dans certains cas, d'une impossibilité de la chose à se prêter à des opérations entre les personnes (4). Il n'y a donc pas nécessairement d'adéquation entre les choses hors du commerce et l'objet illicite. D'autre part, et surtout, la définition de ces choses comme celles insusceptibles de conventions fait dériver leur qualification d'une indisponibilité qui est une manifestation de leur régime mais ne dit rien, en fait, du contenu de cette catégorie. Elle laisse donc incertaine la représentation de toutes les choses qui en relèvent.

2. L'incertitude, déjà, affecte leur domaine. Il n'est pas rare, en effet, d'y faire figurer tout ce qui ne peut être l'objet d'un acte juridique sans distinguer selon que l'indisponibilité atteint effectivement une chose ou qu'elle concerne la personne. Le corps humain, en particulier, est fréquemment placé dans la catégorie des choses hors du commerce lors même qu'il n'est pas assimilable à une chose. Il en résulte une dilution de cette catégorie qui, par delà le monde des

choses, accueille indifféremment tout ce qui ne peut, par nature, être matière à convention. L'imprécision du domaine des choses hors du commerce s'accroît en outre lorsqu'est envisagé sous cette rubrique ce qui est soustrait aux seuls échanges marchands, perdant ainsi de vue qu'une chose peut être écartée des opérations proprement commerciales sans échapper nécessairement à toute circulation juridique.

L'incertitude se ressent également à l'inventaire de ces choses que rien, à première vue, ne rapproche, sinon leur soustraction commune aux actes juridiques. Les choses les plus diverses peuvent ainsi être recensées dans cet étrange archipel : des clientèles civiles aux souvenirs de famille, des choses dangereuses aux biens du domaine public... Or cette hétérogénéité ne facilite pas, loin s'en faut, leur détermination et n'autorise semble-t-il qu'une énumération plus ou moins détaillée de choses réfractaires à la commercialité. Pourtant, si le principe est la liberté des opérations juridiques sur toute espèce de choses, la soustraction exceptionnelle de certaines d'entre elles à la circulation juridique devrait pouvoir trouver, en droit, des justifications particulières.

3. Aussi, après avoir délimité le domaine des choses hors du commerce, il faudra s'intéresser à l'existence de justifications communes permettant de faciliter, derrière leur apparente disparité, la détermination des choses qui ressortissent à cette catégorie.

I. - LA DELIMITATION DES CHOSES HORS DU COMMERCE

4. La délimitation des choses hors du commerce est d'abord sémantique : pour en dégager la notion, il faut suivre la distinction, d'une part, entre la chose et la personne et, d'autre part, entre la chose hors commerce et celle hors du marché.

A. - Les choses hors du commerce et les personnes

5. Si seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de conventions, les personnes, qui ne sont pas des choses, en sont nécessairement écartées. La distinction des personnes et des choses établit ainsi la première ligne de démarcation entre ce qui est soustrait du commerce juridique et ce qui, à l'inverse, ne l'est pas. A la différence de la chose, qui peut ou non être dans le commerce, la personne répugne toujours, par nature, à faire l'objet d'actes juridiques.

Mais encore faut-il savoir ce qu'est la personne par rapport à une chose. A première vue, le rattachement à l'une ou l'autre des catégories ne fait certes aucune difficulté. Nul doute qu'un immeuble ou un meuble corporel est bien une chose. Mais la qualification n'est pas toujours aussi évidente. Par exemple, si certains assimilent le corps humain à la personne (5), d'autres lui préfèrent la qualification de chose (6). La question peut aussi se poser à propos des éléments ou produits du corps ou d'attributs de la personne qui lui sont étroitement liés (7). D'où la nécessité de distinguer la personne de la chose (8) puisque la première est par essence au-dessus des conventions (9) tandis que la seconde peut, suivant sa nature, être ou non placée dans le commerce.

1. La distinction des personnes et des choses

6. Historiquement, la personne a été conçue au sein de la civilité romaine comme une élaboration doctrinale destinée à représenter l'individu - corps et âme - sur la scène juridique (10). Si les choses sont des objets de droits, les personnes, elles, sont des sujets de droits : « les juristes ont créé les personnes pour donner des titulaires aux droits qu'ils mettaient en scène » (11).

Mais la personne n'est pas seulement cela. Le statut de personne se présente aussi comme un équivalent universel qui dépasse l'individu et établit une égalité qui n'existe pas, en fait, entre les

êtres humains. Transcendant la réalité de l'être humain, la personne conduit à faire de chaque individu, en sa seule qualité de « sociétaire du genre humain » (12), le sujet d'une dignité l'identifiant à tous les autres (13). Or, parce que sujet d'une dignité la personne doit être traitée comme une fin en soi, un individu ne pourrait être instrumentalisé comme un simple moyen, comme une chose, sans attenter à cette dignité. La valorisation de la personne en tant que telle, par delà l'individu en tant qu'il est, l'entraîne donc nécessairement hors du domaine des choses. En somme, c'est en instituant en sujet d'une dignité l'humanité qu'il y a en l'homme que la personne évince tout être humain du monde des choses (14). Et c'est encore par l'essence même de cette humanité qu'il est au-dessus des conventions.

De ce point de vue, il est alors possible de concevoir la personne comme le sujet d'une dignité qui oblige à la traiter comme une fin en soi, à la différence de la chose qui peut être instrumentalisée, en considération de son utilité, comme un simple moyen. Distinguer l'une de l'autre revient moins dans ces conditions à savoir si tel ou tel existant s'apparente *in concreto* à l'être humain ou à une chose qu'à apprécier s'il convient de lui reconnaître *in abstracto* le statut de personne, indicative d'une dignité qui la rend incommensurable à d'autre fin qu'elle-même, ou celui de chose, descriptive d'un objet instrumentalisable.

2. Applications de la distinction

7. A cet égard, il ne semble pas déraisonnable de penser que le respect de la dignité de la personne commande que son corps ne soit pas lui-même traité comme un simple moyen. Assimilé à la personne, il doit donc échapper au commerce juridique, ce qui implique, de façon générale, la nullité des contrats portant sur le corps vivant et fonde, en particulier, celle du contrat de mère porteuse qui conduit à traiter le corps de la femme comme un moyen de gestation pour le compte d'autrui et l'enfant à naître comme un objet à livrer (15).

Tous les contrats portant sur le corps humain, cependant, ne sont pas indifféremment frappés d'un interdit : le contrat médical notamment, parce qu'il tend directement à la préservation du sujet, est valable et l'a même toujours été (16). En revanche, le respect de la personne en son corps devrait en toute rigueur conduire à annuler les contrats ayant pour objet une expérimentation sur l'être humain, surtout lorsque celui qui s'y prête n'en attend aucun bénéfice pour lui-même. Même si le consentement a en effet été donné avec toutes les garanties qui s'imposent, l'opération aboutit à traiter l'individu comme un moyen au service de la science, et non plus comme une fin en soi (17).

8. Les perspectives sont différentes, en revanche, lorsque certains éléments ou produits du corps humain ont été séparés de celui-ci, sans préjudice pour la vie ou la santé de l'individu, car ils ne suscitent plus nécessairement le respect qu'impose la considération de la dignité en la personne. Ils peuvent donc, dès ce moment, être traités comme des choses. En faisant état de la « cession » de ces éléments et produits, l'article L. 665-10 du code de la santé publique reconnaît du reste bien qu'ils sont dans le commerce et peuvent être l'objet d'actes juridiques, à tout le moins à titre gratuit. La solution est depuis longtemps certaine s'agissant des cheveux, des ongles et plus généralement des phanères (18), ou bien encore du lait maternel. Mais, à présent, elle concerne également les tissus et cellules (19), le sang (20) ou encore le sperme (21), dont des lois récentes réglementent la collecte et le don. Assurément, tous ces produits du corps sont appréhendés désormais par le droit comme des choses (22), qui plus est dans le commerce juridique.

Plus délicat, sans doute, est le statut des organes. S'ils peuvent certes être traités comme des choses une fois prélevés du corps humain, on ne saurait cependant autoriser la cession, fut-ce à titre gratuit, d'organes indispensables à la survie de l'être ni admettre sans limite le pouvoir de

disposer d'organes même non vitaux du corps vivant. La primauté de la personne et le respect de sa dignité s'opposent en effet à concevoir le corps comme un simple réceptacle, un réservoir d'organes dont chaque individu pourrait disposer librement en considération de leur utilité. Et c'est pourquoi le droit positif restreint leur prélèvement sur une personne vivante qui en fait don à l'existence d'un intérêt thérapeutique direct d'un receveur qui ne peut être qu'un proche du donneur (père, mère, fils, fille, frère ou soeur) (23) et interdit en outre tout prélèvement sur la personne d'un incapable (24). En revanche, le cadavre échappant à ces considérations dans la mesure où l'individu décédé, même s'il doit faire l'objet d'une protection particulière, n'est plus une personne (25), il est logique que le droit admette beaucoup plus libéralement les prélèvements d'organes *post mortem* (26).

9. Une autre application de la distinction à opérer entre la personne perçue comme une fin et la chose instrumentalisable concerne la force de travail. Pouvant se définir comme l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles au moyen desquelles l'homme travaille (27), elle apparaît consubstantielle à la personne, ce qui devrait ruiner son assimilation à une chose. Pour certains, d'ailleurs, « le respect dû au corps humain s'oppose à ce que la force de travail soit l'objet d'un contrat » (28). Pourtant, celle-ci est l'objet du contrat de travail. La solution peut alors s'expliquer par la considération que la force de travail peut être traitée *comme* une chose dès l'instant où son instrumentalisation ne met pas en soi en cause la dignité de la personne comme fin. Du respect de cette dernière se déduisent en revanche l'interdiction des engagements de force de travail perpétuels (c. civ., art. 1780) ou encore la sanction des conditions de travail lorsqu'elles portent atteinte à la dignité humaine (29).

B. - Les choses hors du commerce et les choses hors du marché

10. La distinction entre les choses hors du commerce juridique et les choses hors du marché se déduit du sens donné au mot *commercium*, qui ne désigne pas seulement les opérations commerciales *stricto sensu* mais vise le commerce juridique *lato sensu*, c'est-à-dire l'ensemble des actes juridiques dont une chose peut être l'objet. Il en résulte que si une chose hors du commerce est nécessairement hors du marché, à l'inverse une chose hors du marché n'est pas forcément hors du commerce si elle peut faire l'objet de conventions à titre gratuit.

1. Les choses hors du commerce sont hors du marché

11. Selon l'article 1598 du code civil, « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Il s'en déduit, *a contrario*, que les choses qui ne sont pas dans le commerce juridique ne peuvent être vendues et sont ainsi évincées du circuit économique. La règle se conçoit aisément : parce que la mise hors du commerce conduit à interdire tous les actes juridiques relatifs à la chose, ceux conclus à titre onéreux - comme la vente ou l'échange - le sont *a fortiori*.

L'importance de la valeur marchande de la chose ne change rien, au demeurant, à l'interdiction d'en disposer. La Cour de cassation l'a rappelé, le 29 mars 1995, à propos des souvenirs de famille qui sont hors du commerce (30), en décidant qu'ils constituent des biens indisponibles auxquels leur valeur vénale ne peut faire perdre cette qualité (31).

2. Les choses hors du marché ne sont pas nécessairement hors du commerce

12. De ce qu'une chose ne peut faire l'objet d'actes juridiques à titre onéreux, et en particulier d'une vente, il est parfois déduit qu'elle est hors du commerce. Pourtant, si tout ce qui est hors du commerce juridique est nécessairement en dehors du marché, la réciproque n'est pas vraie : une chose peut être soustraite aux rapports marchands sans échapper, de façon générale, au commerce juridique dès lors qu'il est possible d'en disposer à titre gratuit.

Les éléments et produits du corps humain en sont un bon exemple. Si le corps vivant est en effet soustrait, en tant que tel, au commerce juridique en raison de son assimilation impérieuse à la personne, l'extracommercialité est en revanche battue en brèche s'agissant d'éléments et produits détachés de ce corps qui sont instrumentalisés comme des choses. Le sang, le sperme, les tissus et cellules mais aussi, sous certaines conditions, les organes peuvent ainsi faire l'objet d'actes de disposition entre vifs. Tout au plus, pour chacun, la loi impose-t-elle la gratuité de l'acte (32). Des conventions sont donc valables car seules sont interdites celles qui ont pour effet de conférer aux éléments ou aux produits du corps humain une valeur patrimoniale (art. 16-5, c. civ.) (33). Hors du marché, ils ne sont pas hors du commerce (34).

13. Le refus de voir monnayer certaines choses, sans pour autant les faire échapper à toute circulation juridique, est également sensible en ce qui concerne les tombeaux et sépultures. Sans doute est-il courant de dire qu'ils sont hors du commerce (35) comme l'est encore le droit à la sépulture (36). Mais, en réalité, seuls les actes à titre onéreux dont ces biens peuvent être l'objet sont rigoureusement interdits : « les tombeaux sont en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété et la libre disposition des biens et ne peuvent être considérés comme ayant une valeur appréciable en argent » (37). En fait de quoi, ils ne peuvent être ni saisis (38), ni vendus (39), doivent être laissés en dehors des partages (40) et, plus généralement, sont soustraits à tout « trafic contraire au respect dû aux sépultures » (41). En revanche, il est admis qu'ils peuvent faire l'objet d'actes juridiques à titre gratuit, comme une renonciation (42), une donation (43) ou encore un testament (44). Hors du marché, les tombeaux et sépultures ne sont donc pas non plus hors du commerce au sens de l'article 1128 du code civil.

II. - LA DETERMINATION DES CHOSES HORS DU COMMERCE

14. Quel rapport trouver entre l'air, la lumière, un titre d'officier ministériel, les souvenirs de famille, les biens du domaine public, les clientèles civiles ou bien encore les choses dangereuses qui, tous, sont hors du commerce juridique ? Leur énumération évoque plus, à première vue, un inventaire à la Prévert qu'un ensemble homogène de choses relevant d'un même genre.

Pourtant, il est possible de dégager des justifications communes à l'extracommercialité de ces choses. La chose hors du commerce l'est en effet parfois en raison de son caractère inappropriable, qui la tient en dehors des relations juridiques entre les personnes. D'autres fois, l'extracommercialité procède du souci de purger le commerce de choses qui présentent un danger pour la santé ou la sécurité des personnes. Enfin, l'indisponibilité de la chose peut être imposée pour empêcher que l'on s'en désaisisse lorsque cette chose reçoit une affectation personnelle ou collective qu'il s'agit de préserver.

Dans les deux premiers cas, la chose hors du commerce l'est par nature. Dans le troisième, elle l'est plutôt par sa destination.

A. - Les choses hors du commerce par nature

15. La nature d'une chose justifie son caractère hors du commerce lorsqu'elle rend proprement impossible sa circulation entre les personnes ou lorsqu'elle commande que le bien soit soustrait aux échanges. Sont ainsi évincées du commerce les choses inappropriables, d'une part, et certaines choses dangereuses, d'autre part.

1. Les choses inappropriables

16. La commercialité décrivant l'aptitude à la circulation juridique, elle présuppose que la chose soit appropriable privativement. Au vrai, nul ne saurait disposer d'une chose que l'on ne peut s'approprier, c'est-à-dire sur laquelle ne peut s'exercer aucune réservation privative. La mise hors du commerce procède moins, en la circonstance, d'un interdit que d'une impossibilité (45). Et

c'est pourquoi l'on fait classiquement figurer parmi les choses hors du commerce celles qui, par nature, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée (46). Cette catégorie s'ouvre d'abord aux choses communes mais elle recouvre aussi les clientèles civiles dont on peut expliquer par ce trait leur caractère hors commerce.

a) Les choses communes

17. Les choses communes sont celles qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (art. 714 c. civ.). Empêchées de sortir « des entrailles de la communauté » (47), ces choses ne sont pas susceptibles de réservation privative. Leur inappropriation peut tenir, *ab initio*, à leur nature : ainsi l'air, la lumière, l'eau courante ou encore les idées doivent profiter à tous et n'ont donc pas de maître qui puisse en disposer privativement. Il y a en ces choses un principe universel qui commande qu'elles soient laissées à l'usage commun de tout le monde. Sans doute une appropriation partielle est-elle parfois possible : l'air, par exemple, peut être approprié et vendu sous la forme d'air comprimé. Mais c'est au demeurant parce qu'il cesse d'être une chose commune, par le fait de son appropriation partielle, qu'il peut ainsi être placé dans les circuits marchands. Cette réservation fragmentaire n'épuisant pas, cependant, l'élément considéré, il n'en demeure pas moins globalement inappropriable et échappe donc, dans son ensemble, au commerce juridique.

Une chose peut également devenir commune après avoir été appropriée, lorsque la loi limite dans le temps l'exclusivité du droit sur le bien. Tel est le cas, en particulier, de l'invention qui, à l'expiration du brevet, est dégagée de tout droit privatif. Offerte à l'usage commun de tous (48), nul ne peut plus en disposer privativement par un acte juridique.

C'est du reste ce qui distingue les choses communes des choses sans maître, *res nullius* ou *res derelictae*. Prises comme telles, elles sont aussi hors du commerce puisqu'elles ne sont au droit de personne. Mais, tandis que les choses communes ne sont pas ou ne sont plus appropriables (49), les choses sans maître le demeurent et, une fois appropriées par ceux qui les recueillent, accèdent sans réserve à la commercialité juridique (50).

b) Les clientèles civiles

18. A considérer la clientèle comme une chose (51), elle est hors du commerce. Constante en jurisprudence en ce qui concerne les clientèles civiles (52), cette éviction s'explique tout bonnement par le fait qu'une clientèle n'est pas en soi appropriable. Elle n'est pas un bien (53) ; elle ne peut faire l'objet d'aucun droit privatif. Sa réalité économique, comme valeur patrimoniale, n'y change rien : l'inappropriabilité de la clientèle est avant tout dictée par le respect de la liberté des personnes dans le choix du praticien et elle est seule en harmonie avec le principe de la libre concurrence. « La clientèle est à qui sait la prendre. On ne peut acquérir une clientèle, on ne peut que la conquérir » (54). Ces considérations ne sont d'ailleurs pas propres aux clientèles civiles. En matière commerciale également, il a été jugé que « une entreprise ne bénéficie d'aucun droit privatif sur sa clientèle » (55) ou que « en application du principe de la liberté du commerce et de celui de la libre concurrence, une société ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif sur ses clients » (56). D'où l'on estime parfois aujourd'hui que c'est par un artifice que la clientèle commerciale est considérée, notamment par l'article 1er de la loi du 17 mars 1909, comme un bien dans le commerce (57).

En réalité, qu'elle soit civile ou commerciale, une clientèle ne peut jamais en tant que telle être donnée ou cédée en raison de l'impossibilité d'en disposer (58). Le commerçant comme le professionnel libéral sont dans l'impossibilité de vendre leurs clients, dont ils ne sont pas propriétaires, ou de transmettre à leur successeur un droit à ou sur la clientèle. Tout au plus la transmission de clientèle peut-elle être indirecte et consister en un transfert des moyens

permettant d'y accéder. Mais elle est alors moins l'objet que le but du contrat : il s'agit, de manière générale, de faire bénéficier le successeur de la situation qu'occupait précédemment l'exploitant vis-à-vis de la clientèle, en faisant en sorte qu'elle se reporte sur lui (59). En ce qui concerne les clientèles commerciales, ce résultat peut être atteint par la cession des éléments attractifs de clientèle contenus dans le fonds de commerce, comme le nom commercial, la marque ou encore le droit au bail (60). S'agissant des clientèles civiles, en revanche, en l'absence de fonds libéral qui réunirait, à l'image du fonds de commerce, des éléments attractifs en une structure détachable de la personne du professionnel et cessible en tant que telle (61), leur transmission s'opère par le truchement du droit du professionnel de présenter son successeur à la clientèle et l'engagement corrélatif de ne pas lui faire concurrence. C'est donc au moyen d'un contrat, dit de présentation de la clientèle, qu'un professionnel libéral peut mobiliser la valeur de sa clientèle au profit de son successeur qui, moyennant le versement d'un prix, escompte qu'elle se reportera sur lui (62).

C'est dire, même si la distinction peut paraître subtile, que ce n'est jamais la clientèle elle-même qui est l'objet du contrat, puisqu'elle demeure par nature hors du commerce juridique et partant incessible, mais le droit de présentation qui constitue un droit patrimonial (63). Il est vrai que, tirant toutes conséquences de la patrimonialité de ce droit (64), la jurisprudence efface en pratique les principales rigueurs de l'extracommercialité, au risque d'être perçue comme hypocrite (65). Mais la distinction, pourtant, a l'avantage de rendre compte de l'inconcevable transfert d'une propriété de la clientèle et n'est pas au demeurant dépourvue de conséquences. En particulier, dans la mesure où ce n'est pas la clientèle en soi qui est cédée et qu'elle ne constitue que la finalité des engagements souscrits, aucune des règles relatives à la vente ne peut en la circonstance s'appliquer. Ainsi, l'obligation de non-concurrence ne peut résulter que d'une stipulation contractuelle et ne saurait être imposée de plein droit sur le fondement des articles 1625 et suivants du code civil. De même, les garanties légales du vendeur ne s'appliquant pas, il revient aux parties de prévoir des garanties contractuelles couvrant, notamment, la perte de clients postérieurement à la présentation du successeur (66).

2. Les choses dangereuses

19. Même appropriée, une chose ne bénéficie pas nécessairement d'une liberté de parcours. Il peut être fait obstacle à la volonté d'en disposer en raison du danger qu'elle présente pour les personnes et qui commande qu'elle soit soustraite à la circulation juridique. Toutefois, rares sont les choses qui sont, à ce titre, radicalement hors commerce ; le droit se contente le plus souvent d'une réglementation de leur circulation.

a) Les choses dangereuses hors du commerce

20. La protection de la santé et de la sécurité des personnes peut justifier que certaines choses, eu égard à leur nature dangereuse, soient refoulées du commerce. Le pouvoir de décider d'un tel retrait est reconnu, de façon générale, à l'Administration. L'article L. 221-3 du code de la consommation prévoit ainsi la possibilité d'interdire, par décret en Conseil d'Etat, la circulation de produits qui ne présentent pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ou qui portent atteinte à la santé des personnes. Plus spécifiquement, l'article L. 231-7 du code du travail permet de prohiber la cession à quelque titre que ce soit des substances et préparations qui seraient dangereuses pour les travailleurs.

Lorsque l'éviction est ainsi générale, c'est-à-dire quand sont interdits entre toutes personnes non seulement les actes onéreux, comme la vente, mais aussi ceux à titre gratuit, la chose peut être considérée comme étant effectivement hors du commerce. C'est le cas, par exemple, de l'absinthe dont une loi du 16 mars 1915 interdit la vente et la circulation, ou d'un certain nombre de produits contenant de l'amiante énumérés par un décret du 28 avril 1988 (67) dont la vente comme la distribution à titre gratuit sont prohibées. De même encore, un décret du 24 septembre

1990 (68) interdit la fabrication, la vente ainsi que la distribution à titre gratuit de textiles et vêtements traités à l'oxyde de triaziridinylphosphine ou au polybromobiphényle et prescrit la destruction de ceux qui seraient déjà dans le marché. Leur extracommercialité est alors bien totale et ne laisse place à aucune possibilité de circulation, même restreinte à des circuits spécialisés.

b) Les choses dangereuses à commercialité limitée

21. Le plus souvent, les choses susceptibles de présenter un danger pour la santé ou la sécurité des personnes ne sont cependant que partiellement retirées de la circulation juridique et conservent une commercialité limitée. Parfois, c'est seulement la vente qui est expressément interdite, ce qui *a priori* laisse valables d'autres actes de disposition et n'empêche pas totalement la chose de circuler. Par exemple, l'article 240 du code rural prohibe la vente ou la mise en vente des animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladie contagieuse mais permet à leur propriétaire de s'en dessaisir dans des conditions déterminées par un règlement d'administration publique.

D'autres fois, tout en soustrayant la chose aux échanges courants, le droit entend néanmoins réserver la possibilité d'en disposer à certaines personnes (69). C'est ainsi qu'ont une commercialité limitée les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants, les conditions de leur cession, de leur acquisition ou de leur emploi étant réglementées par décret en Conseil d'Etat (70). La circulation des remèdes et substances susceptibles de provoquer ou de favoriser l'avortement est également réduite : bien qu'il soit en principe interdit de les vendre ou de les distribuer de quelque manière que ce soit, l'acte est valable s'il est le fait d'un pharmacien (71). De même encore, au principe d'interdiction de la vente comme de l'offre à titre gratuit des essences pouvant servir à la fabrication des boissons alcooliques sont apportées des exceptions au profit des fabricants de ces boissons, des pharmaciens, des parfumeurs ainsi que des fabricants de produits alimentaires ou industriels (72). Bref, dans toutes ces hypothèses, il dépend finalement de la qualité des parties que la chose puisse être valablement l'objet d'une convention. Ecartée du commerce entre certaines personnes, elle peut normalement circuler parmi d'autres. C'est dire, au fond, que lorsqu'elle procède d'un interdit, et non d'une impossibilité de disposer de la chose, l'extracommercialité peut n'être que relative. Elle n'exclut pas un certain commerce latéral auquel la chose peut accéder dès lors que les raisons qui justifient son indisponibilité n'apparaissent pas menacées.

Il en est au demeurant de même lorsque la chose hors du commerce l'est en raison de sa destination.

B. - Les choses hors du commerce par destination

22. Dans tous les cas où elle ne procède pas de la nature même de la chose, de son inappropriabilité ou de sa dangerosité, l'extracommercialité paraît dictée par sa destination particulière, à savoir par son affectation à une collectivité ou à une personne déterminée. C'est en effet pour préserver cette affectation contre des manifestations de volonté qui risqueraient de la compromettre que le droit met la chose hors du commerce et interdit d'en disposer. Toutefois, si l'affectation constitue de la sorte le critère de l'extracommercialité, elle en donne également la mesure : seuls, en effet, sont interdits les actes juridiques incompatibles avec l'affectation que la chose reçoit.

1. L'affectation, critère de l'extracommercialité

23. Sortie des choses inappropriables ou dangereuses, l'extracommercialité en atteint d'autres dont le trait commun consiste à recevoir une affectation précise (73). Cette affectation peut être de nature personnelle. C'est le cas des différents agréments délivrés à titre personnel par l'autorité

publique ou encore des titres d'officier ministériel qui bénéficient à un individu particulier, en considération de ses qualités ou de ses compétences. Leur extracommercialité, affirmée par la jurisprudence (74), traduit alors le souci de garantir une affectation personnelle en interdisant la transmission de l'agrément ou du titre à des personnes n'ayant pas fait l'objet de l'investiture publique. Le caractère hors du commerce du nom patronymique (75) peut également s'expliquer par son affectation à la désignation d'une personne déterminée qui ne peut en changer à son gré. L'intérêt qui s'attache à la stabilité des noms dans leur fonction d'identification sociale s'oppose en effet à ce que celui à qui un nom est légalement affecté puisse s'en défaire en le cédant, le donnant ou en y renonçant.

Dans d'autres hypothèses, l'affectation de la chose est collective. Ainsi en est-il des biens du domaine public dont la mise hors du commerce (76) est souvent justifiée par la considération de leur affectation, soit à l'usage direct du public, soit à un service public (77). De même, les souvenirs de famille, qui sont hors du commerce (78), le sont encore en vue de préserver leur affectation à la famille et de prévenir leur dispersion contre la volonté de certains de ses membres.

Bref, l'affectation apparaît ainsi comme un critère de l'extracommercialité (79) justifiant, pour sa garantie, que la chose ne puisse librement circuler. C'est du reste ce critère que certaines décisions ont retenu pour rendre compte de l'extracommercialité des tombeaux et sépultures (80), même s'il est vrai qu'en l'occurrence ces biens ne sont pas, à proprement parler, hors du commerce puisqu'il demeure possible d'en disposer à titre gratuit (81).

2. L'affectation, mesure de l'extracommercialité

24. A concevoir la mise hors du commerce comme une interdiction de disposer de la chose en vue de préserver l'affectation qu'elle reçoit, il est normal qu'elle perde toute raison d'être lorsque cesse cette affectation. En d'autres termes, chaque fois qu'elle est possible, la désaffectation de la chose la rend à nouveau disponible entre les mains de son titulaire. Par exemple, l'indisponibilité des biens du domaine public ne dure qu'autant qu'est maintenue leur affectation à l'usage du public. Au contraire, la cessation de cette affectation, c'est-à-dire la désaffectation que peut décider l'autorité publique au moyen d'un déclassement, restaure leur aliénabilité (82). De même, l'extracommercialité des souvenirs de famille n'entrave leur libre circulation que tant qu'un intérêt moral familial commande leur conservation dans la famille. En revanche, « en cas de désaffectation, il n'y aurait plus lieu de leur appliquer ce statut dérogatoire » (83). La désaffectation de la chose peut être encore envisagée en ce qui concerne le nom patronymique. Si celui-ci est en effet affecté à la désignation sociale de la personne qui ne peut en disposer librement, il peut aussi s'en détacher lorsqu'il est utilisé par son porteur dans une activité économique pour distinguer des produits ou des services, un fonds de commerce ou une personne morale (84). Or s'il demeure indisponible en tant que signe identifiant l'individu, il est en revanche dans le commerce en tant que marque, nom commercial ou dénomination sociale, c'est-à-dire en tant qu'objet de propriété incorporelle désaffecté, sous cette forme, de la personne de son porteur (85).

25. Par ailleurs, la mise hors du commerce étant tout entière commandée par les exigences de l'affectation de la chose, elle est nécessairement limitée à ce que celles-ci requièrent. Seuls donc sont interdits les actes juridiques qui sont incompatibles avec l'affectation que la chose a reçue. Au contraire, « pour qu'un contrat soit valable, il suffit que l'intérêt qui a déterminé la mise hors du commerce soit sauvegardé » (86). C'est pourquoi l'on admet que l'inaliénabilité du domaine public ne fait pas obstacle à ce que des autorisations d'occupation privative soient consenties par l'Administration, moyennant le versement par le bénéficiaire d'une redevance, dès lors que ces autorisations sont compatibles avec l'affectation domaniale du bien (87). Il peut s'agir de

permissions ou de concessions de voirie, de concessions propres au domaine public maritime - telles des concessions de plage - ou encore de concessions à l'usage direct et privatif des particuliers, comme des concessions d'emplacements dans les halles et marchés ou des concessions de sépultures dans les cimetières (88). On justifie aussi parfois de cette façon la licéité de contrats portant sur les souvenirs de famille, en estimant qu'ils sont valables lorsqu'ils ne remettent pas en cause l'affectation familiale de ces biens. Une donation, un legs, voire une cession au profit d'un autre membre de la famille seraient ainsi possibles, de même qu'un prêt temporaire pour une exposition publique (89).

Autant dire, là encore, que l'extracommercialité d'une chose peut n'être que relative : l'interdit qui la frappe n'empêche pas qu'elle puisse être l'objet d'un acte juridique chaque fois que celui-ci n'est pas contraire au but que la loi s'est donnée en la mettant hors du commerce.

26. On peut sans doute y voir le signe d'une altération, voire d'une dégradation, de la notion d'extracommercialité (90). Pouvant se concilier avec certaines formes de circulation de la chose, se limitant même parfois à une simple inaliénabilité (91), elle semble s'affranchir de la rigueur que lui assigne l'article 1128 du code civil. Mais n'est-ce pas là plutôt un affinement de cette notion aux prises avec les considérations de notre temps ? Car en perdant de sa rigidité, elle s'ajuste mieux aux attentes d'une société dominée par la liberté des échanges. C'est alors reconnaître qu'entre ce que l'on proclame hors du commerce et ce que l'on y reçoit, la différence peut n'être, au fond, que de degré.

LA CAUSE

I. – Jurisprudence

- Existence de la cause

➢ Cass. civ.1ère, 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.800 *Bull. Civ. I.*, n°286 ***D.* 1997, p. 500, note P. REIGNE ; *Defrénois* 1996, 1015, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* G 1997, I, 4015, obs. F. LABARTHE ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. MESTRE.**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que la société DPM fait grief à l'arrêt attaqué (Grenoble, 17 mars 1994) d'avoir annulé, pour défaut de cause, le contrat de création d'un " point club vidéo " et de location de cassettes conclu avec M. et Mme Y..., en retenant que la cause, mobile déterminant de l'engagement de ces derniers, était la diffusion certaine des cassettes auprès de leur clientèle, et que cette exploitation était vouée à l'échec dans une agglomération de 1314 habitants, alors que, d'une part, dans un contrat synallagmatique la cause de l'obligation d'une partie réside dans l'obligation de l'autre partie, et qu'en l'espèce la cause de l'engagement des époux X... était la mise à leur disposition des cassettes vidéo, et que, d'autre part, les motifs déterminants ne peuvent constituer la cause du contrat que dans le cas non relevé par la cour d'appel où ces motifs sont entrés dans le champ contractuel;

Mais attendu qu'ayant relevé que, s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Y... dans le cadre de la convention de création d'un " point club vidéo " ;

Que l'arrêt est ainsi légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

➢ **Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632 DELEBECQUE ; *GAJC*, 12 éd., 2008, n° 157 ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. MESTRE, et 1998. 213, obs. N. MOLFESSIS ; RTD com. 1997. 319, obs. B. BOULOC ; CCC 1997. Comm. 24, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; JCP 1997. I. 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN et 4025, obs. G. VINEY et II. 22881, obs. D. COHEN.**

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1131 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué, que la société Banchereau a confié, à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société Chronopost, venant aux droits de la société SFMI ; que ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société Chronopost s'y était engagée, la société Banchereau a assigné en réparation de ses préjudices la société Chronopost ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;

Attendu que, pour débouter la société Banchereau de sa demande, l'arrêt retient que, si la société Chronopost n'a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l'expédition avant midi, elle n'a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 juin 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen.

- **Cass. Civ. 1ère, 11 mars 2003 : Bull. Civ. I, n° 67 JCP G, 2003, I, 142, obs. J. Rochfeld ; *RTD civ*, 2003, p. 387, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC*, 2003, p. 39, note D. Mazeaud.**

Attendu qu'au mois d'octobre 1981, M. Jean-Yves Y... a repris le cabinet de géomètre-expert de son oncle, Jean Y..., décédé le 18 juin 1981 ; que, par acte du 21 octobre 1992, Charlotte X..., veuve de Jean Y..., a assigné M. Jean-Yves Y... en paiement d'une somme de 629 956 francs, représentant notamment les loyers dus pour les locaux professionnels, et en annulation d'une reconnaissance de dette de 800 000 francs souscrite devant notaire le 13 novembre 1991 ; que l'arrêt attaqué (Rennes, 10 novembre 1998), rendu après expertise, a déclaré de nul effet l'acte du 13 novembre 1991, condamné M. Jean-Yves Y... à payer à Charlotte X... la somme de 149 417 francs, avec les intérêts au taux légal, outre une indemnité d'occupation de 1 200 francs par mois à compter de juillet 1996, et débouté les parties de leurs autres demandes ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Jean-Yves Y... fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné à payer à Charlotte X... diverses sommes au titre de l'occupation des locaux professionnels : 1) en lui faisant supporter la preuve de l'absence d'obligation au paiement d'indemnités d'occupation, de sorte que la cour d'appel aurait inversé la charge de la preuve ; 2) sans répondre à ses conclusions de nature à établir qu'un accord était intervenu entre les parties pour compenser l'occupation des locaux et qu'il n'était donc redevable d'aucune indemnité ;

Mais attendu que, dans ses dernières conclusions d'appel, M. Jean-Yves Y... avait reconnu qu'il y avait eu promesse d'une indemnité d'occupation acceptée par les deux parties ; qu'il n'est donc pas recevable à soutenir devant la Cour de Cassation un moyen contraire à ses propres écritures ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1131 du Code civil ;

Attendu que la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante ;

Attendu que, pour déclarer nul en sa totalité l'acte du 13 novembre 1991, la cour d'appel énonce que Charlotte X... ne pouvait être débitrice de la somme portée à cet acte ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle s'était appropriée les conclusions de l'expert dont il résultait que la dette de Charlotte X... à l'égard de son neveu existait bien, même si elle s'avérait inférieure à la somme pour laquelle elle s'était engagée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux premières branches du premier moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ses dispositions relatives à l'indemnité d'occupation, l'arrêt rendu le 10 novembre 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait

droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Angers.

- **Cass. Com., 30 mai 2006 : *RLDA*, sept. 2006, n° 8.**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1131 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt déféré, que deux montres, confiées par la société JMB International à la société Chronopost pour acheminement à Hong Kong, ont été perdues pendant ce transport ; que la société JMB International a contesté la clause de limitation de responsabilité que lui a opposée la société Chronopost ;

Attendu que pour débouter la société JMB International de toutes ses demandes, l'arrêt retient que celle-ci, qui faisait valoir le grave manquement de la société Chronopost à son obligation essentielle d'acheminement du colis à elle confié, avait nécessairement admis, en déclarant accepter les conditions générales de la société Chronopost, le principe et les modalités d'une indemnisation limitée en cas de perte du colis transporté ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société Chronopost, qui n'était pas prévue par un contrat-type établi par décret, ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit que l'action de la société JMB International était recevable et n'était pas prescrite, l'arrêt rendu le 11 mars 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Chronopost aux dépens (…).

- **Cass. com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10452. S. AMRANI-MEKKI, D. 2007, p. 2970 ; Y.-M. SERINET, JCP G 2007, II, 10119 ; D. MAZEAUD, RDC 2008 n° 2, p. 231.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 31 janvier 2005), que M. X... a conclu avec la société MDM multimédia (la société MDM) "un contrat de création d'un point de location de cassettes vidéo", aux termes duquel, moyennant une somme convenue, il disposerait, pour une durée de 10 mois renouvelable, d'un lot de 120 cassettes ; que M. X... n'ayant pas réglé les sommes convenues, la société MDM a obtenu une ordonnance d'injonction de payer contre laquelle il a formé opposition en sollicitant l'annulation du contrat ;

Attendu que M. X... reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en nullité de ce contrat et en dommages-intérêts et de l'avoir condamné à payer à la société MDM la somme de 5 437,83 euros outre les intérêts à compter du 26 juin 2002 et jusqu'à parfait paiement avec capitalisation des intérêts dans les conditions prévues par l'article 1154 du code civil, alors, selon le moyen :

1 / qu'en écartant l'allégation de dol sans répondre aux conclusions de M. X... qui soutenait que la société MDM ne lui avait pas révélé qu'elle avait fait signer un contrat du même type à un restaurateur installé à 13

km, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

2 / qu'en se bornant à relever, pour écarter l'allégation de dol à raison de la non révélation de l'ancienneté des films et de la mauvaise qualité des cassettes, que M. X... a souscrit un abonnement sur des prestations connues de lui, sans rechercher si les caractéristiques lui avaient été révélées, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1116 du code civil ;

3 / que la cause de l'obligation d'une partie est constituée par la réalité de la prestation que lui doit l'autre partie ; qu'en se bornant à relever de manière générale que M. X... n'établit pas l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir, sans rechercher si concrètement dans un village de 180 habitants (160 pour la cour d'appel) celui-ci avait une chance de louer un nombre de cassettes suffisant pour réaliser des bénéfices, compte tenu du prix de la mise en place de ces cassettes de 1 326,67 euros sur 10 mois, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1131 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir retenu qu'il résulte des éléments contradictoirement débattus que c'est M. X... qui a souscrit de lui-même un abonnement auprès de la société MDM sur des prestations connues de lui et qu'il ne peut donc faire relever du dol la médiocrité par lui alléguée des films qu'il proposait par ailleurs de louer à sa propre clientèle, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre M. X... dans le détail de son argumentation, a pu en déduire que la société MDM n'avait pas commis de dol à l'égard de ce dernier ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt retient que l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ; qu'il constate encore que M. X..., sur lequel repose la démonstration d'une telle situation, n'apporte que des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ; qu'en l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

- Licéité de la cause

➢ Cass. civ.1ère, 7 oct. 1998 ***D.* 1998.56, concl. Sainte-Rose ; *JCP G* 1998.II.10202, note Maleville.**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que, par acte sous seing privé du 17 juin 1981, M. X... a reconnu devoir à son épouse une somme, remboursable avec un préavis de trois mois ; qu'après leur divorce, Mme X..., devenue Mme Y..., a, par acte du 14 juin 1989, accepté que le prêt lui soit remboursé sous forme d'une augmentation de la pension alimentaire que lui versait son ex-mari ; qu'en 1993, elle l'a assigné en remboursement du solde du prêt ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Versailles, 23 février 1996) d'avoir annulé pour cause illicite l'acte du 14 juin 1989 et fait droit à la demande de son ex-épouse, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en ne constatant pas que l'accord avait eu pour

motif déterminant des déductions fiscales illégales et en ne recherchant pas s'il n'avait pas eu pour motif déterminant de réaliser l'étalement du remboursement du prêt dont le paiement était susceptible d'être réclamé à tout moment, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1131 du Code civil ; et alors, d'autre part, qu'une convention ne peut être annulée pour cause illicite que lorsque les parties se sont engagées en considération commune d'un motif pour elles déterminant ; qu'ayant constaté que Mme Y... déclarait à l'administration fiscale l'intégralité des sommes reçues de M. X..., il s'en évinçait que Mme Y... ne pouvait avoir eu pour motif déterminant de son accord la déductibilité, par M. X..., des sommes à elles versées, en sorte que la cour d'appel, en retenant une cause illicite, a violé l'article précité ;

Mais attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ; que l'arrêt ayant retenu que l'acte du 14 juin 1989 avait une cause illicite en ce qu'il avait pour but de permettre à M. X... de déduire des sommes non fiscalement déductibles, Mme Y... était fondée à demander l'annulation de la convention ; qu'ainsi, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche inopérante visée à la première branche du moyen, a légalement justifié sa décision

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- Cass. civ.1ère, 3 févr. 1999 ***D.* 1999, p. 267, note J.-P. Langlade O'Sughrue ; *D.* 1999, somm., p. 307, obs. M. Grimaldi ; *RTD Civ.*, 1999, p. 364 ; *JCP G* 1999.II.10083, note Billiau et Loiseau.**

Vu les articles 1131 et 1133 du Code civil ;
Attendu que n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ;
Attendu que le 26 octobre 1989, Roger Y... est décédé en laissant à sa succession son épouse et M. Christian Y... qu'il avait adopté ; que par testament authentique du 17 mars 1989, il a, d'une part, révoqué toute donation entre époux et exhérédé son épouse, et, d'autre part, gratifié Mme X... d'une somme de 500 000 francs ; que M. Christian Y... a soutenu que la cause de cette disposition était contraire aux bonnes moeurs ;

Attendu que pour prononcer la nullité de la libéralité consentie à Mme X..., la cour d'appel a retenu que la disposition testamentaire n'avait été prise que pour poursuivre et maintenir une liaison encore très récente ;
En quoi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 novembre 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

- Ass. plén. 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11238, ***D* 2004.3175, note Vigneau ; *JCP G* 2005.II.10011, note Chabas.**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Vu les articles 900, 1131 et 1133 du Code civil ;

Attendu que n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Première Chambre civile, 25 janvier 2000, pourvoi n° D 97-19.458), que Jean X... est décédé le 15 janvier 1991 après avoir institué Mme Y... légataire universelle par testament authentique du 4 octobre 1990 ; que Mme Y... ayant introduit une action en délivrance du legs, la veuve du testateur et sa fille, Mme Micheline X..., ont sollicité reconventionnellement l'annulation de ce legs ;
Attendu que, pour prononcer la nullité du legs universel, l'arrêt retient que celui-ci, qui n'avait "vocation" qu'à rémunérer les faveurs de Mme Y..., est ainsi contraire aux bonnes mœurs ;
Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 janvier 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne Mme Micheline X... aux dépens ;
(…).

II. – Doctrine

- **D. MAZEAUD, RDC 2008 n° 2, p. 231.**

« *L'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle* ».

« Subjectivisation » de la cause : confirmation ou coup d'arrêt ? - Les explorateurs de notre planète contractuelle savent qu'un des phénomènes les plus attrayants et stimulants qui s'y développe depuis une quinzaine d'années consiste dans le mouvement de subjectivisation de la notion de « cause objective » (sur le rôle de la cause en droit positif, v. J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006 ; X. Lagarde, « *Sur l'utilité de la théorie de la cause* », D. 2007, chr., p. 740 ; D. Mazeaud, « *La cause* », in 1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 451 ; J. Rochfeld, Rép. civ. Dalloz, 2005, Vo Cause). En bref, alors que, traditionnellement, la cause, notion abstraite, stéréotypée et désincarnée, ne peut fonder la nullité d'un contrat synallagmatique qu'au cas où un contractant s'engage en l'absence de contrepartie réelle, la Cour de cassation, dans quelques arrêts retentissants, a exploité cette notion pour anéantir des contrats qui étaient objectivement équilibrés, en ce sens qu'ils renfermaient bien des engagements réciproques, mais parce que, dès leur formation, ils étaient dénués d'utilité concrète, privés d'intérêt réel, dans la mesure où le but commun en vue duquel les contractants les avaient conclus ne pouvait pas être atteint. En somme, la cause est alors utilisée moins comme un instrument de protection contre les déséquilibres contractuels inadmissibles que comme un instrument de contrôle de l'intérêt du contrat.

L'arrêt emblématique de cette tendance est celui rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 3 juillet 1996 (D. 1997, p. 500, note P. Reigné, Defrénois 1996, 1015, obs. Ph. Delebecque, JCP G 1997, I, 4015, obs. F. Labarthe, RTD civ. 1996, p. 903, obs. J. Mestre). Des particuliers, qui souhaitaient créer un vidéo-club dans leur village, avaient conclu un contrat de location de cassettes. Alors qu'il était avéré que l'obligation du preneur de payer un loyer avait bien une cause, puisque les cassettes avaient été mises à sa disposition par le loueur, le contrat a pourtant été annulé pour absence de cause parce que « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible », faute de clients potentiels. Le contrat a donc été annulé pour absence de cause, parce qu'en raison de l'absence de clientèle potentielle pour le vidéo-club, les motifs en contemplation desquels il avait été conclu, en clair la commercialisation des cassettes louées, se révélaient finalement impossibles à réaliser. En clair, le contrat est annulé pour absence de cause en raison de son défaut d'intérêt, de son inutilité concrète pour le locataire.

Très diversement appréciés en doctrine, l'arrêt susvisé et le mouvement de «*subjectivisation de la cause* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2002, no 342) sont-ils susceptibles d'être remis en cause par l'arrêt rendu, le 27 mars 2007, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation ? La question mérite d'être posée, car les faits qui ont donné lieu à cette décision étaient très proches de ceux qui avaient suscité l'arrêt de 1996 et la question tranchée par la première Chambre civile et la Chambre commerciale est identique. En l'espèce, donc, un commerçant, qui souhaite installer un vidéo-club dans un village de 160 habitants, a conclu un contrat de location de cassettes vidéo. Parce qu'il réalise que son entreprise ne sera pas viable faute de clientèle, il agit en nullité du contrat pour absence de cause ; en somme, il soutient que son obligation de payer un loyer est sans cause, car le contrat de location est dépourvu de tout intérêt à son égard, dans la mesure où le but dans lequel il a été conclu est, faute de clientèle, impossible à réaliser. Son pourvoi, formé contre la décision des juges du fond qui l'avaient débouté de sa demande, est rejeté au motif que « l'arrêt retient que l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ; qu'il constate encore que M. X., sur lequel repose la démonstration d'une telle situation, n'apporte que des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il avait lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ». Autrement dit, le contrat ne peut pas être annulé pour absence de cause, faute pour le locataire d'apporter la preuve qu'il lui était impossible de retirer le moindre profit de son exécution, faute pour lui, en somme, de démontrer que ce contrat de location ne présentait pour lui aucune utilité concrète, aucun intérêt réel.

L'arrêt suscite, au regard du « précédent » de 1996 et du phénomène plus général de subjectivisation de la cause, diverses observations et réflexions.

En premier lieu, la Chambre commerciale ne remet pas en cause l'idée, qui irriguait l'arrêt de 1996 et qui anime le mouvement jurisprudentiel de subjectivisation de la cause, selon laquelle la cause peut être exploitée comme un instrument de contrôle de l'utilité concrète et de l'intérêt réel du contrat, lequel peut donc être annulé pour absence de cause lorsque son exécution selon l'économie voulue par les contractants, lors de sa conclusion, est impossible, parce que le but contractuel qui les avait déterminés à s'engager est, lui-même, impossible à réaliser. Au fond, l'arrêt contribue donc lui aussi au mouvement de rénovation de la cause et confirme la subjectivisation dont celle-ci est l'objet. Désormais, la cause peut donc être aussi appréhendée comme le but qui a déterminé les contractants à conclure le contrat lors de sa conclusion, l'intérêt réel et l'utilité concrète du contrat tels qu'envisagés par les parties au jour de sa conclusion.

En second lieu, il apparaît que la Chambre commerciale de la Cour de cassation apporte néanmoins un bémol à cette appréhension moderne de la cause. Pas tant parce qu'elle fait peser la charge de la preuve de l'inutilité concrète du contrat sur le contractant qui s'en prévaut pour en obtenir la nullité qu'en raison de certains des motifs qui l'ont conduit à considérer que cette preuve n'était pas rapportée. En effet, la Cour affirme, dans sa motivation, que le locataire n'apportait pas la preuve de « l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il avait lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir » (c'est nous qui soulignons). La précision nous paraît importante, car elle fixe peut-être une limite à la subjectivisation de la cause telle qu'elle a été précédemment exposée. Pour apprécier la limite en question, il convient de revenir sur certaines des critiques qui avaient été émises à propos de l'arrêt précité de 1996. Dans leur ouvrage, François Terré, Yves Lequette et Philippe Simler s'étaient inquiétés de ce que la solution retenue par la première Chambre civile risquait « *de remettre en cause la sécurité contractuelle. De fait, à suivre la Cour de cassation, dès qu'une partie aura porté à la connaissance de son partenaire le but qu'elle poursuit et que ce but ne sera pas viable économiquement, elle pourra demander la nullité du contrat pour défaut de cause. En d'autres termes, le risque qui s'attache à toute entreprise pèserait non sur celui qui entreprend (le preneur cherchant à créer un club vidéo en l'espèce) mais sur celui auprès duquel il se procure les moyens nécessaires à son entreprise (le bailleur)* » (v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, *Les obligations*, op. cit.). Peut-être faut-il voir dans les raisons précitées, qui ont conduit la Chambre commerciale à rejeter le pourvoi, l'écho de cette critique ? On pourrait, en effet, induire de la motivation de l'arrêt commenté qu'un contractant est nécessairement mal fondé à se prévaloir du défaut d'intérêt réel et d'utilité concrète du contrat pour obtenir sa nullité pour absence de cause, lorsque sa situation économique ou son statut juridique lui permettent ou lui imposent d'apprécier, et donc éventuellement d'assumer, le risque économique inhérent au contrat qu'il envisage de conclure. En l'espèce, en raison de sa connaissance du tissu économique, puisqu'il exploitait déjà d'autres commerces dans le village dans lequel il souhaitait installer un vidéo-club, et de sa compétence présumée, attachée à son statut de commerçant, le locataire devait donc apprécier et appréhender le risque économique inhérent à la conclusion du contrat de location et assumer ce risque qu'il avait mal apprécié. En définitive, le défaut d'intérêt réel et d'utilité concrète d'un contrat, l'impossibilité de l'exécuter selon l'économie voulue par les contractants ne pourraient donc conduire à une annulation fondée sur l'absence de cause qu'à la condition que la situation de fait ou de droit du contractant qui demande la nullité ne lui imposait pas de supporter le risque économique, qui s'est réalisé lors de l'exécution du contrat, et que, par un manque de clairvoyance et de compétence coupable, il avait mal évalué lors de sa conclusion.

Si l'analyse est exacte, une telle réserve à la subjectivisation de la cause, même si elle se conçoit, ne s'imposait pourtant pas avec la force de l'évidence. On pouvait, en effet, tout à fait succomber à l'argumentation développée par notre ami Guillaume Wicker en réplique à la critique de MM. Terré, Lequette et Simler : « *En réalité, il ne semble pas qu'une telle critique soit fondée car, en l'espèce, la solution retenue conduit, non à faire peser sur le bailleur le risque inhérent à toute exploitation, lequel ne se matérialise qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat, mais seulement à sanctionner, par la nullité, le fait que, au jour de l'engagement, il était manifeste que le contrat ne pouvait permettre, eu égard à son économie, la réalisation du but contractuel. Ce faisant la conception subjective de la cause apparaît comme un remarquable instrument de moralisation des relations contractuelles en interdisant à toute personne de contracter lorsqu'elle sait pertinemment et ab initio que son cocontractant court à sa perte* » (G. Wicker, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », in Les concepts contractuels français à l'heure

des Principes du droit européen du contrat, sous la dir. de P. Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151 et s., spéc. note [22]).
Apparemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a donc privilégié l'impératif de sécurité juridique sur celui de moralisation contractuelle, canalisant ainsi le rôle et la portée de la notion de « cause subjectivisée ».

- **Ch. LARROUMET, De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats), D. 2008, p. 2441.**

En dépit, d'abord, des critiques dont elle a été l'objet au début du XXe siècle et, ensuite, d'une récente doctrine confuse qui a mélangé les genres, doctrine fondée surtout sur des décisions non moins confuses de la Cour de cassation (essentiellement les arrêts Chronopost et Club Vidéo de 1996), la jurisprudence française en matière de cause était claire et finalement aisément compréhensible, parce que, somme toute, assez simple.
La conception que la jurisprudence avait adoptée de la cause distinguait entre la cause de l'obligation ou cause objective et la cause du contrat ou cause subjective, chacune des deux notions ayant son utilité propre. Toutes les tentatives pour réduire la cause à une notion unitaire ont été vouées à l'échec, justement parce qu'on ne pouvait pas ramener à l'unité les fonctions de la cause.
Par tradition sans doute, mais aussi par nécessité pour justifier moralement et économiquement le consentement, le droit français a toujours été le plus causaliste de tous les systèmes juridiques de la famille continentale par opposition au common law dont on sait qu'il ignore la cause. Cependant, les codifications les plus récentes en Europe, au Québec et en Amérique latine passent la cause sous silence. Elle ne figure plus parmi les conditions de validité du contrat. Il est vrai que, pour ceux de leurs rédacteurs qui s'intéressaient à ce qui se faisait ailleurs, la complexité de la doctrine française sur la question et les controverses qui en étaient la conséquence n'étaient pas faites pour les rassurer. Cela devait plutôt les engager à jeter la cause par-dessus bord, alors que pourtant tout aurait pu être simple.
Dans un tel contexte, il est compréhensible qu'au moment où l'on veut à juste titre réformer notre droit des contrats, on se soit posé la question de savoir s'il fallait conserver la cause ou bien s'en débarrasser. Certes, la cause est utile et, dans sa simplicité, on pouvait la conserver, d'autant plus qu'elle ne sert pas uniquement comme condition de validité du contrat dans la mesure où elle justifie de nombreuses institutions en matière contractuelle. Seulement, elle a été rejetée presque partout ailleurs. Il était difficile d'avoir raison contre le monde entier et de conserver un concept que presque tout le monde rejette. S'il en est ainsi, c'est qu'on peut s'en passer. Alors, pourquoi ne pas s'en passer dans un système qui lui était profondément attaché ? Le réalisme poussait à le faire, bien qu'on puisse le regretter, et c'est ce qu'a effectivement fait le projet de réforme du droit des contrats préparé par la chancellerie.
A l'article 49 de ce projet, article mentionnant les conditions de validité du contrat, la cause ne figure plus parmi celles-ci. Certes, il est y question de licéité du contrat, ce qui recouvre l'objet et la cause. Cependant, il est inutile de chercher si l'illicéité se rapporte à l'un ou à l'autre à partir du moment où elle est considérée en elle-même comme une cause de nullité, ce qui, au demeurant, était déjà le cas sur le fondement de l'article 6 du code civil.
La licéité correspondait, à côté de l'objet, à la cause du contrat. En effet, pour déterminer si un contrat est conforme à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, les juges doivent quelquefois rechercher le but (qui correspond à la cause du contrat) lorsque l'obligation n'apparaît pas en elle-même illicite ou immorale par son objet. Après tout, il importe peu qu'on ne mentionne plus la cause puisque la licéité est érigée en condition autonome, ce qui recouvre l'objet et le but.
C'est quant à ce qui remplace la cause de l'obligation que le projet est contestable. Dans une section consacrée au contenu du contrat, à côté de la détermination des obligations, de leur objet et de la licéité, il est question de l'intérêt au contrat (art. 85, 86 et 87 du projet). Il est déjà étrange de parler de l'intérêt au contrat à propos du contenu de celui-ci. On a l'impression qu'on a rangé l'intérêt sous cette rubrique parce qu'on ne savait pas où le mettre. En réalité, il ne fallait le mettre dans aucune rubrique. Il fallait tout simplement taire l'intérêt qui ne sert strictement à rien. Si on ne voulait plus de la cause, il fallait ne plus la mentionner sans qu'il fût besoin de la remplacer. Bien entendu, l'intérêt n'est pas défini dans le projet. On comprend bien pourquoi, car une définition simple est impossible.
A partir du moment où l'intérêt a vocation à remplacer la cause, on conçoit qu'il justifie l'engagement du débiteur. C'est exactement ce que dit naïvement l'article 85 du projet. Cela est d'une telle évidence

qu'il n'y a pas à le préciser. Il y a des choses qui vont sans qu'on les dise. On n'imagine pas un débiteur s'engager sans raison.
S'il s'agit d'un contrat à titre gratuit, l'intérêt correspond normalement à l'intention libérale et aux raisons que le débiteur peut avoir de s'engager sans avantage appréciable en argent en contrepartie. C'est la définition de l'article 7, alinéa second, du projet de réforme.
S'il s'agit d'un contrat ?titre onéreux, c'est l'avantage évaluable en argent qui lui a été procuré ou bien que le débiteur attend en contrepartie de son engagement qui justifie celui-ci. C'est ce qu'énonce l'article 86 du projet qui précise que ?le contrat est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est nulle ou dérisoire ? Une telle affirmation est dangereuse. Elle suppose une recherche de l'intérêt. On peut l'apprécier objectivement, ce qui correspond ?la cause de l'obligation dans ce qui était sa fonction traditionnelle. C'est la cause abstraite, qui, dans la conception classique de la cause, était toujours la même dans une catégorie déterminée de contrat. Cependant, il est permis de penser que l'intérêt pourrait aussi correspondre ?une conception subjective de la cause de l'obligation, cause concrète, variable d'un contrat ?un autre dans une même catégorie. On en revient ainsi aux controverses récentes sur la cause de l'obligation, ?laquelle, avec les arrêts Chronopost et Club Vidéo, on entend intégrer les motifs qui correspondent ?la cause du contrat. Cela est d'autant plus évident qu'un contestable article 87 du projet affirme que ?la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite ? Il s'agit purement et simplement de la jurisprudence Chronopost, reprise par des décisions postérieures de la Cour de cassation.
En d'autres termes, la référence ?l'intérêt pour remplacer la cause ne résoud rien. Il s'agit de la cause sous une autre dénomination. Les controverses et l'insécurité?contractuelle sont loin d'être éteintes, bien au contraire. Les partisans d'une conception objective de la cause de l'obligation et ceux d'une conception subjective s'affronteront de plus belle. Si le législateur entend mettre fin ?ces querelles, il suffit de supprimer purement et simplement la cause sans la remplacer par quoi que ce soit. Cela ne signifie pas que le contrat ?titre onéreux pourra exister sans avantage en contrepartie de l'engagement du débiteur. Il suffit de se fonder sur l'article 7, alinéa 1er, du projet qui définit le contrat ? titre onéreux pour considérer que s'il n'y a pas d'avantage en contrepartie de l'engagement, il n'y a pas d'engagement et donc pas de contrat dès lors que l'intention libérale est absente. On n'est pas si loin de la considération des systèmes de common law. Il va de soi que lorsque l'avantage attendu en contrepartie est illusoire ou dérisoire, il n'existe pas. En d'autres termes, la définition du contrat ?titre onéreux contient implicitement une condition de validité?de celui-ci, l'avantage procuré?en contrepartie de l'engagement. En raison des controverses que susciteront inévitablement les articles 85 ?87 du projet de réforme, il serait souhaitable de les supprimer dans le même temps que l'on supprime la cause.

- D. MAINGUY, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, Dalloz 2009, p. 308. Extraits

[…] 7 - Sur l'intérêt au contrat - Comme tout le monde, j'ai été surpris tant par la disparition de la cause dans le projet que par l'érection de « l'intérêt au contrat ». Sur la disparition de la cause, j'ai déjà dit ce que j'en pensais, je crains ne pas beaucoup la pleurer. J'ai été plus étonné par la notion d'intérêt au contrat et sa place, installée dans le chapitre relatif au « contenu du contrat », associée avec une section sur « l'objet du contrat ». Pourquoi pas, c'est au fond aussi décalé que de dissocier consentement et objet : on ne consent pas abstraitement, mais sur un projet et un objet contractuel. Proposer cet « objet » du consentement comme faisant partie de son contenu n'est alors guère choquant. Mais peut-être faudrait-il alors déplacer le passage sur les obligations implicites et expresses.
En revanche, que dire de « l'intérêt au contrat » ? « Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat », « un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » et encore « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite ». Trois textes qui installent cette notion apparemment curieuse et nouvelle, à la place de la cause, voire à ses côtés si les sirènes appelant son maintien sont entendues. Les deux premières règles sont des déclinaisons de la cause et ressemblent à s'y méprendre, le terme cause étant remplacé par celui d'intérêt, à l'article 1125 du projet Catala.
Cette notion d'intérêt n'est pas dénuée de sens, bien au contraire. On peut songer, par exemple, à l'application des articles du projet de réforme aux situations dans lesquelles la notion d'économie du contrat est invoquée. Mais bien d'autres situations présentent une notion d'intérêt. C'est le cas bien

connu du contrôle moderne des clauses de non-concurrence : celles-ci doivent être justifiées par la proportionnalité entre l'*intérêt légitime* du créancier de non-concurrence et les moyens utilisés pour le préserver. Traditionnellement, la cause sert d'*ersatz* de fondement à l'annulation de la clause disproportionnée. Cette manière de procéder est très économique : c'est très exactement la technique utilisée par le droit de la concurrence lorsqu'il s'agit d'exempter une clause contraire aux règles *antitrust*, en dehors de l'application d'un mécanisme d'exemption collective. L'article L. 120-4 du code de commerce comme l'article 81 § 3 CE proposent une méthode simplement plus explicite imposant, à partir de la restriction observée, d'identifier les effets positifs du contrat ou de la clause sur le marché (la préservation des intérêts légitimes du créancier pour une clause de non-concurrence) mais également de vérifier que des effets négatifs n'en résultent pas, *via* la règle de proportionnalité : il ne faut pas que l'entente produise des restrictions non indispensables pour atteindre les effets favorables. C'est ce qu'on appelle le « bilan économique » en droit de la concurrence. Mais, au fond, c'est un bilan appréciant le choc d'une rencontre de deux libertés : la liberté du commerce ou de la concurrence contre elle-même dans le cas de l'application du droit de la concurrence, de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce et de l'industrie ou de la liberté du travail dans le cas des clauses de non-concurrence, liberté contractuelle contre liberté contractuelle dans bien d'autres cas. C'est ce que j'avais appelé la civilisation du droit de la concurrence, sans mesurer alors l'impact de cette confrontation sur l'analyse des clauses en droit des contrats. La méthode issue de cette civilisation des règles du droit de la concurrence, que l'on retrouve par exemple lorsqu'il s'agit de confronter la liberté contractuelle avec les droits fondamentaux, est très opportune et peut en effet être déclinée dans bien des situations : les clauses d'exclusivité dès lors que les règles particulières ne sont pas applicables, les clauses de restitution en nature, à partir de la fameuse question de l'affaire dite des « *cuves* » mais qui était demeurée dans le domaine strict du droit de la concurrence, mais également les clauses limitatives de responsabilité. L'article 87 du projet, *« la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite »*, est d'ailleurs présenté comme une arme destinée à combattre les clauses limitatives de responsabilité. Le raisonnement est empreint d'une logique unifiant les raisonnements en la matière : l'obligation essentielle n'est rien d'autre que l'intérêt au contrat du créancier de l'obligation inexécutée, de sorte que, sans qu'il soit besoin d'en appeler à la cause, la clause limitative de responsabilité « vide » - la formule est peu heureuse - le contrat de son intérêt dans ce type de situation. C'est encore le cas du contrôle des clauses d'inaliénabilité, valables que pour autant qu'elles soient justifiées par un intérêt sérieux et légitime et qu'elles soient temporaires. On peut observer alors que c'est tout le contrôle de l'équivalence des prestations réciproques qui devient alors possible sur ce fondement. C'était déjà le cas avec la notion de cause et ses développements récents, mais la notion d'intérêt au contrat présente un lien plus direct, plus évident, plus pédagogique avec cet objectif, notamment en déplaçant ces questions du seul point de vue de la formation des contrats.

SEANCE 7

LES EFFETS DU CONTRAT

La force obligatoire du contrat

I. – Jurisprudence

- **La bonne foi**

- Soc., 25 févr. 1992 : D. 1992, p. 390.
- Soc., 8 avr. 1992 : JCP E, 1992, II, 360.
- Com., 3 nov. 1992: RTD Civ. 1993, p. 124, obs. Mestre.
- Civ. 1ère, 26 nov. 1996: Bull. Civ. 1, n° 415, p. 288.
- Com., 24 nov. 1998: JCP 1999, II, 10210.
- Com. 10 juil. 2007, D. 2007, p. 2839, obs. Ph. Stoffel-Munck, *créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier* ; Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, *Service de documentation et d'études de la Cour de cassation.*
- Civ. 3e, 26 mars 2013, n° 12-14870

- **L'imprévision**

- CE, 30 mars 1916 : DP 1916, 3, 25.
- Com., 18 déc. 1979 : Bull. Civ. IV, n° 3339.
- CE, 5 nov. 1982.
- Civ. 1ère, 16 mars 2004 : D. 2004, p. 1754, note D. Mazeaud.
- Com. 29 juin 2010, n°09-67.369, non publié au bulletin, D. 2010, p. 2481, note D.Mazeaud ; D. 2010, p. 2485, note T. Génicon ; JCP 2011, éd. G. I. 63, comm. Y.M. Sérinet.

- **Les clauses abusives**

- Civ. 1ère, 24 janv. 1995 : D. 1995, p. 327.
- Civ. 1ère, 5 nov. 1996 : JCP G, 1996, IV, 2545.
- Com. 23 nov. 1999: Bull. Civ. IV, n° 210.
- Civ. 1ère, 5 mars 2002: Bull. Civ. I, n° 78 ; JCP G, 2002, I, 1157, note G. Paisant.
- Civ. 1ère, 28 avr. 1987 : JCP G, 1987, II, 20893.
- Civ. 2ème, 18 mars 2004: Bull. Civ. II, n° 136 ; JCP G, 2004, II, 10106, note D. Baccouche.
- Civ. 1ère, 15 mars 2005 : D. 2005, p. 887, note C. Rondey.
- Cons. const. 13 janvier 2011, déc. 2010-85 QPC
- **Civ. 1re, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 153**

II. – Doctrine

- D. Mazeaud, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, D. 2004, Jur., p. 1754.
- P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ., 1999, p. 771.
- G. Paisant, *A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du « rapport direct »*, JCP G, 2003, I, 121.

Pour aller plus loi, rechercher :

- D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, in Mélanges F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603.
- J. Mestre et A. Laude, *L'interprétation active du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix, 28 mai 1993.

III. **– Exercice**

- **Analyser et expliquer les arrêts Com. 10 juil. 2007 et Com., 3 nov. 1992.**
- Réaliser un commentaire rédigé de l'arrêt du 29 juin 2010.

I. – Jurisprudence

- **La bonne foi**

➢ **Soc., 25 févr. 1992., n° de pourvoi : 89-41634**

Sur la recevabilité du pourvoi contestée par la défense : (sans intérêt) ;
Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Dehaynain a été engagée le 1er juillet 1985 par la société Expovit en qualité de responsable du fichier client informatique ; qu'elle a été licenciée le 24 juin 1987 pour suppression de poste ;
Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 28 février 1989) d'avoir décidé que le licenciement économique de Mme Dehaynain n'avait pas de cause réelle et sérieuse et de l'avoir en conséquence condamnée à payer une indemnité à la salariée et à rembourser les allocations de chômage aux organismes concernés, alors, selon le moyen, que, suivant les articles L. 321-1 et suivants du Code du travail, le licenciement économique peut être caractérisé par la seule nécessité technique ou financière pour une entreprise d'une suppression individuelle d'emploi, peu importe à cet égard l'absence de toute difficulté économique générale de l'entreprise ; qu'en l'espèce, la cour d'appel qui reconnaît expressément que la suppression du poste de Mme Dehaynain se justifiait pour la société Expovit par des nécessités techniques inhérentes à une bonne gestion de l'entreprise, ne pouvait refuser de tirer les conséquences légales qui s'en évinçaient et selon lesquelles le licenciement de Mme Dehaynain avait un caractère strictement économique ; que ce faisant, la cour d'appel a violé les articles susvisés ; alors que, d'autre part, l'article L. 321-5 du Code du travail n'a prévu aucune sanction à l'encontre de l'employeur quand une convention de conversion n'a pas été proposée au salarié dont le poste est supprimé ; qu'en condamnant dès lors l'employeur à diverses indemnités au profit de la salariée, la cour d'appel a violé l'article L. 321-5 précité ; alors que, de troisième part, le fait pour l'employeur de ne pas proposer une convention de conversion ne peut être qu'une irrégularité de forme de nature à ouvrir droit au salarié à une indemnité d'un mois de salaire quand la rupture repose, comme en l'espèce, sur une cause réelle et sérieuse suivant l'article L. 122-14-4 du Code du travail ; qu'en octroyant à Mme Dehaynain une indemnité supérieure à la limite précitée, la cour d'appel a violé l'article L. 122-14-4 du Code du travail ;
Mais attendu que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ; qu'ayant relevé que la société avait engagé le 3 juillet 1987 une facturière, la cour d'appel a fait ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser Mme Dehaynain dans cet emploi compatible avec ses capacités ; qu'elle a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

➢ **Soc., 8 avr. 1992., n° de pourvoi : 89-41548**

Sur les trois moyens réunis :
Vu l'article 1134 du Code civil ;
Attendu qu'est un licenciement pour motif économique celui qui résulte d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ;
Attendu, selon la procédure, que la société Fatexlor a cessé, en octobre 1986, de fabriquer des pantalons de ville pour femmes, secteur pour lequel Mme Jardin, ouvrière au coefficient C 1 de la convention collective, était affectée au montage des ceintures ; que la société a fabriqué des corsages de fin octobre 1986 à février 1987, puis en avril 1987 ; que Mme Jardin a été employée pendant 15 jours au montage des cols et poignets jusqu'à son licenciement, pour cause économique, le 13 novembre 1986 ; que la société s'étant orientée à partir de décembre 1986 vers la fabrication de

pantalons " de sport " pour hommes, le poste de montage de ceintures a été occupé depuis le 21 janvier 1987 par une autre salariée classée au coefficient A 1, inférieur à celui de Mme Jardin ; que cette dernière a demandé des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
Attendu que, pour débouter Mme Jardin de sa demande de dommages- intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a énoncé que le fait que les nouvelles fabrications mises en oeuvre par l'entreprise ne nécessitent plus l'emploi d'ouvrières qualifiées " C " mais puissent être exécutées par des ouvrières qualifiées " A ", selon la convention collective, autorise l'employeur à se séparer de ses salariés de la catégorie supérieure pour les remplacer par des salariés moins qualifiés (A) et que le poste de l'intéressé s'était trouvé simplifié et pouvait être occupé par une ouvrière moins qualifiée ;
Attendu, cependant, que dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou transformation d'emplois, proposer aux salariés concernés, des emplois disponibles de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail ;
Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 février 1989, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims

- **Com., 3 nov. 1992, n° 90-18547**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 mai 1990), que, le 2 octobre 1970, la Société française des pétroles BP (société BP) a conclu avec M. Huard un contrat de distributeur agréé, pour une durée de 15 années, prenant effet le 25 mars 1971 ; que, par avenant du 14 octobre 1981, le contrat a été prorogé jusqu'au 31 décembre 1988 ; qu'en 1983, les prix de vente des produits pétroliers au détail ont été libérés ; que M. Huard, se plaignant de ce que, en dépit de l'engagement de la société BP de l'intégrer dans son réseau, cette dernière ne lui a pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ;
Attendu que la société BP reproche à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande à concurrence de 150 000 francs, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, dans son préambule, l'accord de distributeur agréé du 2 octobre 1970 prévoyait que la société BP devrait faire bénéficier M. Huard de diverses aides " dans les limites d'une rentabilité acceptable " ; qu'en jugeant dès lors que la société BP était contractuellement tenue d'intégrer M. Huard dans son réseau en lui assurant une rentabilité acceptable, la cour d'appel a dénaturé cette clause stipulée au profit de la société pétrolière et non à celui de son distributeur agréé, en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, d'autre part, que nul ne peut se voir imputer une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité sans que soit établie l'existence d'une inexécution de ses

obligations contenues dans le contrat ; qu'en ne retenant à l'encontre de la société BP que le seul grief de n'avoir pas recherché un accord de coopération commerciale avec son distributeur agréé, M. Huard, la cour d'appel n'a relevé à son encontre aucune violation de ses obligations contractuelles et ne pouvait dès lors juger qu'elle avait commis une faute contractuelle dont elle devait réparer les conséquences dommageables, en violation de l'article 1147 du Code civil ; et alors, enfin, que nul ne peut être tenu pour responsable du préjudice subi par son cocontractant lorsque ce préjudice trouve sa source dans une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ; qu'en jugeant dès lors que la société BP devait être tenue pour contractuellement responsable du préjudice invoqué par M. Huard, préjudice tenant aux difficultés consécutives à l'impossibilité pour ce dernier de faire face à la concurrence, après avoir pourtant constaté qu'elle était néanmoins tenue, en raison de la politique des prix en matière de carburants, de lui vendre ceux-ci au prix qu'elle pratiquait effectivement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations de fait, en violation des articles 1147 et 1148 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M. Huard dans son réseau " en lui assurant une rentabilité acceptable " ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. Huard avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que " le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires ", l'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M. Huard, lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. Huard à un prix inférieur au tarif " pompiste de marque ", sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant " dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait dans sa première branche, est mal fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE (…)

- **Civ. 1ère, 26 nov. 1996, n° de pourvoi : 94-13468**

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que l'arrêt attaqué (Riom, 10 février 1994), statuant dans un litige afférent au règlement d'une indemnité d'assurance incendie subordonnée à une reconstruction dans un délai déterminé, a constaté que quelques jours avant l'acquisition de la prescription biennale la compagnie Groupe Azur Assurances mutuelles de France avait été informée par son assuré, la société Agrigel Frigédoc, de l'achèvement de ces travaux de reconstruction et qu'elle avait gardé un " silence malicieux " dans le but d'échapper au paiement grâce à la prescription et que les correspondances qu'elle avait eues avec son assuré avaient " endormi sa vigilance " sur les formalités légales qui lui incombaient ; que la juridiction du second degré a pu en déduire que l'assureur, tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en oeuvre du processus d'indemnisation après la survenance d'un sinistre, avait commis une faute contractuelle dont il devait réparation ; que le moyen en ses deux branches est sans fondement ;

Et sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé la lettre écrite par l'assureur le 6 avril 1992, a constaté qu'à une demande de son assuré tendant au règlement d'une somme de 136 340,05 francs, correspondant à six dossiers, l'assureur avait exclusivement opposé la compensation avec des primes impayées d'un montant de 199 935 francs ; qu'elle a pu en

déduire, par application de l'article 2221 du Code civil, que l'assureur, en soutenant que la dette qu'il avait vis-à-vis de son assuré était éteinte par compensation avec sa propre créance, avait ainsi reconnu l'existence de cette dette et tacitement renoncé à se prévaloir de la prescription ; que le moyen ne peut donc être accueilli ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Com., 24 nov. 1998, n° 96-18357.**

Attendu, selon l'arrêt déféré, que, par un contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, la société BSN, devenue société Groupe Danone, la société Brasseries Kronenbourg et la société Eaux minérales d'Evian (les sociétés) ont confié à M. Chevassus-Marche la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'océan Indien ;
Sur le premier moyen, pris en sa première branche :
Vu l'article 1184 du Code civil ;
Attendu que, pour rejeter la demande en paiement de dommages-intérêts de M. Chevassus-Marche, l'arrêt, après avoir relevé que le mandataire avait demandé l'application de la clause résolutoire ainsi que la résiliation du contrat, et retenu, sur la première demande, que les conditions de mise en jeu de la clause résolutoire n'étaient pas réunies et, sur la demande en résiliation, que la preuve d'un manquement des sociétés n'était pas rapportée, énonce " qu'il s'ensuit qu'en prenant l'initiative de cesser toute relation avec ses mandants ", M. Chevassus-Marche a perdu le droit de percevoir une indemnité de rupture ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les demandes de M. Chevassus-Marche, à elles seules, n'emportaient pas rupture du contrat de la part du mandataire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
Sur le troisième moyen : (sans intérêt) ;
Sur le quatrième moyen, pris en sa première branche : (sans intérêt) ;
Et sur le quatrième moyen, pris en sa seconde branche :
Vu l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 ;
Attendu, selon ce texte, que les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ;
Attendu que, pour rejeter la demande en résiliation de contrat présentée par M. Chevassus-Marche et, par voie de conséquence, sa demande en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient que les sociétés n'avaient pas à intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la métropole, qu'elles devaient respecter le principe essentiel de la libre concurrence et qu'il n'est pas établi qu'elles aient mis des " obstacles " à la représentation de leur mandataire ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, informées des difficultés de M. Chevassus-Marche en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de M. Chevassus-Marche en constatation de la résiliation et en résiliation du contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, ainsi qu'en paiement d'une indemnité de rupture, l'arrêt rendu le 5 juillet 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

- **Com. 10 juill. 2007, n° de pourvoi : 06-14768.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 18 décembre 2000, MM. X..., Y... et Z..., actionnaires de la société Les Maréchaux, qui exploite notamment une discothèque, ont cédé leur participation à M. A..., déjà titulaire d'un certain nombre de titres et qui exerçait les fonctions de président du conseil d'administration de cette société ; qu'il était stipulé qu'un complément de prix serait dû sous certaines conditions qui se sont réalisées ; qu'il était encore stipulé que chacun des cédants garantissait le cessionnaire, au prorata de la participation cédée, notamment contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession ; que la société ayant fait l'objet d'un redressement fiscal au titre de l'exercice 2000 et MM. X..., Y... et Z... ayant demandé que M. A... soit condamné à leur payer le complément de prix, ce dernier a reconventionnellement demandé que les cédants soient condamnés à lui payer une certaine somme au titre de la garantie de passif ;
Attendu que pour rejeter la demande de M. A..., l'arrêt retient que celui-ci ne peut, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants dès lors que, dirigeant et principal actionnaire de la société Les Maréchaux, il aurait dû se montrer particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes présentant toutes les garanties de fiabilité, qu'il ne pouvait ignorer que des irrégularités comptables sont pratiquées de façon courante dans les établissements exploitant une discothèque et qu'il a ainsi délibérément exposé la société aux risques, qui se sont réalisés, de mise en oeuvre des pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de la garantie de passif ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes ;
PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 mars 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;
remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée

- **Civ. 3e, 26 mars 2013, n° 12-14870**

Sur le moyen unique :
Vu l'article 1134 du code civil ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 15 décembre 2011), rendu sur renvoi après cassation (3e Civ. 29 juin 2010, n° 09-10.394), que par acte du 17 septembre 1997, la société Trans-Lys a donné à bail à la société Etablissements Brévière des locaux à usage commercial d'une superficie d'environ 1060 m² au rez-de-chaussée d'un immeuble à compter du 1er janvier 1997, moyennant un certain loyer annuel, puis à compter du 1er juillet 1997, une surface complémentaire de 625 m² à l'étage moyennant un loyer complémentaire ; que le bail stipulait que les charges seraient réparties à raison de 11/20e pour la société Etablissements Brévière et 9/20e pour un autre locataire occupant un second bâtiment de l'ensemble immobilier appartenant à la même bailleresse ; qu'invoquant la présence d'un troisième locataire occupant l'étage, la société Etablissements Brévière a assigné la société Trans-Lys en restitution de loyers et charges indûment payées ;

Attendu que pour dire que la demande en répétition de l'indu est juridiquement fondée et ordonner une expertise pour en chiffrer le quantum, l'arrêt retient que si les clauses mettant à charge du preneur à bail commercial la répercussion de différentes charges sont licites, il est anormal que la locataire ait payé des charges qu'elle n'aurait pas du payer puisque la répartition des surfaces était à diviser en trois et non pas en deux, que s'il est avéré que le troisième occupant était là depuis l'origine, c'est depuis l'origine que la société Etablissements Brévière aurait dû payer 8,8/20e et qu'elle est légitimement fondée à réclamer les loyers et charges qu'elle aurait

indûment payés à compter du 1er janvier 1997 pour les montants excédant la part de 8,8/20e ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel qui a constaté que les termes du bail étaient clairs quant aux sommes dues en ce qui concerne le calcul des charges et faisaient la loi entre les parties, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que la demande en répétition de l'indu était juridiquement fondée et ordonné une expertise, l'arrêt rendu le 15 décembre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Douai, autrement composée.

- **L'imprévision**

CE, 30 mars 1916.

Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ; Vu la loi du 24 mai 1872 ; Sur les fins de non-recevoir opposées par la ville de Bordeaux : Considérant que les conclusions de la compagnie requérante tendaient devant le conseil de préfecture comme elles tendent devant le Conseil d'Etat à faire condamner la ville de Bordeaux à supporter l'aggravation des charges résultant de la hausse du prix du charbon ; que, dès lors, s'agissant d'une difficulté relative à l'exécution du contrat, c'est à bon droit que par application de la loi du 28 pluviôse an VIII, la compagnie requérante a porté ces conclusions en première instance devant le conseil de préfecture et en appel devant le Conseil d'Etat ; Au fond : Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ; Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général,

lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ;
DECIDE : Article 1er : L'arrêté susvisé du conseil de préfecture du département de la Gironde en date du 30 juillet 1915 est annulé. Article 2 : La Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé. Article 3 : La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d'appel. Article 4 : Expédition ... Intérieur.

- **Com., 18 déc. 1979.**

Sur les fins de non-recevoir soulevées par la défense :
Attendu que les moyens du pourvoi seraient irrecevables, d'une part en raison de ce que le dispositif de l'arrêt défère se bornerait a confirmer deux jugements avant dire droit ordonnant chacun une mesure d'expertise et le paiement de provisions et, d'autre part, faute d'intérêt, les provisions accordées, dont la société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de paris-la villette (semvi) a été condamnée a garantir le paiement, étant inferieures aux sommes que ladite société s'était obligée a payer;
Mais attendu, d'une part, que si le premier jugement entrepris a nommé, avant dire droit, un arbitre-rapporteur, le second, tout en ordonnant une expertise complémentaire sur un point accessoire nécessitant l'établissement des comptes définitifs entre les parties, a fixe dans ses motifs le montant de la créance, objet du litige principal, et dans son dispositif la somme < a valoir > qui serait versée; que l'arrêt a donc tranche une contestation au fond;
Attendu, d'autre part, que même si la créance litigieuse se révélait moins élevée que le maximum de la somme a laquelle s'est obligée la semvi, celle-ci a néanmoins intérêt a ce que sa garantie soit limitée au chiffre le plus faible possible; d'ou il suit que les fins de non-recevoir ne peuvent être accueillies;

Sur le premier moyen du pourvoi : vu l'article 1134 du code civil; attendu qu'en application de ce texte les juges ne peuvent, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties;
Attendu que pour condamner la société saunier duval (la société sd) a verser a la société des magasins et entrepôts du nord, en exécution d'un contrat de < magasinage > a durée indéterminée, une somme dont la semvi garantirait le paiement, la cour d'appel a retenu que malgré le refus opposé par la société sd a une augmentation du tarif originairement convenu, celui-ci devait être, en raison de circonstances économiques nouvelles, fixe en fonction d'un < juste prix >, ledit contrat < surtout a durée indéterminée > comportant une rémunération du magasinier suivant des tarifs variables dans le temps;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la convention ne prévoyait pas de modification du tarif du dépôt salarie, la cour d'appel a viole par refus d'application le texte susvisé;
Par ces motifs, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi : casse et annule l'arrêt rendu entre les parties le 4 janvier 1978 par la cour d'appel de paris; remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans.

- **CE, 5 nov. 1982, n°19-413.**

Requête de la société Propétrol tendant à : 1° l'annulation du jugement du 21 juin 1979 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg l'a condamnée à verser une somme de 359 695,56 F, augmentée des intérêts légaux, à l'office public d'habitations à loyer modéré de la communauté urbaine de Strasbourg à la suite de la résilitation par celui-ci, aux torts exclusifs de la société Propétrol, du contrat de fournitures de fuel-oil conclu entre eux et de la passation, aux risques de cette société, d'un marché de substitution ; 2° au rejet de la demande présentée par l'office public d'habitations à loyer modéré de la communauté urbaine de Strasbourg devant le tribunal administratif de Strasbourg ; Vu le code des tribunaux administratifs ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; la loi du 30 décembre 1977 ; Sur la recevabilité de la demande de première instance : Considérant qu'alors même qu'il lui appartenait d'émettre un état exécutoire pour le recouvrement de la créance qu'il prétend avoir sur la société Propétrol, l'office public d'habitations à loyer modéré de la communauté urbaine de Strasbourg était recevable à demander au tribunal administratif de Strasbourg de condamner la société à lui payer le montant de cette créance, qui trouve son fondement dans un contrat ; Au fond : Cons. qu'aux termes de l'article 56 du cahier des clauses administratives générales applicables au marché conclu le 16 mai 1972 entre l'office et la société pour la fourniture du fuel-oil domestique ... " il peut être pourvu par la collectivité à l'exécution de la fourniture aux frais et risques du titulaire, soit en cas d'inexécution, par ce dernier, d'une livraison qui, par nature ne peut souffrir aucun retard, soit en cas de résiliation du marché prononcée en vertu de l'article précédent " ; Cons. qu'il résulte de l'instruction que par lettre du 23 juillet 1973 la société Propétrol a fait part à l'office de sa décision de cesser " en toute hypothèse " ses livraisons à compter du 23 août 1973 et lui a demandé " de se mettre en quête d'un nouveau fournisseur " ; qu'elle a effectivement refusé d'effectuer une livraison le 28 septembre 1973 ; que par décision du 5 octobre 1973, le président de l'office a prononcé la résiliation du marché aux torts exclusifs du titulaire et décidé de passer un marché de substitution, qui a été conclu le 8 octobre 1973 ; Cons. que la circonstance que la résiliation du marché conclu avec la société Propétrol aurait été prononcée à la suite d'une procédure irrégulière est sans influence sur la validité du marché de substitution, qui, en application de l'article 56 précité du cahier des clauses administratives générales pouvait, indépendamment de toute résiliation, être conclu pour l'ensemble des livraisons restant à effectuer, dès lors que la société avait définitivement mis fin à l'exécution du marché ; Cons. que si la hausse survenue à partir du mois de mai 1973 sur le marché international du fuel-oil domestique était de nature, en l'absence d'une augmentation du tarif officiel servant de base à la détermination du prix contractuel, à rendre plus onéreuse l'exécution du marché, cette circonstance ne constituait pas un cas de force majeure mettant la société dans l'impossibilité d'effectuer les fournitures prévues au contrat ; qu'étant par ailleurs indépendante du fait de l'administration partie au contrat, elle aurait seulement autorisé la société, si elle avait continué à remplir ses obligations contractuelles, à présenter, le cas échéant, une demande d'indemnité fondée sur l'existence d'un fait imprévisible ayant provoqué un déficit d'exploitation de nature à entraîner un bouleversement de l'économie du contrat ; que l'office n'avait, en revanche, aucune obligation de conclure avec la société Propétrol un nouveau marché comportant des prix plus élevés que ceux du marché initial et, en présence de la défection de son fournisseur, était en droit de passer, comme il l'a fait, un marché de substitution avec un autre fournisseur ; Cons. qu'en vertu de l'article 5 du cahier des prescriptions spéciales, le supplément de prix résultant du marché de substitution doit être supporté par le titulaire défaillant ; qu'il résulte de l'instruction que la somme de 359 695,56 F que le tribunal administratif a condamné la société Propétrol à verser à l'office, correspondant uniquement au supplément de prix résultant de ce que le marché de substitution ne comportait pas de rabais et ne tient pas compte des augmentations du tarif officiel que l'office aurait dû subir même si l'exécution du marché initial s'était poursuivie ; qu'en concluant un marché de substitution sans rabais, l'office n'a pas commis

une faute lourde, qui aurait seule été de nature à permettre à la société de demander une réduction des sommes mises à sa charge en application de l'article 5 susrappelé du cahier des prescriptions spéciales ; Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Propétrol n'est pas fondée à demander l'annulation du jugement attaqué ;
DECIDE :[rejet].

- **Civ. 1ère, 16 mars 2004.**

Attendu que la commune de Cluses a concédé, en 1974, à l'Association Foyer des jeunes travailleurs (AFJT) l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises ; qu'une convention tripartite a été signée le 15 octobre 1984 entre la commune, l'AFJT et la société Les Repas Parisiens (LRP) pour une durée de dix ans ; qu'aux termes de cet accord, l'AFJT, confirmée en qualité de concessionnaire a sous-concédé l'exploitation à la LRP, avec l'accord de la commune ; que la LRP, obtenant de ses cocontractantes d'importants travaux d'investissement, s'engageait à payer un loyer annuel à l'AFJT et une redevance à la commune ; que, par lettre du 31 mars 1989, la LRP a résilié unilatéralement cette convention, au motif qu'elle se trouvait dans l'impossibilité économique de poursuivre l'exploitation ; que, par ordonnance de référé du 25 avril 1989, l'AFJT et la commune ont obtenu la condamnation de la LRP à poursuivre son exploitation ; que cette société a, néanmoins, cessé son activité le 31 juillet 1989 ; qu'invoquant un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, elle a saisi le tribunal administratif de Grenoble d'une demande en résiliation de cette convention et, à défaut, en dommages-intérêts ; que, parallèlement, l'AFJT et la commune ont saisi le tribunal de grande instance de Bonneville aux fins d'obtention, du fait de la résiliation unilatérale du contrat, de dommages-intérêts pour les dégradations causées aux installations ; qu'après saisine du Tribunal des conflits qui, par décision du 17 février 1997, a déclaré compétente la juridiction judiciaire, s'agissant d'un contrat de droit privé, l'arrêt attaqué (Chambéry, 5 juin 2001) a jugé que la LRP avait rompu unilatéralement le contrat et l'a condamnée à payer à l'AFJT les sommes de 273 655,37 francs et 911 729,92 francs, au titre, respectivement, des loyers et redevances dus au 31 juillet 1989 et de l'indemnité de résiliation, et à la commune de Cluses la somme de 116 470,17 francs au titre des travaux de remise en état des installations, et celle de 73 216,50 francs au titre de la redevance restant due ;
Sur le premier moyen :
Attendu que la LRP fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen, que les parties sont tenues d'exécuter loyalement la convention en veillant à ce que son économie générale ne soit pas manifestement déséquilibrée ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si, en raison des contraintes économiques particulières résultant du rôle joué par la collectivité publique dans la détermination des conditions d'exploitation de la concession, et notamment dans la fixation du prix des repas, les personnes morales concédantes n'avaient pas le devoir de mettre la société prestataire de service en mesure d'exécuter son contrat dans des conditions qui ne soient pas manifestement excessives pour elle et d'accepter de reconsidérer les conditions de la convention dès lors que, dans son économie générale, un déséquilibre manifeste était apparu, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 et 1147 du Code civil ;
Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la LRP mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'AFJT de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ; qu'elle a ajouté que la LRP ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier ; qu'elle a, ainsi, légalement justifié sa décision ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
Sur le second moyen :
Attendu que la demanderesse au pourvoi reproche encore à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à l'AFJT une indemnité de résiliation de 911 729,92 francs alors, selon le moyen, que la garantie assumée par la société LRP rendait indispensable sa participation au choix de son

successeur ainsi qu'à la négociation des conditions de reprise de l'exploitation ; qu'en appréciant le montant du préjudice indemnisable à partir du manque à gagner mensuel subi par les concédantes sans préciser dans quelles conditions le choix du successeur et les conditions du nouveau contrat de concession d'exploitation du restaurant avaient été décidés, ni rechercher si ces conditions étaient à tout le moins meilleures que celles offertes par le successeur présenté par la LRP mais que la commune avait refusé d'agréer, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle de l'application des articles 1134 et 1147 du Code civil ;
Mais attendu que la cour d'appel a relevé, d'une part, que, selon le contrat litigieux, tout éventuel concessionnaire présenté par la LRP devait reprendre l'intégralité des engagements de cette société, laquelle demeurait solidairement tenue jusqu'à complet remboursement du prêt, d'autre part, que le successeur présenté par elle ne satisfaisait pas à cette condition ; que le moyen manque en fait ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Com. 29 juin 2010, n°09-67.369**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société d'Exploitation de chauffage (société SEC) a fait assigner en référé la société Soffimat, avec laquelle elle avait conclu le 24 décembre 1998 un contrat d'une durée de 12 ans ou 43 488 heures portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de production de co-génération moyennant une redevance forfaitaire annuelle, aux fins qu'il lui soit ordonné, sous astreinte, de réaliser, à compter du 2 octobre 2008, les travaux de maintenance prévus contractuellement et notamment, la visite des 30 000 heures des moteurs ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :
Vu les articles 1131 du code civil et 873, alinéa 2 du code de procédure civile ;
Attendu que pour retenir que l'obligation de la société Soffimat de satisfaire à l'obligation de révision des moteurs n'était pas sérieusement contestable et confirmer la décision ayant ordonné à la société Soffimat de réaliser à compter du 2 octobre 2008, les travaux de maintenance prévus et, notamment, la visite des 30 000 heures des moteurs et d'en justifier par l'envoi journalier d'un rapport d'intervention, le tout sous astreinte de 20 000 euros par jour de retard, et ce pendant 30 jours à compter du 6 octobre 2008, l'arrêt relève qu'il n'est pas allégué que le contrat était dépourvu de cause à la date de sa signature, que l'article 12 du contrat invoqué par la société Soffimat au soutien de sa prétention fondée sur la caducité du contrat est relatif aux conditions de reconduction de ce dernier au-delà de son terme et non pendant les douze années de son exécution et que la force majeure ne saurait résulter de la rupture d'équilibre entre les obligations des parties tenant au prétendu refus de la société SEC de renégocier les modalités du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le second moyen :
Vu les articles 564 et 566 du code de procédure civile ;
Attendu que pour déclarer irrecevable la demande d'expertise sollicitée par la société Soffimat, l'arrêt retient qu'il s'agit d'une demande nouvelle formée en cause d'appel, sans lien avec les demandes dont le premier juge était saisi ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors que cette demande était destinée à analyser l'économie générale du contrat et tendait par voie de conséquence aux mêmes fins que la défense soumise au premier juge dès lors qu'elle avait pour objet d'établir que l'obligation, dont l'exécution était sollicitée, était sérieusement

contestable, compte tenu du bouleversement de l'économie du contrat entre 1998 et 2008, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 mars 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;
Condamne la société SEC aux dépens ; (…)

- **Les clauses abusives**

- **Civ. 1ère, 28 avr. 1987.**

Sur le premier moyen, pris en ses quatre branches :
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Abonnement téléphonique a installé un système d'alarme contre le vol dans un immeuble appartenant à la société Pigranel et que celle-ci a dénoncé le contrat en se prévalant du caractère abusif de certaines de ses stipulations et en faisant valoir que l'alarme se déclenchait fréquemment sans aucune raison ; que, sur son assignation, la cour d'appel a déclaré nulle la clause du contrat suivant laquelle Abonnement téléphonique ne contractait dans tous les cas qu'une obligation de moyens et non de résultat, celle qui prévoyait que les dérangements, quelle qu'en fût la cause, ne pourraient ouvrir droit à indemnité ni à résiliation du contrat, enfin celle qui attribuait au contraire à Abonnement téléphonique diverses indemnités quel que fût le motif invoqué pour mettre fin audit contrat ; qu'elle a en conséquence décidé que la société Pigranel avait eu le droit de résilier ;
Attendu qu'Abonnement téléphonique reproche aux juges du second degré d'avoir ainsi statué, aux motifs que la loi du 10 janvier 1978 et le décret du 24 mars 1978 sont applicables en la cause, la société Pigranel se trouvant dans la situation de n'importe quel individu non commerçant, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une opération commerciale entre professionnels, à but lucratif pour l'une comme pour l'autre des parties, alors que, d'une part, selon le moyen, la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs ne s'applique pas aux contrats souscrits par des commerçants ou professionnels, lesquels sont en mesure de déceler et de négocier les clauses qu'ils jugent abusives, en particulier dans le cas de l'espèce puisque la société Pigranel est spécialisée dans la rédaction de contrats, de sorte que la cour d'appel a violé l'article 35 de ladite loi, les articles 1er à 5 du décret précité et l'article 1134 du Code civil ; qu'il est affirmé, d'autre part, qu'Abonnement téléphonique ne pouvait en aucun cas souscrire une obligation de résultat au regard des dommages prétendument subis et des mauvais fonctionnements de l'installation ; que, de troisième part, selon le moyen, la clause refusant à la société Pigranel tout droit à résiliation ou à dommages-intérêts en cas de dérangement n'était pas interdite par le décret, dont l'article 2 a donc été violé en même temps que l'article 1134 du Code civil ; qu'il est enfin prétendu que l'arrêt attaqué a encore violé les mêmes textes en annulant la clause attribuant diverses indemnités à Abonnement téléphonique en cas de cessation du contrat quel qu'en soit le motif ;
Mais attendu, sur le premier point, que les juges d'appel ont estimé que le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ; qu'ils en ont déduit à bon droit que la loi du 10 janvier 1978 était applicable ;
Et attendu, sur les trois autres points, que le vendeur étant tenu de délivrer une chose apte à rendre le service que l'acquéreur peut légitimement en attendre, la cour d'appel, qui a relevé que l'installation n'a pas fonctionné de manière satisfaisante, dès sa mise en service jusqu'à la décision de résiliation, et qu'elle a provoqué pendant ces deux années de nombreuses alertes intempestives, a ainsi légalement justifié, au regard de l'article 2 du

décret n° 78-464 du 24 mars 1978, le chef de son arrêt décidant de tenir pour abusives et donc non écrites, dans ces limites, les trois clauses ci-avant analysées ;
Qu'en aucune de ses quatre branches le moyen ne peut donc être accueilli ;
Sur le deuxième moyen, pris en ses deux branches :
Attendu qu'il est aussi soutenu, d'une part que, la preuve d'une insuffisance du matériel n'étant pas faite, la cour d'appel ne pouvait pas justifier la résiliation du contrat aux torts d'Abonnement téléphonique sans inverser la charge de la preuve et violer les articles 1134 et 1315 du Code civil, et, d'autre part, qu'ayant renoncé à prononcer la résolution pour vice caché, elle ne pouvait pas justifier la résiliation du contrat de maintenance pour un motif propre au fonctionnement de l'installation ;
Mais attendu qu'ayant estimé, par une appréciation souveraine des éléments de la cause, qu'eu égard au prix de l'installation et au coût de la maintenance, la société Abonnement téléphonique " avait traité avec une négligence et une désinvolture excessive ", la cour d'appel a pu en déduire, sans inverser la charge de la preuve, que ces motifs justifiaient la résiliation unilatérale par la société Pigranel du contrat pris dans sa totalité ;
Que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses deux branches ;
Et sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :
Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré qu'Abonnement téléphonique ne pouvait se voir accorder l'indemnité conventionnelle de résiliation, aux motifs qu'elle ne fournit aucun développement sur le bien-fondé, au point de vue économique, de l'exigence qui est la sienne en cas de résiliation avant dix ans des trois quarts des annuités restant à courir, ce qui représente une somme considérable, les annuités constituant au surplus le seul prix de la maintenance, de sorte qu'il n'y a aucune raison juridique ou pratique d'accorder à l'installateur une indemnisation quelconque ; qu'Abonnement téléphonique prétend, d'une part, que les juges du second degré ont ainsi statué sur ce qui ne leur était pas demandé et, d'autre part, que, ses conclusions ayant allégué que les contrats de longue durée permettent l'étalement des frais fixes et des annuités modérés, ce qui justifiait le montant de la clause pénale, elles ont été dénaturées ;
Mais attendu que le moyen s'attaque à une argumentation surabondante, le refus d'accorder l'indemnité conventionnelle litigieuse ayant sa cause, selon les termes mêmes de l'arrêt attaqué, dans la résiliation du contrat aux torts de la société Abonnement téléphonique ;
Qu'ainsi en aucune de ses deux branches le moyen ne peut être accueilli ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 24 janv. 1995.**

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que le 18 novembre 1982, la société Héliogravure Jean Didier a conclu avec l'établissement public Electricité de France (EDF) un contrat de fourniture d'énergie électrique haute tension ; que, se plaignant de coupures de courant survenues au cours du mois de janvier 1987 et de l'année 1988, elle a assigné EDF aux fins d'obtenir le paiement de la somme de 784 230 francs en réparation du préjudice causé par ces interruptions ; qu'EDF a opposé que celles-ci étaient la conséquence d'une grève menée par une partie de son personnel, revêtant le caractère de force majeure ; qu'elle a demandé reconventionnellement le paiement de la somme de 567 084,49 francs représentant le somme destinée à réparer le dommage causé à l'usager, écartant en cela les prétentions de la société Héliogravure Jean Didier selon lesquelles cette clause devait être réputée non

montant de sa facture du mois de janvier 1987 ; que l'arrêt attaqué (Douai, 14 mai 1992) a écarté la demande d'indemnisation formée au titre des interruptions survenues en janvier 1987 en retenant que la situation conflictuelle avait fait naître pour EDF un état de contrainte caractérisant le cas de force majeure ; qu'ayant, pour les coupures survenues en 1988, considéré qu'EDF ne rapportait pas la preuve qu'il s'agissait d'interruptions entrant dans la définition de l'article XII, alinéa 5, du contrat et assimilables à des cas de force majeure, il a procédé au calcul de l'indemnisation conformément à la clause de l'alinéa 3 du même article, limitant, à moins de faute lourde établie, le montant de la

écrite en application des articles 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 ; qu'enfin, procédant à la compensation entre l'indemnité ainsi calculée et la somme de 70 891,72 francs, dette non contestée par la société Héliogravure Jean Didier, il a condamné cette dernière au paiement de la somme de 496 192,77 francs outre intérêts à compter du 7 juin 1990 ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Héliogravure Jean Didier fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen, d'une part, qu'en relevant d'office, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, le moyen tiré de ce que la grève des employés EDF constituait un événement extérieur car " lorsqu'ils cessent collectivement d'exécuter leurs prestations en application du droit de grève qui leur est reconnu par la Constitution et par la loi, ils ne se trouvent plus placés sous l'autorité de l'employeur qui ne dispose d'aucun moyen pour les contraindre à accomplir pour son compte les tâches nécessaires à la satisfaction des besoins des usagers ", la cour d'appel a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ; alors, d'autre part, que le fait des préposés qui se mettent en grève ne constitue pas en soi un événement extérieur à l'entreprise, nécessaire à la caractérisation de la force majeure de nature à l'exonérer de sa responsabilité ; que, dès lors, en statuant de la sorte, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ; alors, de surcroît, qu'une grève générale et de grande ampleur dans le service public et nationalisé est loin de constituer en principe un événement imprévisible ; que, dès lors, en écartant la force majeure à raison des seules caractéristiques susvisées de la grève, sans caractériser concrètement l'imprévisibilité, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard du texte précité ;

Mais attendu que dans ses conclusions signifiées le 5 février 1992, EDF avait fait valoir que la grève avait été lancée par les grandes centrales syndicales pour protester contre la politique salariale dans le secteur public et nationalisé et qu'elle-même ne pouvait ni interdire à son personnel de faire grève, ni décider d'une mesure de réquisition, ni disposer d'un personnel intérimaire suffisamment qualifié ; que, sans relever un moyen d'office, la cour d'appel, qui a recherché dans les circonstances de la cause ainsi invoquées si celles-ci caractérisaient l'existence de la force majeure, a retenu que c'était effectivement en raison d'un mouvement de grève d'une grande ampleur, affectant l'ensemble du secteur public et nationalisé et par là même extérieur à l'entreprise, qu'EDF n'avait pu prévoir et qu'elle ne pouvait ni empêcher en satisfaisant les revendications de ses salariés, compte tenu de la maîtrise du gouvernement sur ces décisions relatives aux rémunérations, ni surmonter d'un point de vue technique, que ce service public n'avait pu, en janvier 1987, fournir de manière continue le courant électrique ainsi qu'il y était contractuellement tenu envers la société Héliogravure Jean Didier ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Héliogravure Jean Didier fait aussi grief à l'arrêt de s'être prononcé ainsi qu'il l'a fait alors, selon le moyen, d'une part, qu'en se fondant sur le fait que ladite société disposait d'un personnel d'encadrement compétent dans le domaine juridique, ce que n'avait nullement soutenu EDF, la cour d'appel a violé l'article 7 du nouveau Code de procédure civile ; alors, d'autre part, qu'est un consommateur celui qui contracte hors de sa sphère habituelle d'activité et de sa spécialité ; que les contrats souscrits auprès de EDF sont des contrats types qui ne peuvent être négociés en raison du monopole de ce service public, ce qui place les commerçants, quand ils contractent, dans la même situation qu'un simple particulier ; qu'en estimant que la société Héliogravure Jean Didier, entreprise d'imprimerie, était un utilisateur professionnel de l'énergie électrique qui ne pouvait bénéficier des dispositions de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, la cour d'appel a violé l'article 35 de cette loi, ainsi que l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 ;

Mais attendu que les dispositions de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, devenu les articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant ; que, par ces motifs substitués, la décision se trouve légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 5 nov. 1996.**

Sur le moyen unique, pris en sa cinquième branche :
Vu l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 95-96 du 1er février 1995 ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, par un contrat du 9 mars 1987, la société Centratel a loué à la société Etablissements Boss, du matériel téléphonique pour une durée de quinze années ; que, par une lettre du 13 juin 1989, la société Boss a résilié le contrat ; que la société Centratel a demandé l'application de la clause 8 du contrat prévoyant, dans certains cas de résiliation, le paiement d'une indemnité égale aux trois quarts des annuités restant à courir ;
Attendu que pour dire la clause nulle, en même temps que la clause de l'article 3, alinéa 5, refusant ce droit de résiliation au locataire, l'arrêt retient qu'elles sont abusives, dès lors que la société Boss, fabricant de bracelets de cuir sans compétence particulière en matière d'électronique et de téléphone, doit être considérée comme un consommateur ayant contracté avec un professionnel ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'objet du contrat avait un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par la société Boss, de sorte que le contrat ne relevait pas de la législation sur les clauses abusives, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 juin 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon.

- **Com. 23 nov. 1999.**

Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 12 septembre 1996), que la société Art graphique imprimerie (société Art graphique) n'a pas été en mesure de restituer les films que la société Michenon lui avait confiés aux fins d'impression ;
Attendu que la société Michenon reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en paiement de dommages-intérêts, alors, selon le pourvoi, que doit être déclarée nulle toute clause d'irresponsabilité qui revêt un caractère abusif ; qu'en s'étant contentée en l'espèce, pour déclarer valable la clause d'irresponsabilité insérée dans les documents contractuels de la société Art graphique, que cette clause ne revêtait pas un caractère abusif sans rechercher, comme l'avait souligné le premier juge, et comme le soutenait la société Michenon dans ses conclusions, si cette clause ne procurait pas à la société Art graphique un avantage excessif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision et partant violé l'article 1134 du Code civil ;
Mais attendu que la cour d'appel a constaté que la clause figurait sur toutes les factures de la société Art graphique ; qu'elle a relevé que le contrat avait été conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles, ce dont elle a déduit que l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne trouvait pas à s'appliquer ; qu'ainsi, en retenant que la clause ne revêtait pas un caractère abusif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen est sans fondement ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 5 mars 2002.**

Attendu que la SAADEG, locataire d'un terrain appartenant à la Chambre de commerce et d'industrie de Bayonne de 1984 à 1990, a souscrit, le 4 mars 1986, un contrat d'abonnement auprès de la Régie des eaux de Bayonne ; qu'au titre du second semestre de l'année 1989, la facturation d'eau s'est révélée beaucoup plus élevée que lors des semestres précédents ; qu'après recherches, il est apparu que cette surconsommation était due à une fuite dans le branchement entre le compteur et l'entreprise ; que la SAADEG a, alors, fait assigner la Régie des eaux devant le tribunal d'instance de Bayonne aux fins de fixer la

créance à 300 francs au lieu de 23 256,02 francs et d'ordonner la restitution de l'indu ; que l'arrêt attaqué a fait droit à cette demande, après avoir constaté que la clause du contrat d'abonnement interdisant une telle réclamation était abusive ;
Sur le troisième moyen :
Vu l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction initiale, alors applicable ;
Attendu que, pour juger que le texte susvisé était applicable à l'espèce, l'arrêt attaqué se borne à mentionner que le consommateur doit, au sens de ce texte, être considéré comme celui qui, dans le cadre de sa profession, agit en dehors de sa sphère habituelle de compétence et se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur, et que tel était le cas de la SAADEG ; qu'en se prononçant ainsi par une simple affirmation, sans rechercher si le contrat de fourniture d'eau avait un rapport direct avec l'activité de la SAADEG, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;
Par ces motifs, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 mai 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen.

- **Civ. 2ème, 18 mars 2004.**

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :
Vu l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi n° 95.96 du 1er février 1995 ;
Attendu que les dispositions de ce texte, selon lesquelles sont réputées non écrites, parce qu'abusives, certaines clauses des contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant ;
Attendu qu'en contractant, le 9 juin 1988, trois emprunts à caractère professionnel destinés à l'achat du droit d'occupation d'un local commercial, aux travaux d'aménagement de ce dernier et à l'achat de matériel, Simone X... a adhéré à l'assurance de groupe souscrite par l'établissement prêteur auprès de la Caisse nationale de prévoyance (CNP) en vue de garantir le remboursement de l'emprunt en cas de décès, invalidité permanente et absolue ;
qu'ayant été placée en longue maladie, elle a demandé à l'assureur l'exécution de la garantie ; que la CNP la lui a refusée au motif que pour pouvoir prétendre à la prise en charge des échéances de son prêt, Mme X... devait établir qu'elle se trouvait, conformément aux exigences contractuelles, non seulement dans l'impossibilité de se livrer à aucune occupation ou activité rémunérée, mais encore dans l'obligation d'avoir recours à une tierce personne pour les actes ordinaires de la vie ; qu'après le décès de l'assurée, ses héritiers ont poursuivi l'assureur en paiement, en invoquant notamment, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le caractère abusif de la clause exigeant le recours à une tierce personne ;
Attendu que pour écarter l'application de cette condition et dire que l'assureur devait sa garantie dès que l'assurée, comme en l'espèce, était dans l'impossibilité médicalement reconnue d'exercer la moindre activité professionnelle, l'arrêt attaqué énonce qu'elle apparaît comme excessive dès lors qu'elle déséquilibre les obligations de l'assuré par rapport à celle de l'assureur et, dans les faits, vide de sa substance la garantie due par ce dernier par la limitation à l'excès de sa mise en oeuvre ;
Qu'en se déterminant par de tels motifs, alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat d'assurance était accessoire à des prêts professionnels souscrits par Simone X... pour les besoins de l'exploitation d'un fonds de commerce, ce dont il s'évinçait qu'ils ne relevaient pas de la législation sur les clauses abusives applicable aux consommateurs, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 novembre 2002, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ;
remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

- **Civ. 1ère, 15 mars 2005.**

Attendu que le Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne, syndicat professionnel constitué entre éleveurs, dont l'objet social est d'effectuer les opérations de contrôle de performance, d'état civil et d'identification des animaux, a conclu avec la société Europe computer systèmes (société ECS) un contrat de location de matériel informatique avec option d'achat, qui s'est trouvé tacitement reconduit à compter de février 1997 ; qu'il était stipulé : "à l'expiration de la période initiale de location, et à condition que le locataire ait exécuté l'intégralité de ses obligations au titre du présent contrat ou de tout autre conclu entre le loueur et lui, le locataire aura la faculté, avec un préavis de neuf mois, soit : A - d'acquérir l'équipement dans l'état où il se trouvera. Le prix de cette acquisition sera payable comptant, et égal à la valeur résiduelle de l'équipement à la date d'acquisition mentionnée aux conditions particulières, majoré de toutes taxes ou charges applicables au jour de la vente. La propriété de l'équipement ne sera transférée qu'à la date de complet paiement de la valeur résiduelle. En conséquence, jusqu'à cette date, le locataire restera tenu du respect de ses obligations au titre du présent contrat ; B - de restituer l'équipement au loueur ;
C - de demander le renouvellement de la location par la signature d'un nouveau contrat, auquel cas les conditions de la nouvelle location devront être déterminées d'un commun accord. Si le locataire omet d'aviser le loueur de son choix dans les formes et délais requis, la location se poursuivra par tacite reconduction et chacune des parties pourra y mettre fin à tout moment en respectant un préavis de neuf mois sauf si le loueur s'oppose à cette tacite reconduction en avisant le locataire par lettre recommandée avec accusé de réception postée un mois au moins avant la date d'expiration de la location. Les loyers afférents à une période de tacite reconduction seront identiques au dernier loyer échu." ; que l'arrêt attaqué a condamné le syndicat à payer à la société ECS les loyers dûs au titre de la période de reconduction ;
Attendu que si, par arrêt du 22 novembre 2001, la cour de Justice des communautés européennes a dit pour droit : "la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques", la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ; que cependant, dès lors qu'en l'espèce le contrat litigieux entre la société ECS et le Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne n'avait pu être conclu par ce dernier qu'en qualité de professionnel, les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, ne sauraient trouver application ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Cons. const. 13 janvier 2011, déc. 2010-85 QPC**

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, □

Vu la Constitution ; □□ Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; □□ Vu la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; □□ Vu le code de commerce ; □□ Vu le code de la consommation ; □□ Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ; □□ Vu les observations produites pour la société anonyme coopérative Groupements d'achats des Centres Leclerc dite GALEC par Me Laurent Parléani, avocat au barreau de Paris, enregistrées les 4 et 19 novembre 2010 ; □□ Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées les 5 novembre 2010 et 1er décembre 2010 ; □□ Vu les observations produites pour la société

Établissements DARTY et Fils par Me Jean-Daniel Bretzner, avocat au barreau de Paris, enregistrées les 8 et 23 novembre 2010 ; □□ Vu les observations produites pour la société Système U Centrale nationale par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées les 8 et 23 novembre 2010 ; □□ Vu les observations produites en intervention pour les sociétés Carrefour France SAS, Carrefour Hypermarchés SAS, CSF SAS, Prodim SAS et Interdis SNC par Me Emmanuel Daoud et Me Diego de Lammerville, avocats au barreau de Paris, enregistrées le 8 novembre 2010 ; □□ Vu les observations produites en intervention pour la société EMC Distribution par Viguié Schmidt Peltier Juvigny AARPI, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 8 novembre 2010 ; □□ Vu les pièces produites et jointes au dossier ; □□ Me Bretzner pour la société requérante, Me Richard Renaudier, avocat au barreau de Paris, pour la société Système U Centrale nationale, Me Parléani pour la société GALEC, Me Olivier de Juvigny pour la société EMC Distribution, Me Daoud pour les sociétés Carrefour France SAS, Carrefour Hypermarchés SAS, CSF SAS, Prodim SAS et Interdis SNC et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 14 décembre 2010 ; □□ Le rapporteur ayant été entendu ; □

1. Considérant qu'aux termes du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; que le paragraphe III du même article prévoit que l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence ; qu'il dispose que le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article et peuvent aussi demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros, amende qui peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ; □□ 2. Considérant que, selon la société requérante, les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; □□ 3. Considérant que, conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ; □□ 4. Considérant que, pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ; □□ 5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, □

DÉCIDE : □□ Article 1er.- Le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce est conforme à la Constitution. □□ Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Civ. 1re, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 153

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que, le 4 février 1989, M. X... a confié au magasin Minit Foto de Béthune, succursale de la société Minit France, dix-huit diapositives en vue de leur reproduction sur papier ; que ces diapositives ayant été perdues, le jugement attaqué (tribunal d'instance de Béthune, 28 septembre 1989) a condamné la société Minit France à payer à M. X... la somme de 3 000 francs en réparation de son préjudice ;

Attendu que, la société Minit France fait grief au jugement d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, d'une part, que l'entrepreneur-dépositaire est tenu d'une obligation de moyen, en ce qui concerne la conservation de la chose qui lui a été confiée en vue de l'exécution d'un travail ; qu'en se bornant à affirmer, sans s'expliquer sur ce point, que le magasin Minit Foto était tenu d'une obligation de résultat, le jugement attaqué a privé sa décision de base légale au regard des articles 1137, 1787 et 1927 et suivants du Code civil ; et alors, d'autre part, que sont licites les clauses susceptibles d'atténuer ou de diminuer la responsabilité du locateur ; qu'en se contentant d'affirmer, sans s'expliquer davantage sur ce second point, que la clause de non-responsabilité, figurant sur le bulletin de dépôt des diapositives, apparaissait comme une clause abusive, inopposable à un client de bonne foi, le tribunal d'instance n'a pas légalement justifié sa décision au regard des mêmes textes ;

Mais attendu, d'abord, selon l'article 1789 du Code civil, que le locateur d'ouvrage est tenu de restituer la chose qu'il a reçue et ne peut s'exonérer de sa responsabilité que par la preuve de l'absence de faute ; que, dès lors, le jugement attaqué, d'où il résulte que la cause de la disparition des diapositives est inconnue, est légalement justifié, abstraction faite du motif surabondant relatif à l'obligation de résultat, critiqué par le moyen ;

Attendu, ensuite, qu'ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite ; d'où il suit que le moyen ne peut être retenu en aucune de ses deux branches ;

Attendu que, M. X... sollicite l'allocation d'une somme de 4 000 francs, sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ; qu'il y a lieu de faire droit à cette demande ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

II. – Doctrine

- **D. Mazeaud, *Du nouveau sur l'obligation de renégoc*ier, D. 2004, Jur., p. 1754.**

1. Lentement, mais sûrement, précisément tous les six ans, la Cour de cassation rappelle à tous les observateurs de la planète contractuelle que, si elle n'est toujours pas disposée à faire sauter le « *canal de Craponne* », elle concède cependant l'existence d'une mince ouverture dans le monument jurisprudentiel, édifié en 1876 (2), sous la forme de la reconnaissance d'une obligation de renégocier (3) les contrats devenus profondément déséquilibrés. Mais l'intérêt du nouvel arrêt rendu, le 16 mars 2004, par la première Chambre civile ne se réduit pas à la simple réaffirmation d'une solution émise naguère par la Chambre commerciale ; la Cour profite, en effet, de l'occasion pour apporter des précisions fondamentales sur le domaine de cette obligation, fondée sur l'exigence de bonne foi.
2. Aux termes d'un contrat de sous-concession, une société avait obtenu, pour une durée de dix ans, l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises et devait, en contrepartie, verser un loyer

annuel au concessionnaire initial, une association, et une redevance au concédant, une commune. A mi-parcours contractuel, cette société, invoquant un bouleversement de l'équilibre contractuel, demanda au juge de prononcer la résiliation du contrat, qu'elle avait cessé d'exécuter. Demande qui fut écartée par la cour d'appel qui, tout au contraire, la condamna pour rupture unilatérale à payer diverses sommes à ses partenaires. Jouant alors son va-tout, la société forma un très audacieux pourvoi dans lequel elle reprochait aux juges du fond de ne pas avoir donné de base légale à leur décision, au regard des articles 1134 et 1147 du code civil. Selon elle, puisque « *les parties sont tenues d'exécuter loyalement la convention en veillant à ce que son économie générale ne soit pas manifestement déséquilibrée* », la cour d'appel aurait dû rechercher « *si, en raison des contraintes économiques particulières résultant du rôle joué par (le concédant) dans la détermination des conditions d'exploitation de la concession, et notamment dans la fixation du prix des repas, (ses cocontractants) n'avaient pas le devoir de mettre la société (...) en mesure d'exécuter son contrat dans des conditions qui ne soient pas manifestement excessives pour elle et d'accepter de reconsidérer les conditions de la convention dès lors que, dans son économie générale, un déséquilibre manifeste était apparu* ». En clair, l'inégalité contractuelle, qui se traduisait par le pouvoir détenu par un des contractants de fixer unilatéralement les modalités d'exécution du contrat, emportait, au nom du devoir de bonne foi et à la charge des contractants du demandeur au pourvoi, une obligation de renégocier ce contrat-cadre de dépendance manifestement déséquilibré.

3. La première chambre civile de la Cour de cassation n'a pas succombé aux charmes de ce pourvoi, que même les plus fervents partisans du solidarisme contractuel (4) éprouveraient quelques difficultés à cautionner. Pour le rejeter, elle affirme que les juges du fond avaient relevé que la société, qui l'avait formé, « *mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi* ». Puis, la Cour, pour marquer un peu plus encore son approbation de la solution émise par la cour d'appel, et donner par la même occasion une sorte de petite leçon de morale contractuelle, souligne que celle-ci avait ajouté que la société « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier* ».

4. A une époque où les réactions du législateur et du juge contre le déséquilibre contractuel se multiplient et alimentent le débat entre les zélateurs de la liberté contractuelle et les adeptes de la théorie du solidarisme, l'arrêt commenté constitue, nous semble-t-il, une intéressante source de réflexions, dans la mesure où, au moins implicitement, il trace, à travers la question spécifique de la portée de l'obligation de renégocier, la frontière entre ce qui relève de la liberté et de la responsabilité des contractants dans le processus contractuel et ce que ceux-ci sont en droit d'attendre du devoir de bonne foi que notre droit positif a sensiblement réactivé depuis une trentaine d'années. A juste titre, pensons-nous, la Cour de cassation rappelle, en définitive, que l'équilibre des stipulations et des prestations contractuelles est, en principe, l'affaire des contractants, meilleurs juges de leurs propres intérêts, qui, parce qu'ils le déterminent librement, doivent ensuite en assumer la responsabilité. En somme, le déséquilibre est, sauf s'il procède d'un abus de puissance inacceptable et s'il se traduit par un excès inadmissible, la rançon de la liberté. Néanmoins, la Cour concède, c'est bien le moins, que lorsqu'un profond déséquilibre économique survient pendant l'exécution du contrat et qu'il procède d'un changement imprévisible et brutal des circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat, le devoir de bonne foi prend alors le relais et contraint les contractants à faire preuve d'un minimum de solidarité.

5. Sans forcer exagérément le trait, ni solliciter excessivement cet arrêt, il semble bien que c'est cette stimulante leçon de politique contractuelle que la première Chambre civile a entendu donner, à cette occasion, en réaffirmant, fort opportunément, le principe de l'obligation de renégocier (I) et en en déterminant, avec précision, le domaine (II).

I - Le principe de l'obligation de renégocier

6. Même si, à l'évidence, il ne s'agit pas de l'apport essentiel de l'arrêt commenté, la consécration du principe de l'obligation de renégocier par la Cour de cassation nous paraît digne d'intérêt. Ce faisant, en effet, la première Chambre civile confirme les « *précédents* » (a) qui émanaient de la Chambre commerciale et inscrit sa jurisprudence dans l'environnement (b) européen et international.

a - Les « *précédents* »

7. En précisant, pour écarter son argumentation, que le demandeur au pourvoi ne reprochait pas à ses contractants leur « *refus injustifié (...) de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi* », la

première Chambre civile reprend à son compte une jurisprudence initiée, il y a douze ans, et reprise, six ans plus tard, par la Chambre commerciale.
Dans un premier temps, en effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, avait rendu, le 3 novembre 1992 (5), un arrêt, passé à la postérité, dans lequel elle avait retenu la responsabilité d'une compagnie pétrolière parce que celle-ci n'avait pas recherché les moyens adéquats d'améliorer la situation contractuelle d'un de ses distributeurs, dont la situation économique s'était considérablement fragilisée en cours d'exécution du contrat. Parce qu'elle l'avait, ainsi, privé « *des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* » et devait alors réparer le préjudice subi par son contractant. Six années ayant passé, la Chambre commerciale réitéra, le 24 novembre 1998(6), cette solution aux dépens de mandants qui, alors qu'ils étaient informés des difficultés rencontrées par un de leurs agents commerciaux en proie à la concurrence de centrales d'achat qui s'approvisionnaient directement auprès d'eux, n'avaient pas pris de mesures concrètes pour lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels. Une fois de plus, le devoir de loyauté fut convoqué au prétoire pour engager la responsabilité de contractants qui avaient refusé de renégocier un contrat dont l'exécution était devenue excessivement désavantageuse pour leur cocontractant.
Sur ce point, donc, la première Chambre civile s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence initiée par la Chambre commerciale. Dorénavant, il est entendu que la Cour de cassation induit du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, édicté par l'article 1134, alinéa 3, du code civil, une obligation de renégocier les contrats devenus profondément déséquilibrés au cours de leur exécution, en raison d'un changement de circonstances.
Par ailleurs, l'arrêt commenté semble, de façon très implicite il est vrai, lever un doute que les arrêts précédents laissaient planer sur les conditions dans lesquelles une telle obligation de renégocier est incorporée au contrat.
8. Certains commentateurs avaient, en effet, relevé que, dans les arrêts rendus par la Chambre commerciale en 1992 et 1998, l'obligation de renégocier s'imposait au contractant, alors que le changement de circonstances ne résultait pas d'un événement extérieur à la volonté des parties, mais, bien au contraire, procédait d'un fait imputable à l'un des contractants (7). Observation qui conduisait à relever la spécificité du contexte dans lequel l'obligation de renégocier était sortie des limbes et à tempérer la portée de ces arrêts sur le principe du refus de la révision pour imprévision. Il est, en effet, entendu qu'une telle révision, lorsqu'elle est admise, suppose que le déséquilibre contractuel soit le fruit d'un changement de circonstances imprévisible, et, par conséquent, indépendant de la volonté ou du comportement des contractants. D'où la tentation d'envisager la jurisprudence de la Chambre commerciale, moins comme un remède de substitution à l'intangibilité des contrats devenus, en raison d'un changement de circonstances extérieures aux contractants, profondément déséquilibrés lors de leur exécution, que comme la sanction de la mauvaise foi d'un contractant qui refuse obstinément d'aider son cocontractant à sortir de l'impasse économique qu'il a largement contribué à provoquer.
Sur ce point particulier, on peut se demander si un des mérites de l'arrêt rendu par la première Chambre civile n'est pas de rectifier le tir et de replacer, ainsi, l'obligation de renégocier dans l'orbite de la théorie de l'imprévision. Pour rejeter le pourvoi formé par la société, dans lequel celle-ci reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir imposé à ses contractants une obligation de renégocier leur contrat, la Cour relève, en effet, que le demandeur ne mettait pas en cause « *le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques* ». Affirmation qui accrédite, nous semble-t-il, l'idée selon laquelle, pour la première Chambre civile, l'obligation de renégocier a vocation à prospérer lorsque le déséquilibre contractuel, auquel elle est sensée remédier, procède d'un événement indépendant de la volonté ou du comportement des contractants, ce qu'exprime l'utilisation, par la Cour, du terme « *imprévue* ». D'où le sentiment qu'avec cet arrêt, et pour la première fois de façon claire et nette, la Cour de cassation appréhende l'obligation de renégocier comme un tempérament, indirect mais général, à l'intangibilité des contrats devenus déséquilibrés lors de leur exécution, autrement dit au refus de la révision pour imprévision qu'elle a exprimé en 1876. Si l'analyse n'est pas erronée, on doit alors souligner la conformité de la solution émise, par la Cour, dans l'ordre juridique interne à l'« *environnement* » contractuel européen et international.
b - L'environnement
9. Encore dans l'âge de l'adolescence en droit interne, l'obligation de renégocier est déjà arrivée à pleine maturité dans tous les textes dont l'ambition est d'unifier ou d'harmoniser le droit des contrats, soit dans un domaine spécifique, soit dans un espace déterminé. Or, dans ces corps de règles dont la

normativité est pour l'heure laissée à la libre disposition des contractants, elle constitue toujours le prélude incontournable à la révision judiciaire du contrat devenu excessivement déséquilibré, à la suite d'un changement imprévu ou imprévisible de circonstances.
Ainsi, dans les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (8), l'article 6.2.3 (1) énonce, en substance, que lorsqu'en cours d'exécution, l'équilibre contractuel est fondamentalement altéré par un changement de circonstances, que la partie lésée ne pouvait pas raisonnablement prendre en considération lors de la conclusion du contrat, cette dernière peut demander l'ouverture de renégociations.
De même, dans les Principes du droit européen du contrat (9), aux termes de l'article 6 :111 (2), une obligation de renégocier s'impose aux contractants « *en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si* (son) *exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances* ». Enfin, l'article 97, al. 1er, de l'Avant-projet de code européen des contrats, élaboré par l'Académie des privatistes européens de Pavie10), dispose que, lorsque des événements extraordinaires et imprévisibles ont rendu excessivement onéreuse l'exécution du contrat, le débiteur a « *le droit d'obtenir une nouvelle négociation du contrat* ».
A cet égard, on relèvera donc que l'éventuelle harmonisation européenne du droit des contrats, qui provoque une très vive anxiété doctrinale en France, n'emporterait pas, sur ce point particulier, comme sur bien d'autres d'ailleurs, de bouleversement.
10. Reste que, pour l'heure, l'obligation de renégocier « *à la française* » conserve une singularité certaine. Alors que, dans les textes européens et internationaux, elle constitue une étape vers la révision judiciaire, qui interviendra en cas d'échec de la révision conventionnelle, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, elle demeure encore l'ultime recours pour la victime d'un déséquilibre contractuel excessif, produit d'un changement de circonstances. On n'encombrera pas les colonnes du *Recueil* avec un énième plaidoyer pour la révision pour imprévision qu'un grand nombre d'auteurs, quelle que soit la philosophie contractuelle à laquelle ils adhèrent, ont déjà entrepris (11). On se bornera juste à se joindre à ceux qui considèrent, à très juste titre, que « *le contexte n'a jamais été aussi propice au renversement de l'interdiction de la révision pour imprévision : sur la face inclinée de la force obligatoire du contrat, les juges vivement encouragés par la doctrine ont planté l'étendard de la bonne foi, lequel leur ouvre une voie royale pour un revirement opportun* (12). Dans l'attente, et dans l'espoir, de cette petite révolution contractuelle, on reviendra plus prosaïquement à notre arrêt pour s'arrêter sur les importantes précisions qu'il apporte à propos du domaine de l'obligation de renégocier.
II - Le domaine de l'obligation de renégocier
11. La première information que la Cour de cassation nous livre sur le domaine de l'obligation de renégocier est relative aux types de contrats dans lesquels le devoir de bonne foi conduit à l'imposer. Après les arrêts rendus par la Chambre commerciale en 1992 et 1998, certains avaient relevé qu'ils concernaient « *le contexte particulier des contrats de distribution* », ce qui rendait « *difficile tout élargissement de* (leur) *portée* (...)(13).
Manifestement, avec l'arrêt commenté, cette réserve n'est désormais plus de saison. En effet, le contrat litigieux n'entre dans aucune catégorie classique des contrats de distribution. Il est donc possible d'affirmer, aujourd'hui, que le devoir de bonne foi emporte une obligation de renégocier tout contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévu des circonstances économiques qui avaient présidé à sa conclusion.
Mais, cette généralisation du champ d'application de l'obligation de renégocier n'est pas l'information la plus importante transmise par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté. Sa motivation apporte surtout d'utiles précisions sur le moment (a) et l'objet (2) du déséquilibre contractuel, dans la perspective de la détermination du domaine de cette obligation.
a - Le moment du déséquilibre
12. En soulignant, pour rejeter le pourvoi et écarter en l'espèce toute obligation de renégocier, que la société, qui l'avait formé, « *mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat* », la Cour de cassation pose une limite d'ordre temporel à la vitalité de cette obligation. Concrètement, la « *victime* » du déséquilibre contractuel ne peut s'en prévaloir que si celui-ci est intervenu au cours de l'exécution du contrat. En revanche, toute obligation de renégocier est exclue lorsque le déséquilibre qui affecte le contrat existait dès sa conclusion. Dans cette hypothèse, le contractant, à qui profite le déséquilibre financier, n'est aucunement obligé de renégocier le contrat en vue d'en modifier l'économie générale. En somme, pas plus qu'il ne peut, en principe, être anéanti, un contrat lésionnaire ne doit être

renégocié. Le devoir de bonne foi peut donc être brandi par un contractant en vue de tempérer le principe de l'intangibilité du contrat, lorsque celui qui l'a conclu est devenu profondément déséquilibré au cours de son exécution, mais il n'est d'aucun secours pour le contractant victime d'un déséquilibre contractuel originel. L'obligation de renégocier ne constitue pas un tempérament au principe de la validité des contrats lésionnaires. Peu importe, donc, qu'à l'issue de la négociation du contrat, celui-ci soit profondément déséquilibré et que son exécution soit, alors, excessivement onéreuse pour l'une des parties, celle-ci ne pourra pas en réclamer une renégociation. Puisque la liberté préside à la formation du contrat, les contractants doivent assumer la responsabilité d'un éventuel déséquilibre originel, quelle qu'en soit la gravité. Le devoir de bonne foi entre les contractants, que traduit l'obligation de renégocier, ne se déploie que si le déséquilibre qui affecte le contrat résulte d'un changement des circonstances, au regard desquelles les contractants avaient déterminé l'équilibre des prestations et des stipulations contractuelles, postérieur à la conclusion de leur contrat. En revanche, si profond soit-il, le déséquilibre, fruit d'une négociation libre, sincère et éclairée, n'est pas considéré comme une injure à la loyauté contractuelle.

13. En entonnant cet hymne vibrant en hommage à la liberté contractuelle, et en cantonnant l'obligation de renégocier aux seuls déséquilibres imprévus qui surviennent au cours de l'exécution du contrat, la première Chambre civile reprend une nouvelle fois à son compte les solutions retenues par les textes qui visent à l'unification ou à l'harmonisation du droit des contrats. En effet, que ce soit dans les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, dans les Principes du droit européen du contrat ou dans l'avant-projet de code européen du contrat, seul le changement de circonstances « *survenu après la conclusion du contrat* » fonde l'exigence d'une obligation de renégocier.

Mais, il convient de souligner qu'en l'occurrence, les mêmes causes ne produisent pas les mêmes effets, puisque ces corps de règles internationales et européennes sont beaucoup moins bienveillants que le droit positif français à l'égard des contrats lésionnaires. Autrement dit, puisque des dispositions spécifiques de ces Principes et de cet avant-projet permettent, dans certaines conditions, la remise en cause des contrats lésionnaires (14), toute obligation de renégocier un contrat déséquilibré lors de sa conclusion eût été superflue. Il n'en va pas de même en droit français qui, fidèle à la lettre et à l'esprit du code civil, maintient le principe de la validité des contrats lésionnaires ; l'éviction d'une obligation de renégocier revêt alors une tout autre signification.

Encore que, sur ce point, la portée de la neutralisation d'une telle obligation doit être relativisée, tant les tempéraments d'origine légale et jurisprudentielle apportés audit principe se sont multipliés, ces dernières années. Sans souci d'exhaustivité, on rappellera, d'abord, qu'en droit commun, la notion de cause a été exploitée pour justifier l'annulation d'un contrat dont les prestations des contractants étaient économiquement déséquilibrées (15)et que le concept de violence économique, que la jurisprudence a sensiblement réactivé ces dernières années (16), permet désormais plus, quoiqu'en dise la Cour de cassation, de lutter contre les déséquilibres contractuels excessifs que de protéger la volonté du contractant, dans son élément liberté (17). En matière de cautionnement, ensuite, c'est l'idée très en vogue de proportionnalité que le législateur a, en droit de la consommation (18) puis en droit commun19), exploitée pour neutraliser ces contrats de garantie, lorsque l'engagement du débiteur caution, souscrit auprès d'un créancier professionnel, est, *lors de sa conclusion*, manifestement disproportionné à ses biens et revenus. En outre, aux termes de l'article L. 132-1, alinéa 7, du code de la consommation, l'appréciation du caractère abusif d'une clause peut porter sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, si la clause n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible pour le consommateur. Enfin, en droit de la concurrence, constitue un abus de dépendance économique, le fait d'obtenir d'un partenaire un avantage quelconque manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu (art. L. 442-6, I, 2°, du code de commerce (20).

Autant de règles qui, parmi quelques autres, tempèrent aujourd'hui assez sensiblement le principe de la validité des contrats lésionnaires et qui, dans une certaine mesure, modèrent l'impact de l'éviction de l'obligation de renégocier les contrats atteints, dès leur conclusion, d'un profond déséquilibre économique. L'arrêt commenté retient, par ailleurs, l'attention pour la précision qu'il apporte à propos de l'objet du déséquilibre.

b - L'objet du déséquilibre

14. Après avoir écarté toute obligation de renégocier, parce que le déséquilibre financier existait dès la conclusion du contrat, la Cour de cassation relève, pour conforter la décision de la cour d'appel, que

celle-ci avait ajouté que la société « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier* ».
Autrement dit, le contractant ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même de s'être engagé librement dans un contrat affecté d'un déséquilibre structurel, lequel procédait du pouvoir accordé à un de ses contractants de déterminer unilatéralement les conditions d'exécution de la convention. En tout état de cause, ce déséquilibre, alors même qu'il traduisait l'inégalité des parties au stade de la négociation du contrat, n'autorisait le contractant dominé, ni à rompre unilatéralement le lien contractuel, ni à en réclamer la renégociation. Une fois, encore, il devait assumer la responsabilité de la faute de négligence et d'imprudence qu'il avait commise en concluant un contrat déséquilibré, en toute liberté mais sans grand discernement. Pas question, donc, de se retrancher derrière le fait que le contenu du contrat conclu était, dans une certaine mesure, composé par un seul des contractants pour échapper à la loi contractuelle ou en exiger la réécriture ! Le déséquilibre avéré des pouvoirs contractuels ne confère pas au contractant dominé et dépendant le droit de révoquer unilatéralement les engagements qu'il a librement souscrits, ou d'en exiger la renégociation. En tout état de cause, il ne pourrait invoquer utilement la jurisprudence, inaugurée en 1998 (21), qui accorde à un contractant le droit de résoudre unilatéralement un contrat inexécuté en cas de comportement grave de son cocontractant. Un tel pouvoir constitue, en effet, une réplique à une inexécution d'une importance telle qu'elle prive le contrat de tout intérêt et ne peut donc pas être exercé à titre de remède au déséquilibre structurel qui affecte un contrat.
15. En définitive, pour bénéficier, dans un tel cas de figure, de la bienveillance du juge, et être libéré d'un contrat structurellement déséquilibré, le contractant dépendant n'a, en l'état actuel de notre droit positif tel que les arrêts rendus, le 1er décembre 1995 par l'Assemblée plénière (22), l'ont façonné, pas d'autre solution que d'apporter la preuve de l'abus commis par le maître du contrat dans l'exercice de son pouvoir unilatéral. C'est à cette condition qu'il pourra être libéré, pour l'avenir, du contrat affecté d'un tel déséquilibre structurel et que la responsabilité de l'auteur de l'abus sera susceptible d'être engagée.
Mais, en tout état de cause, pas plus que le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat, le déséquilibre structurel persistant lors de l'exécution du contrat, ne saurait fonder une obligation de renégocier, ni *a fortiori* légitimer le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat. La solidarité contractuelle est ici sèchement repoussée au profit des impératifs classiques de liberté et de responsabilité qui demeurent, comme on le constate, les principes directeurs de notre ordre contractuel. En l'occurrence, on ne saurait s'en émouvoir car, même au nom du solidarisme contractuel, il n'est pas opportun de venir en aide aux contractants qui pèchent uniquement par incurie ou incompétence.

- **P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ., 1999, p. 771.**

L'essentiel Dans la présentation habituellement donnée du contrat, la force obligatoire est ramenée, de manière plus ou moins consciente, à l'idée que le contrat crée des obligations pour les parties. Or la création d'obligations (entendues au sens strict de rapports entre un créancier et un débiteur) n'est qu'un des contenus possibles du contrat, qui, de toute façon, engage, lie les parties. Prenant au sérieux l'article 1134, on est alors conduit à dire que la force obligatoire résulte de la création par le contrat d'une nouvelle norme juridique, qui, quel que soit son contenu, va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale et qui va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties. Cette force obligatoire, qui apparaît à l'état pur dans tous les cas où le contrat produit des effets de droit non obligationnels, se révèle aussi à l'arrière-plan des obligations créées par le contrat. Dans tous les cas, la lecture proposée permet une nouvelle approche de nombreux mécanismes du droit contractuel.
1. Si on s'est beaucoup interrogé, en doctrine, sur les fondements de la force obligatoire du contrat, si on a souvent réfléchi sur sa portée, en recensant les multiples atteintes qu'elle subit dans le droit moderne (1), la notion même de force obligatoire n'a, elle, guère été explorée. Plus exactement, dans la présentation qui en est habituellement donnée, elle se dissout très vite dans l'appréhension des obligations qui lient les contractants : pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat. La consultation des principaux manuels et traités de droit des obligations actuellement en usage est à cet

égard révélatrice (2). Ainsi, pour Marty et Raynaud, « pourvu que le contrat soit formé, il s'impose aux parties : le créancier pourra exiger l'exécution de l'obligation convenue » (3). Pour MM Malaurie et Aynès « le contrat a pour effet de faire naître des obligations ; en d'autres termes, il a une force obligatoire » (4). De même, ouvrant le titre consacré à la force obligatoire des Leçons de droit civil de H., L. et J. Mazeaud, M. Chabas écrit que « le débiteur est tenu, obligé (obligatus), d'exécuter la prestation due. Une obligation à l'exécution de laquelle le débiteur pourrait se soustraire, serait dénuée de portée » (5). Citons encore Flour et Aubert pour qui la force obligatoire « ne signifie pas seulement que le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations et qu'il y sera éventuellement contraint par l'autorité publique, qui veille au respect des contrats comme à l'observation de la loi. Elle signifie, en outre, que les obligations qui doivent être ainsi exécutées sont, en principe, toutes celles, mais celles seulement qu'ont voulues les parties » (6).

2. Or cette présentation, qui établit un lien étroit entre la force obligatoire et la notion d'obligation, qui assimile l'obligatoire et l'obligationnel nous semble extrêmement réductrice, du moins si, comme les définitions reproduites le laissent supposer, on donne au terme « obligation » son sens technique, celui d'un rapport entre un créancier et un débiteur (7).

D'abord, cette approche fait bon marché de tous les effets du contrat qui ne se ramènent pas, de prime abord du moins, à la création d'obligations. Ces effets (notamment les effets extinctifs ou translatifs de droits) sont certes signalés par la plupart des auteurs (8), mais, dans la mesure où le contrat est étudié au sein du « droit des obligations », en tant, précisément, que source d'obligations, ils sont rapidement écartés, et renvoyés à d'autres parties du droit civil (droit des biens, droit des contrats spéciaux...) où ils sont déconnectés de la théorie générale du contrat.

Ensuite, on peut se demander si, en ramenant la force obligatoire du contrat aux obligations qu'il fait naître, on ne confond pas la source et l'effet. Quand on écrit, par exemple, que, par la formule de l'article 1134 alinéa 1 du code civil « les rédacteurs du code civil ont entendu marquer qu'une obligation née du contrat s'impose aux contractants avec la même force qu'une obligation légale » (9), ou que « les obligations qui résultent du contrat sont aussi impérieuses que si elles étaient édictées par la loi elle-même » 10), le point remarquable, l'essentiel de la force obligatoire, n'est pas le résultat produit (que les contractants soient tenus d'obligations), mais le fait que le contrat crée de telles obligations de la même manière que la loi pourrait en créer. Cependant l'attraction de la notion d'obligation est si forte que les auteurs, après quelques considérations sur les limites de l'analogie entre le contrat et la loi, ne s'intéressent plus qu'aux obligations créées par le contrat (ou ajoutées par le juge dans le contrat), à leur contenu, aux sanctions de leur inexécution.

3. Il est vrai que la présentation adoptée par les rédacteurs du code civil a favorisé ce glissement puisque, on le sait, l'intitulé du titre III du livre III mêle les contrats et les obligations conventionnelles, et que l'article 1134 est le premier texte d'un chapitre intitulé « De l'effet des obligations ». Cette présentation, contraire à celle de Pothier, a été fréquemment critiquée par la doctrine classique comme reposant sur une confusion entre les effets du contrat et les effets de l'obligation qui a pu en naître. Ainsi, dans un passage souvent cité, Demolombe écrit « autre chose est la convention, autre chose est l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier » (11). Cependant, les auteurs modernes, s'ils la rappellent parfois 12), ne s'arrêtent guère à cette distinction 13). Pour la plupart des auteurs, il ne semble y avoir aucun intérêt à approfondir les effets propres du contrat, qui semblent s'épuiser dans la création d'obligations, et on considère généralement qu'« il est plus simple d'envisager directement comme effets du contrat les effets des obligations qu'il fait naître » (4). Bien plus, la distinction entre le contrat et l'obligation est aujourd'hui contestée par certains dans son principe même. C'est ainsi que, dans sa thèse relative à la cession de contrat, M. Aynès, pour établir que, dans une cession de créance, la créance cédée ne se modifie pas lors du transfert, qu'elle reste marquée par les caractères que lui avait imprimés le contrat qui l'a fait naître, cherche à montrer qu'il existe un lien indissoluble entre la force obligatoire du contrat et l'obligation qui en découle, et qu'il est amené à conclure que « toute dissociation entre le contrat-source et l'obligation-objet est illusoire » (15).

4. Le propos de cet article s'inscrit en faux contre cette opinion. Il est vrai, sans doute, qu'une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui l'a fait naître, qu'elle est complètement sous la dépendance de sa source (16). Mais on ne saurait en déduire à l'inverse que le

contrat (la source) se ramène entièrement aux obligations qu'il fait naître. Dire que les parties sont « obligées » par le contrat (il vaudrait mieux dire qu'elles sont engagées, tenues par le contrat) ne signifie pas nécessairement, et pas seulement, qu'elles sont tenues (débitrices) d'obligations. Et, même lorsqu'elles en sont tenues, le lien contractuel n'est pas entièrement absorbé par leur rapport d'obligation. Autrement dit, et c'est ce que nous voudrions montrer ici, ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel. Nous rejoignons ici complètement M. Aubert qui, dans son petit ouvrage consacré au contrat, note que « la force obligatoire du contrat ne se limite pas à cet effet ponctuel créateur d'obligations : le contrat engage de façon globale celui qui le souscrit » (17). Comme cet auteur, nous pensons qu'il faut mettre en lumière « à côté de l'effet générateur d'obligations qui est attaché au contrat, ... l'existence d'un engagement contractuel qui en serait un complément distinct » (18). Cette dissociation de la force obligatoire et des obligations nées du contrat, dont nous sommes depuis longtemps convaincu(19), ne permet pas seulement de mieux rendre compte de l'irrévocabilité du contrat (20), mais, au-delà, elle conduit à une nouvelle approche de très nombreux aspects du mécanisme contractuel.

5. Dans une première approximation, on pourrait présenter la distinction proposée à travers une opposition entre le contenant et le contenu : la force obligatoire apparaît comme un contenant, une sorte de cadre général à l'intérieur duquel vont (généralement mais pas nécessairement) s'inscrire des rapports d'obligation, des relations entre créancier et débiteur, chacune des parties pouvant d'ailleurs avoir les deux qualités (21). Mais il semble possible de donner une expression beaucoup plus précise de la distinction proposée en identifiant la force obligatoire à l'effet normatif (ou normateur) du contrat (22).

Dire que le contrat a force obligatoire c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique. Cette norme contractuelle peut avoir divers objets, divers contenus : elle peut bien sûr (c'est l'objet principal de la plupart des contrats) faire naître un rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit, ou créer un droit ou une situation juridique nouvelle ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur. Mais, de toute façon, quel que soit le contenu (obligationnel ou non obligationnel) du contrat, ce n'est pas lui qui permet de définir le caractère obligatoire de la norme contractuelle. Ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et pour la loi ; il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale ; il signifie aussi que cette norme va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties : il devra alors appliquer le contrat comme il appliquerait la loi. Au fond il s'agit seulement de prendre au sérieux l'article 1134 du code civil, qui ne dit pas que les parties sont tenues d'obligations, mais que le contrat leur tient « lieu de loi » (23)

6. Cette idée que le contrat a un effet normateur, qu'il crée des normes juridiques n'est certes pas nouvelle. Elle a été développée de manière éclatante par Kelsen sur le terrain de la théorie du droit. Inscrivant le contrat dans son univers normativiste, Kelsen définit le contrat comme une procédure créant une norme. Cette norme est située à l'étage inférieur de la pyramide et elle tient sa valeur de la norme supérieure qui autorise les contractants à la créer (24). Mais cette conception, si elle a inspiré plusieurs auteurs de droit public, soit dans des écrits de type théorique (25), soit même comme instrument permettant de rendre compte du droit des contrats publics (26), n'a guère porté de fruits dans la doctrine privatiste. D'une part, elle y est généralement contestée, mais d'autre part et surtout, même lorsqu'elle est acceptée, elle n'est guère utilisée sur le terrain - où nous entendons nous situer ici - de la dogmatique juridique et n'a guère influencé la manière de rendre compte des solutions du droit positif.

7. Les contestations qui ont pu être formulées contre la théorie normativiste tiennent d'abord à ce que, dans la conception de Kelsen, l'affirmation que le contrat est un acte créateur de normes se substitue à la présentation traditionnelle du contrat producteur de droits subjectifs. Mais, pour suivre notre démonstration, il n'est pas nécessaire d'aller jusque là : comme le relève M. Ghestin, on peut très bien admettre à la fois que le contrat a un effet normateur et que les normes créées ont pour contenu possible d'accorder des droits subjectifs aux contractants (27). L'essentiel, pour nous, est de poser que l'acte contractuel n'est pas seulement producteur de droits, mais que, plus fondamentalement, il est d'abord producteur de droit, de règles juridiques.

Nous n'entendons pas par ailleurs dissimuler les importantes différences qui existent entre les normes contractuelles émanant de personnes privées et les normes émanant de l'Etat. Nous pensons

simplement que ces différences n'empêchent pas les deux types de normes de « fonctionner » de la même manière.
On ne saurait d'abord s'arrêter à la considération que la « loi contractuelle » est une loi inter-individuelle, et non une loi générale, en ce que, à la différence de la loi étatique, elle n'a pas vocation à s'appliquer à toute personne, mais seulement aux parties (28). Il faut en effet rappeler que « la généralité n'est ni une condition, ni un critère, ni même un signe de la normativité juridique » (29). La notion de norme est plus large que la notion de règle : un jugement, une décision administrative sont des normes encore qu'ils ne visent qu'une personne ou un cas particulier. De même le contrat, alors même qu'il ne vise à régler que la situation juridique des parties, peut être considéré comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations (30).
Ensuite, il n'est pas question de nier que la « loi contractuelle » est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. Considérer le contrat comme un acte normateur ne revient pas, comme semblent le supposer certains auteurs (31), à l'élever au niveau de la loi de l'Etat, à admettre que les personnes privées ont une sorte de « blanc-seing » pour créer du droit. Tout au contraire, le normativisme aboutit à reconnaître clairement cette subordination des normes étatiques aux normes supérieures posées par l'Etat : les contractants n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que, et dans la mesure où l'Etat le leur reconnaît. Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que, dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135 du code civil. Mais on ne voit pas en quoi cela interdirait de reconnaître que la loi contractuelle opère, à ce niveau très inférieur, comme les normes auxquelles elle est soumise. 8. Du reste, c'est surtout pour bien marquer la subordination du contrat à la loi, aux règles de droit objectif, que la doctrine française de droit privé s'est parfois servie de la théorie normativiste du contrat. La doctrine kelsenienne a permis à certains auteurs de contester l'approche subjectiviste du contrat conçu comme le pur produit des volontés des parties, soit de manière radicale comme chez M. Rouhette (32), soit de manière plus nuancée comme chez M. Ghestin (33). C'est donc surtout, pour ne pas dire exclusivement, lorsqu'ils abordent la question du fondement de la force obligatoire que ces auteurs mettent en avant l'idée que le contrat est un acte créateur de normes. Mais ils ne s'en servent guère ensuite lorsqu'il s'agit de rendre compte des effets du contrat. Ainsi, un auteur comme M. Ghestin, qui est sans doute, dans la doctrine privatiste, l'un des plus sensibles à la conception normativiste, ne l'exploite pratiquement pas dans les développements qu'il consacre à la force obligatoire. Alors que dans la partie de son traité relative à la formation du contrat, l'éminent auteur présente bien le contrat comme un acte créateur de véritables règles juridiques - de droit et pas seulement de droits (34), le volume consacré aux effets du contrat ne traite pratiquement, sous l'intitulé « la force obligatoire du contrat » que des obligations assumées par les parties (35)
On peut l'expliquer assez facilement : dans la doctrine kelsenienne (relayée, sur ce point, par la très grande majorité des juristes), les règles de droit en général, et donc les normes contractuelles en particulier sont conçues comme des règles de conduite, des propositions indiquant ce que les sujets de droit doivent ou peuvent faire, ou ce qu'ils ne doivent pas faire. Le droit apparaît comme un réseau d'obligations, d'interdictions et de permissions - les interdictions et les permissions pouvant d'ailleurs sans mal être ramenées à des obligations. De ce point de vue, dire que le contrat est un acte créateur de normes peut sembler équivaloir à affirmer qu'il crée des obligations pour les parties, et la conception normativiste ne semble pas avoir de « débouché » particulier sur le terrain de la dogmatique juridique, quant à la manière de rendre compte de la notion de force obligatoire.
9. Il faut, cependant, dépasser cette approche, qui repose sur une conception peut-être trop restrictive de la notion de norme, et, en tout cas, sur une conception beaucoup trop extensive de la notion d'obligation.
Du point de vue de la norme, on sait qu'un certain nombre d'auteurs ont contesté, non sans arguments, la conception « impérativiste » ou « déontique » de la règle de droit. Développant et prolongeant des réflexions de M. Amselek (36), M. Jeammaud, notamment, a montré, de manière très convaincante à nos yeux, que toutes les règles de droit ne pouvaient pas se ramener à des règles de conduite, et qu'elles constituaient plutôt des « modèles pour les objets les plus divers », des énoncés servant de référence pour dire « comment les choses doivent être » indépendamment du « contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite » (37). Dans cette optique, il est clair que le caractère obligatoire des normes

contractuelles ne se confond pas avec leur (éventuel) contenu obligationnel : il signifie seulement que ces normes vont servir de référence pour organiser les relations des parties, qu'elles prennent ou non la forme de rapports créancier-débiteur (38).
Mais, même si on hésite à adopter le point de vue de cet auteur ou à le suivre dans toutes ses positions (39), on peut à tout le moins admettre que les « obligations » auxquelles, dans la conception la plus répandue, les règles de droit assujettissent les personnes ne s'inscrivent pas nécessairement dans le schéma technique du rapport d'obligation, c'est-à-dire d'un rapport entre deux personnes en vertu duquel l'une (le créancier) peut exiger quelque chose de l'autre (le débiteur). Cela est vrai, à l'évidence, des règles légales : la naissance d'un droit de créance d'une personne sur une autre n'est qu'un des multiples objets possibles de telles règles, même d'ailleurs lorsqu'elles visent une relation entre deux personnes : ainsi la relation de paternité que la loi établit entre un enfant et le mari de sa mère n'est pas en soi un rapport d'obligation (40), pas plus que le lien successoral entre un ascendant et un descendant, ou que la compétence territoriale d'un tribunal attachée à la relation entre le demandeur et le défendeur à l'action... Pourquoi en irait-il autrement de la norme posée dans un contrat et destinée à régir les relations entre les deux contractants ? En réalité, ce n'est ici que par l'effet d'un glissement sémantique plus ou moins conscient qu'on passe ici de l'obligatoire à l'obligation, de l'obligatoriété à l'obligationnel. 10. Or la dissociation entre les deux concepts est constamment présente en droit positif. Elle est surtout apparente, bien sûr, lorsque le contrat produit des effets autres que la création d'un véritable rapport d'obligation entre les parties : en l'absence de contenu obligationnel la force obligatoire apparaît alors en quelque sorte à l'état pur et c'est là qu'on peut le mieux en cerner la consistance (I). Mais, de manière a priori plus surprenante, dans le cas le plus fréquent où le contrat rend véritablement une partie créancière de l'autre, la force obligatoire se révèle également à l'arrière-plan de ce contenu obligationnel de la norme contractuelle (II).

I. - LA FORCE OBLIGATOIRE SANS LE CONTENU OBLIGATIONNEL

11. Qu'un accord de volontés doté de force obligatoire puisse produire des effets autres que la production d'obligations n'est pas, on l'a vu d'emblée, contesté en doctrine (41). C'est ainsi qu'il est admis qu'un contrat peut avoir un effet translatif, extinctif ou constitutif de droits. C'est ainsi, même, qu'on reconnaît l'existence, à côté des contrats stricto sensu, d'une catégorie d'accords juridiques - les conventions - qui n'ont pas pour effet de créer des obligations et qui ne produisent que des effets juridiques d'un autre type (42). Pour prendre les exemples les plus couramment cités, on dira que la remise de dette, qui a un effet purement extinctif, est une convention, non un contrat, de même que la subrogation conventionnelle, dont le seul effet est de transmettre une créance sans faire naître d'obligations ni à la charge du subrogé, ni à la charge du subrogeant (43). La distinction entre les contrats et les conventions, qui apparaît implicitement dans l'article 1101 du code civil, a été empruntée à Pothier (44). Il est vrai que cette distinction est aujourd'hui complètement négligée, les auteurs modernes s'accordant à dire qu'elle ne présente aucun intérêt pratique (45). Aussi bien, dans le code lui-même, les deux termes sont-ils utilisés indifféremment l'un pour l'autre, y compris dans l'article 1134 lui-même, qui énonce le principe de la force obligatoire à propos des « conventions » et non des « contrats ». Mais précisément cette assimilation est très révélatrice pour notre propos : le fait qu'on puisse confondre, dans le langage juridique, le contrat et la convention suffirait peut-être à montrer que la production d'un rapport d'obligation n'est pas l'élément le plus caractéristique du mécanisme de l'accord de volontés obligatoire. La reconnaissance de la force obligatoire des conventions permet par ailleurs de prévenir une objection qui pourrait être faite à l'analyse ici soutenue : celle que, dans un contrat stricto sensu, les normes non productrices d'obligations n'auraient de sens que par rapport aux obligations qu'elles contribueraient à façonner ou à configurer. Il n'en est rien dans la mesure où des effets non obligationnels peuvent, à eux seuls, et sans qu'aucune obligation ne soit stipulée par ailleurs, faire l'objet d'une convention obligatoire.

12. C'est donc sans s'arrêter à cette distinction qu'on peut essayer de recenser - sans nécessairement être exhaustif - les effets non obligationnels des contrats ou conventions. A la limite, la mise en évidence d'un seul de ces effets pourrait suffire à la démonstration que la force obligatoire ne se ramène pas à la création d'obligations ; mais, en multipliant les exemples, nous voudrions montrer que c'est un pan important du mécanisme contractuel qui se trouve laissé à l'écart par la présentation traditionnelle. Par ailleurs à travers la grande diversité des effets non obligationnels des contrats (A) on peut mieux cerner la consistance spécifique de la force obligatoire (B).

A. - Diversité des effets non obligationnels du contrat

13. Au lieu de créer des obligations, ou en plus, un accord de volontés peut produire trois types d'effets (46) : il peut éteindre un droit (1), le transférer (2) ou encore créer un droit ou une situation juridique nouvelle (3). Certains de ces effets sont bien répertoriés et on pourrait craindre d'avoir, dans les développements qui suivent, à énoncer des évidences. Nous pensons qu'il n'en est rien d'abord parce que ces effets non obligationnels sont complètement marginalisés dans la présentation traditionnelle du contrat, ensuite parce qu'il existe une tendance nette de la doctrine à vouloir en nier la spécificité en les ramenant à la notion d'obligation.

1. Le contrat comme acte extinctif de droits

14. De nombreux contrats ou conventions produisent un effet extinctif de droit (réel, personnel ou autre) et certains ne produisent même que ce type d'effets. L'exemple de la remise de dette, déjà évoqué, est le plus caractéristique, mais le raisonnement qu'on peut conduire à son propos peut être transposé à toutes les conventions abdicatives (47). La remise de dette est une convention tout aussi obligatoire qu'un contrat de vente ou de bail. Cependant il est clair que ni l'une ni l'autre des parties n'est tenue à aucune prestation positive, ni même à aucune abstention envers l'autre. La force obligatoire se manifeste simplement en ce que le créancier qui a déchargé le débiteur de son obligation serait mal fondé ensuite à en réclamer l'exécution. Il ne peut pas faire comme si la convention n'avait pas été passée. S'il le faisait, et s'il agissait en justice pour réclamer ce qui ne lui est plus dû, le juge ne lui répondrait pas : « vous avez manqué à votre obligation de ne pas réclamer l'exécution de votre créance » ; simplement, il écarterait sa prétention au vu, précisément, de la convention qui éteint en tout ou en partie la créance et qui, à cet égard « tient lieu de loi aux parties ».

Longtemps ignoré, ou cantonné aux actes juridiques unilatéraux, cet effet extinctif de certains contrats ou conventions a été mis en lumière par plusieurs études doctrinales modernes à travers la notion d'acte abdicatif (48). Il est cependant remarquable que ce type de convention à effet extinctif reste quasiment occulté dans la présentation générale des contrats, et que les études qui y sont consacrées cherchent plus à en souligner le particularisme qu'à les intégrer dans la théorie générale.

15. Cette attitude de « mise à l'écart » par rapport au modèle communément admis du contrat s'observe en particulier à propos de la transaction, contrat qui emporte extinction non plus du droit substantiel, mais du droit d'agir en justice. Sans doute, ce contrat met à la charge de chacun des litigants l'obligation d'accomplir certaines prestations : par exemple une partie s'engage à payer telle somme à l'autre en contrepartie de l'abandon par celle-ci du surplus de ses prétentions. Mais on sait que l'effet essentiel de la transaction n'est pas là : c'est de mettre fin au litige, en interdisant à chaque partie de porter à nouveau l'affaire devant un juge ; toute prétention en ce sens serait déclarée irrecevable par le tribunal saisi. C'est ce que l'article 2052 du code civil présente comme « l'autorité de chose jugée » de la transaction. Il est intéressant d'observer l'embarras de la doctrine face à cet effet spécifique, qui se concilie fort mal avec la conception traditionnelle du contrat. Cet embarras a conduit les auteurs à deux types d'attitudes. La première a consisté à tenter de ramener la transaction à un contrat producteur d'obligations, dans lequel chaque partie s'obligerait envers l'autre à ne pas contester l'accord (49). Cette position a été justement critiquée. Comme le note Mme Dreifuss-Netter dans sa thèse sur les actes abdicatifs, on ne peut confondre l'effet de la transaction avec une simple obligation de ne pas faire : « Supposons que l'une des parties change d'avis et décide de reprendre le litige auquel il a pourtant été mis fin, ses prétentions seraient rejetées : il s'agirait donc d'une obligation bien curieuse « inviolable » par hypothèse et qui ne serait susceptible que d'exécution forcée, à l'exclusion de toute autre sanction » (50). Mais l'auteur n'écrit cela que pour montrer que la transaction est un contrat d'un type particulier entrant dans son champ d'étude, dans la mesure où « l'effet en est extinctif, et pas seulement obligatoire » (51). C'est là précisément l'autre attitude de la doctrine face à la transaction, consistant à soutenir que la transaction n'est pas un contrat comme les autres, qu'elle produit un effet spécifique, qui s'ajoute à son effet obligatoire (52). C'est dans le même esprit que plusieurs auteurs, pour rendre compte de l'autorité de la chose jugée, présentent la transaction comme un acte hybride, à mi-chemin entre le contrat et le jugement (53). 16. Cette présentation n'est pas plus satisfaisante que la première. Il nous semble précisément que cet effet propre de la transaction, s'il ne peut certes pas être réduit à une obligation, à une relation entre un créancier et un débiteur, s'inscrit parfaitement dans la force obligatoire du contrat telle qu'elle est ici définie : les parties ont elles-mêmes convenu de la solution à donner à leur litige, elles sont liées par cet arrangement, par la norme qu'elles ont elles-mêmes posée à cet égard, et, en conséquence, elles ne peuvent demander à un juge de le trancher à nouveau.

Dans une communication récente (54), M. Jarrosson pose très justement la question sous cet angle : il se demande si l'autorité de chose jugée attachée à la transaction est autre chose que la force obligatoire qui « s'impose aux parties, mais également au juge » (55). L'auteur, cependant, estime finalement qu'il y a lieu de faire une différence entre force obligatoire et autorité de chose jugée, parce que la transaction développe des effets particuliers sur le terrain de la procédure, en aboutissant à l'irrecevabilité (et non pas seulement au mal-fondé) de la demande ; or, selon M. Jarrosson, « le résultat ainsi obtenu ne peut techniquement l'être par le recours à l'article 1134 alinéa 1 du code civil » (56). Cette conclusion ne s'impose pas vraiment : ce qui explique « l'autorité de chose jugée » c'est, comme le relève M. Jarrosson lui-même, « qu'une fois la transaction conclue, il ne reste rien à juger » (57). En conséquence, comme l'admet, à la suite de Louis Boyer (58), la doctrine majoritaire, les parties, en se mettant d'accord sur la solution, ont renoncé à leur droit d'agir, celui-ci est éteint. Mais il n'y a pas d'opposition entre cet effet extinctif et l'effet obligatoire (au sens de l'art. 1134) de tout contrat : cet effet extinctif est, comme tous les effets du contrat, obligatoire, en ce sens que ni les parties ni le juge ne peuvent méconnaître cette extinction, et c'est précisément cela qui se traduit par l'irrecevabilité de l'action.

2. Le contrat comme acte translatif de droits

17. La force obligatoire apparaît également à l'état pur dans les contrats et conventions qui produisent un effet translatif de droit. L'analyse proposée vaut de la même manière pour les transferts de droits réels et ceux qui portent sur un droit personnel (cession de créance, subrogation personnelle...) ou un droit intellectuel (cession de marque, de brevet, de droit d'auteur...), mais, pour plus de simplicité, nous raisonnerons ici sur le contrat de vente d'une chose corporelle, donc sur un transfert de droit réel, où la dissociation entre la force obligatoire et le rapport d'obligation apparaît de manière particulièrement éclatante. Dans un contrat de vente, les parties sont tenues non seulement par les obligations qui pèsent sur elles (livrer la chose, payer le prix), mais aussi par l'effet translatif du contrat : le vendeur n'est plus propriétaire, l'acheteur est devenu propriétaire. Les stipulations du contrat relatives à ce transfert de propriété lient irrévocablement les parties aussi bien que celles relatives au paiement du prix et à la livraison de la chose. Qu'est ce que cela veut dire ? Cela veut dire principalement que, si les conditions prévues par le contrat pour le transfert de propriété ont été accomplies, le vendeur ne peut plus méconnaître le droit de l'acheteur et, s'il prétendait se comporter encore comme le propriétaire, il serait évidemment sanctionné. On ne peut pas se contenter, pour expliquer cette situation, d'y voir une conséquence de l'opposabilité du droit réel de l'acheteur au vendeur. Certes, l'acheteur peut, à partir de la vente (ou du moment prévu pour le transfert de propriété), opposer son droit au vendeur, comme d'ailleurs à quiconque (59), mais cela ne permet pas d'expliquer pourquoi il est désormais investi de ce droit. La réponse est qu'il l'est par l'effet de la norme contractuelle qui a prévu le transfert de propriété à tel moment, à telle condition, et qui, à cet égard, fait la loi des parties. 18. Il est vrai que la tentation est grande, ici, de vouloir ramener à toute force cet effet translatif à un rapport d'obligation entre le vendeur et l'acheteur, soit en faisant découler ce rapport du transfert de propriété, soit, à l'inverse, en présentant ce transfert comme l'exécution d'une obligation. On écartera très vite la première idée, consistant à soutenir que, pour le vendeur, le transfert de propriété se ramènerait à une obligation dont l'objet serait de ne rien faire qui compromette la jouissance de l'acheteur. Tel est effectivement un des aspects de la garantie d'éviction qui pèse sur le vendeur 60). Mais on ne peut sérieusement réduire l'effet de la vente à une telle obligation, qui n'est que l'une des conséquences de la transmission du droit, et qui n'en épuise pas la substance pour l'acheteur. L'obligation de garantie pesant sur le vendeur n'explique en rien, d'abord, que l'acheteur ait à l'égard de tous le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose vendue. Même si on reste dans les rapports de l'acheteur et du vendeur, l'idée d'obligation permet bien de justifier que le vendeur qui porte atteinte, par des actes matériels, aux prérogatives de l'acheteur puisse être condamné à des dommages-intérêts ; elle ne permet pas, en revanche, d'expliquer la nullité des actes juridiques que le vendeur prétendrait passer, après le transfert de propriété, sur la chose qui était sienne et qui ne l'est plus. Si ces actes sont nuls, ce n'est certes pas parce qu'en les passant le vendeur manquerait à une obligation envers l'acheteur, mais, directement, parce qu'il n'est plus propriétaire.

19. L'idée que le transfert de propriété serait, à l'inverse, l'exécution d'une obligation pesant sur le vendeur, mérite davantage d'attention, parce qu'elle correspond à une certaine tradition historique, à laquelle les rédacteurs du code civil ont prétendu eux-mêmes se rattacher (61) : c'est la notion d'obligation de donner inscrite à l'article 1138, qui aboutit à considérer que le transfert de propriété n'est pas un effet spécifique et autonome du contrat (62). On doit d'autant plus s'y arrêter que cette

idée a connu, depuis quelques années, une renaissance étonnante, soit, en jurisprudence, de manière éphémère et complètement inappropriée dans le domaine des contrats de distribution (63), soit, en doctrine et plus sérieusement pour tenter d'expliquer le mécanisme de la clause de réserve de propriété (64). Cependant, dans un article récent, Mme Fabre-Magnan a anéanti, à notre sens de manière définitive, « le mythe de l'obligation de donner » (65), par une argumentation qui s'inscrit parfaitement dans la logique de la présente démonstration. Mme Fabre-Magnan part de l'observation qu'en principe, dans les contrats translatifs de propriété, le transfert, une fois qu'il a été consenti, se produit de plein droit, que c'est « un effet légal, automatique du contrat » ; or, note-t-elle justement, « il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie » (66). L'auteur démontre ensuite, de manière parfaitement convaincante, que le recours à l'idée d'« obligation de donner » n'a pas davantage de pertinence lorsqu'il y a dissociation entre la formation du contrat et le transfert de propriété - par exemple dans la vente de chose de genre ou dans la vente assortie d'une clause de réserve de propriété ; dans tous ces cas en effet, si le transfert s'opère de manière différée, il ne s'en accomplit pas moins de plein droit, soit par l'effet de l'exécution d'une autre obligation pesant sur le vendeur (la livraison), soit, dans le cas de la réserve de propriété, par l'effet du paiement effectué par l'acheteur (67). Cette analyse, observe Mme Fabre-Magnan, ne s'oppose nullement à ce que le juge puisse ordonner « l'exécution forcée » des prétendues « obligations de donner » (notamment dans les promesses synallagmatiques de vente) : il suffit d'admettre, écrit-elle, que, « dans les contrats translatifs de propriété, le propriétaire initial ne puisse plus, une fois le contrat conclu, s'opposer au transfert ainsi consenti, lequel pourrait être imposé par le juge » (68). On voit bien ici que l'auteur, ayant démontré l'absence d'une véritable « obligation pesant sur le vendeur » est amenée à raisonner (sans le dire explicitement) en termes de « force obligatoire » : le vendeur n'est obligé à rien, il n'en est pas moins tenu par le contrat. Du reste, et ce n'est évidemment pas un hasard, Mme Fabre-Magnan conclut son article en proposant de distinguer la notion d'objet du contrat de celle d'objet des obligations nées du contrat, et en suggérant une nouvelle définition du contrat incluant parmi les objets possibles du contrat « outre la création d'obligations, le transfert de propriété » (69). 3. Le contrat comme acte constitutif de droits ou de situations juridiques 20. Les contrats constitutifs de droits, autres que de droits personnels, ne sont généralement que des contrats qui aboutissent à démembrer un droit existant et ils peuvent être assimilés aux contrats translatifs précédemment analysés (70). Mais la notion de contrat constitutif s'avère beaucoup plus riche si on accepte de dépasser une approche exclusivement articulée autour de la notion de droit subjectif : dans un grand nombre de cas, en effet, le contrat (ou la convention) aboutit à la création d'une situation juridique nouvelle qui ne se réduit pas à la constitution d'un droit (71). Dans tous ces cas, la distinction de la force obligatoire et de l'obligation apparaît de manière particulièrement nette. Il serait vain (et répétitif) vouloir donner ici une énumération exhaustive de tous les effets non obligationnels mais néanmoins parfaitement obligatoires, pour les parties et pour le juge, que peut produire un contrat ou une clause contractuelle : la distinction proposée pourrait ainsi servir utilement de grille d'analyse pour des conventions ou clauses aussi diverses que les contrats créateurs d'une personne morale (72), les conventions d'arbitrage ou les clauses attributives de compétence (73), les clauses de choix de la loi applicable à un contrat (74)... Nous nous contenterons ici de l'appliquer à deux catégories de contrats qui ont suscité ces dernières années l'attention (et l'embarras) de la doctrine, et pour lesquels la conception traditionnelle du contrat apparaît particulièrement réductrice : il s'agit d'une part des promesses de contrat (a) et d'autre part des contrats-cadres (b).

a) L'exemple des promesses de contrat

21. Ce premier exemple se situe dans le prolongement direct de celui des contrats translatifs de droits précédemment évoqués : on raisonnera, du reste, sur le cas des promesses de vente. Si, dans le cas des promesses synallagmatiques, qui sont simplement des contrats de vente dont certains effets - et notamment le transfert de propriété - sont (ou peuvent être) différés, on peut raisonner exactement comme pour la vente elle-même, le mécanisme de la promesse unilatérale, dans lequel le transfert de propriété n'est pas automatique mais subordonné à la volonté du bénéficiaire, appelle une autre analyse (75). Mais cette analyse amène elle aussi à découvrir dans ce type de contrat des effets non obligationnels. On sait quelle difficulté la doctrine a à rendre compte de la promesse unilatérale sous l'angle d'actes producteurs d'obligations, parce qu'on a beaucoup de mal à cerner le contenu exact de l'obligation du promettant. Il y a sans doute une obligation de ne pas faire (ne pas passer d'actes contraires à la promesse, par exemple ne pas vendre le bien à un tiers), mais la promesse ne peut se

réduire à cela. Il semble difficile de dire par ailleurs que le promettant s'est engagé à contracter, à passer le contrat définitif. Cette présentation paraît difficilement conciliable avec la notion même de contrat : peut-on, à titre principal, s'obliger à consentir ? Par ailleurs, c'est une présentation très réductrice, car elle méconnaît la portée de l'engagement pris par le promettant, qui ne s'est pas obligé à consentir plus tard, mais qui a d'ores et déjà consenti au contrat définitif, lequel n'a plus besoin que de l'acceptation de l'autre pour se former (76). L'analyse doctrinale bien connue qui voit dans la promesse un contrat générateur d'un droit d'option potestatif pour le bénéficiaire (77) n'est sans doute pas inexacte, mais elle ne rend pas davantage compte de la situation juridique du promettant ni du mécanisme de formation du contrat définitif (78). La même difficulté surgit aujourd'hui à propos de l'offre de contracter, du moins lorsqu'elle est faite avec délai, puisque cette offre est aujourd'hui traitée comme un acte juridique obligeant l'offrant (79) : de quoi le pollicitant est-il exactement débiteur ? d'une obligation de maintenir son offre (donc d'une obligation de continuer à vouloir) ? d'une obligation de passer le contrat s'il est accepté (donc d'une obligation de consentir) ? Ici encore, cela ne rend pas bien compte de la situation créée par l'offre, car, si le bénéficiaire accepte, le contrat sera passé automatiquement sans que l'offrant ait rien à faire. 22. Plusieurs auteurs ont senti que le seul moyen de sortir de l'impasse était de dépasser l'analyse en termes de rapport d'obligation et de se situer sur le terrain de la force obligatoire du contrat, même s'ils ne vont pas jusqu'à utiliser cette terminologie (80). C'est ainsi que M. Collart-Dutilleul observe que « le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier » (81). Cette idée a été reprise, de manière plus ou moins explicite, par divers commentateurs pour critiquer la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, qui, sur le fondement de l'article 1142 du code civil, refuse d'ordonner l'exécution forcée de la promesse de contracter, et qui sanctionne seulement par des dommages-intérêts la rétractation de la promesse (82). De même, dans sa thèse, M. Wicker (83) observe, à propos des effets juridiques de l'offre de contracter, que « en fait, « l'obligation au maintien de l'offre » n'a d'autre fonction que d'exprimer l'irrévocabilité, pendant le délai stipulé, de l'engagement contractuel. Elle n'est pas l'expression d'un engagement spécifique » (84). Et l'auteur transpose un peu plus loin le raisonnement à propos de la promesse de contracter : « l'obligation du promettant et les droits du bénéficiaire se révèlent avoir des contenus identiques à ceux de l'obligation et des droits résultant de l'offre de contracter : l'une et l'autre de ces « obligations » expriment l'engagement contractuel de leur débiteur » (85). Même si, par la suite, l'auteur ne va pas jusqu'au bout de son propos et qu'il se ramène, au prix d'un certain artifice, à la notion d'obligation (86), l'idée est clairement exprimée que le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur, mais qu'il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat.

b) L'exemple des contrats-cadres

23. On terminera par un dernier exemple, qui est sans doute le plus caractéristique, parce que l'effet normatif du contrat s'y donne à voir de manière très explicite : c'est la figure, si importante dans le droit contemporain, du contrat-cadre, dont l'objet est précisément de fixer des normes régissant les contrats d'application que les parties passeront ou pourront passer ultérieurement entre elles. Il est vrai que, dans bon nombre de ces contrats-cadres, les parties sont tenues l'une envers l'autre de certaines obligations, notamment de l'obligation de passer les contrats d'application ou de l'obligation de ne pas en passer avec autrui. Mais, dans un certain nombre de cas, le contrat-cadre ne contient aucune obligation de ce type : son seul objet est de fixer par avance les modalités de conclusion et/ou le contenu des contrats ultérieurs, pour le cas où ils seraient passés (87). On conçoit que cette figure ait suscité la perplexité de la doctrine attachée au contenu obligationnel du contrat, et certains auteurs n'ont pas hésité à considérer que ces contrats-cadres ne faisant naître aucune obligation de contracter n'étaient pas de véritables contrats, mais de simples accords préparatoires aux contrats d'application (88). Cette position va contre l'évidence : imaginons que, sans se référer explicitement à l'accord initial les deux parties passent ultérieurement un contrat d'application ; si un litige survient au sujet de ce contrat d'application, le juge saisi de ce litige appliquera bien les clauses du contrat-cadre initial et non les règles légales prévues pour ce genre de contrat ; c'est donc que le contrat-cadre a la force obligatoire d'une véritable convention, en ce qu'il n'est pas nécessaire que les parties, à chaque application, se remettent d'accord sur ses conditions ou les incorporent à leur contrat pour que ses stipulations s'appliquent. 24. C'est donc à juste titre que l'auteur d'une thèse récente sur le sujet, M. Gatsi, s'élève contre la position doctrinale évoquée, et soutient que tous les contrats-cadres sont de véritables contrats, qu'ils fassent naître ou non l'obligation de passer les contrats d'application (89). Cependant,

alors même qu'il se range par ailleurs sous la bannière du normativisme kelsenien, M. Gatsi n'en reste pas moins attaché à l'idée qu'un contrat est nécessairement générateur d'obligations (90). Il est dès lors amené, pour aboutir à sa conclusion, à se livrer à une démonstration compliquée, destinée à découvrir des obligations même dans les contrats-cadres qui apparemment n'en comportent pas ! Cette démonstration passe d'abord par la notion d'obligation éventuelle : rapprochant le contrat-cadre du pacte de préférence, qui ne fait naître qu'une obligation éventuelle pour le promettant, il observe que « la qualification de contrat ne saurait être réservée aux actes dont la force obligatoire est immédiate » (91) ; on pourrait ainsi analyser le contrat-cadre comme un contrat faisant naître l'obligation éventuelle, si on passe un contrat d'application, de se soumettre aux conditions fixées. L'idée n'est pas bien convaincante car, dans ce cas comme dans toutes les autres situations analysées, les parties au contrat-cadre n'ont, au moment où elles passent le contrat d'application, rien à faire : elles n'ont pas à se soumettre au contrat-cadre, elles y sont soumises quoi qu'elles fassent (92). Mais, pour conforter la qualification contractuelle qu'il reconnaît au contrat-cadre, l'auteur imagine ensuite un autre argument : il soutient que de toute façon le contrat-cadre sans obligation de contracter fait bien naître lui aussi, et immédiatement, une obligation, l'obligation implicite de ne pas compromettre la conclusion des contrats d'application (93). On a beaucoup de mal à voir la substance d'une telle obligation là où il n'y a que la substance de la force obligatoire.

B. - La consistance de la force obligatoire en l'absence de contenu obligationnel

25. Le dernier exemple développé est très révélateur des artifices auxquels conduit une analyse du contrat exclusivement centrée sur la notion d'obligation. Pour analyser le contrat-cadre ne faisant pas naître d'obligation de contracter comme un véritable contrat, ou du moins comme une convention, il n'est nullement nécessaire d'imaginer une obligation de ne pas faire implicite, et il n'est pas nécessaire de passer par l'idée d'obligation éventuelle et de force obligatoire différée. Dès sa conclusion, l'accord-cadre a force obligatoire en ce que la situation juridique qu'il crée (la fixation de normes conventionnelles applicables aux contrats d'application) s'impose aux parties et au juge : une partie ne peut pas unilatéralement déclarer qu'elle a changé d'avis et qu'elle n'est plus d'accord avec telle ou telle clause du contrat-cadre, et, si une telle déclaration était faite, le juge n'en tiendrait aucun compte. Et de même, tous les exemples précédemment analysés révèlent, en l'absence de tout contenu obligationnel, ce double aspect de la force obligatoire, que nous voudrions maintenant essayer de préciser : d'une part les parties sont engagées par le contrat, elles lui sont assujetties (1) ; d'autre part le juge doit appliquer le contrat, la norme posée lui sert de référence (2).

1. Un assujettissement pour les parties

26. C'est l'alinéa 2 de l'article 1134 qui traduit le mieux l'assujettissement des parties au contrat : cet assujettissement implique en effet que les contractants ne puissent se délier de leur engagement, que le contrat soit à leur égard irrévocable, sauf bien entendu dans les cas où la loi leur permet de revenir sur leur engagement (94). Comme on raisonne habituellement en termes de contrat créateur d'obligations, on a tendance à ramener l'irrévocabilité à l'impossibilité pour les parties de se dégager unilatéralement des obligations qu'elles ont assumées dans le contrat. Mais les contrats et stipulations analysés permettent de voir que l'irrévocabilité est quelque chose de plus profond. Fondamentalement, elle signifie que les parties ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé, que leur situation juridique est irrémédiablement modifiée par le contrat. Il en va ainsi, d'ailleurs, même dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée où chaque partie dispose d'une faculté de résiliation unilatérale : cette faculté ne porte nullement atteinte au principe de la force obligatoire dans la mesure où elle n'est pas rétroactive et où la partie qui l'exerce ne pourra pas néanmoins faire comme si le contrat n'avait pas antérieurement existé (95).

27. La tendance est cependant forte, dans la présentation traditionnelle du contrat, à ramener cet effet fondamental à un rapport d'obligation. On l'a vu à travers tous les exemples analysés : obligation de ne pas agir en justice lorsqu'on a transigé, obligation de donner dans les contrats translatifs, obligation de passer le contrat définitif dans la promesse de vente, obligation de ne pas compromettre la conclusion des contrats d'application dans les contrats-cadres... Mais, dans tous les cas, on a pu se rendre compte du caractère artificiel de ces analyses. L'obligation que l'on prétend découvrir, à chaque fois, n'est rien d'autre que « l'obligation de respecter le contrat », laquelle est bien différente d'une véritable obligation comme celle que le contrat peut par ailleurs créer. 28. Dans sa thèse déjà citée, M. Wicker a cependant tenté d'une manière générale, de ramener l'une à l'autre (96). Comme on l'a vu, cet auteur sent très bien, à propos de l'offre de contracter et de la promesse de vente, que les situations qu'il décrit ne peuvent

pas s'analyser dans les termes ordinaires d'un rapport entre un créancier et un débiteur, et sa position est à cet égard très proche de la nôtre. Cependant, prisonnier de l'idée largement répandue selon laquelle la force obligatoire de l'engagement contractuel se ramène à une obligation (97), cet auteur ne voit qu'une manière de résoudre la difficulté. C'est de proposer une analyse nouvelle, dualiste, de l'obligation : il y aurait d'un côté le « rapport obligatoire » (en vertu duquel le créancier peut exiger quelque chose du débiteur) et d'un autre côté le « rapport d'obligation » qui n'est rien d'autre, selon l'auteur, que « l'assujettissement du débiteur au contrat » (98). Dans l'offre de contracter ou dans la promesse, on ne rencontre, selon M. Wicker, que le second aspect de l'obligation, à savoir l'assujettissement du débiteur au contrat, ce qui l'amène à parler, dans ces situations, d'« obligations imparfaites ». Cette analyse nous semble relever d'un certain verbalisme. Ou alors il faut appliquer de la même façon le terme de « débiteur » à toute personne contre qui on invoque un texte législatif ou réglementaire, et celui de « créancier » à toute personne qui s'en prévaut. Le monde du droit ne serait alors peuplé que de créanciers et de débiteurs. Peut-on dire par exemple que celui qui a construit sur le terrain d'autrui et qui, en vertu de l'article 555 du code civil, perd la propriété des constructions au profit du propriétaire du sol est « débiteur » de ce dernier ? Evidemment non : il est simplement assujetti à l'article 555 du code civil. De même, si le vendeur cesse d'être propriétaire du bien qu'il a vendu, ce n'est pas parce qu'il est débiteur de l'acheteur, mais parce que la norme contractuelle prévoyant le transfert s'impose à lui. Celui qui a accepté conventionnellement la compétence de tel tribunal n'est pas davantage « débiteur » de l'obligation de soumettre le litige à ce tribunal que ne l'est le plaideur qui, en l'absence de clause, « doit » porter son affaire devant le tribunal désigné par les textes du nouveau code de procédure civile : ils sont simplement, l'un et l'autre, soumis à une norme de compétence - le premier à une norme contractuelle, le second à une norme légale. Et, de même, dans le cas de la promesse de vente ou de l'offre de contracter, il suffit de dire que le promettant (ou l'offrant) est tenu par la loi du contrat (ou de l'acte juridique unilatéral), cette loi disposant que son consentement a déjà été donné et que le consentement de l'autre suffira à former le contrat définitif. L'assujettissement au contrat, pas plus que l'assujettissement à la loi, n'est une obligation d'un débiteur envers un créancier.

29. On peut essayer d'aller plus loin en précisant les différences entre l'un et l'autre concept. Le rapport d'obligation, si on le définit comme le droit pour le créancier d'exiger quelque chose du débiteur, apparaît comme une relation articulée autour de la volonté des deux acteurs. il dépend du créancier d'exiger ou de ne pas exiger la prestation ou l'abstention promise. Il dépend du débiteur d'exécuter ou de ne pas exécuter. S'il n'accomplit pas ce qui a été promis (ou ce qui lui a été imposé par la loi s'il s'agit d'une obligation d'origine légale), il pourra y être contraint ; mais cette exécution forcée, qui suppose une certaine procédure, n'est pas toujours possible, en fait ou en droit, et, dans un certain nombre de cas, le créancier devra se contenter d'une condamnation à des dommages-intérêts (99). Le débiteur qui n'exécute pas (qui ne fait pas ce qu'il devrait faire ou qui fait ce qu'il est obligé de ne pas faire) encourt de toute façon un certain nombre de sanctions : outre la condamnation à des dommages-intérêts, il s'expose à la résolution si le contrat est synallagmatique.

Or on ne voit rien de tel dans les différents cas examinés, ni quant au rôle de la volonté des parties dans la mise en oeuvre du rapport qui les unit, ni quant aux conséquences de sa violation. 30. Du point de vue de la volonté des parties, il faut regarder successivement les deux parties au rapport contractuel. La différence avec un rapport d'obligation n'est pas aussi nette des deux côtés. En effet, dans la plupart des cas, il dépendra de la volonté d'un contractant de se prévaloir ou de ne pas se prévaloir de la situation juridique nouvelle créée à son profit et on pourrait à cet égard le présenter comme une sorte de « créancier de l'exécution du contrat » : le bénéficiaire d'une remise de dette peut très bien payer sans rien dire, le contractant assigné devant une juridiction autre que celle prévue par le contrat peut très bien ne pas soulever l'incompétence (100)... Mais ces solutions, qui tiennent à la délimitation de l'office du juge dans le procès, ne sont pas en elles-mêmes révélatrices de l'existence d'un véritable rapport d'obligation, et on les rencontre de la même manière dans le cadre de situations juridiques non obligationnelles résultant directement de la loi 101). La différence avec une véritable obligation apparaît beaucoup plus clairement si on regarde les choses du côté de la partie à qui l'engagement contractuel est opposé. Celle-ci n'apparaît en aucune manière comme un débiteur : elle est dans une situation purement passive, elle n'est pas obligée de faire ou de ne pas faire quelque chose, mais, quoi qu'elle fasse ou ne fasse pas, quoi qu'elle veuille ou ne veuille pas, l'effet juridique du contrat se produira de toute façon, s'imposera à elle. C'est ce que Mme Fabre-Magnan a très bien vu dans le cas du transfert

de propriété (102), et c'est ce qu'on a pu également observer dans la transaction ou dans la remise de dette : la perte du droit, l'irrecevabilité de la demande sont des situations juridiques auxquelles il ne peut se soustraire (103). C'est encore ce qu'observe M. Denis Mazeaud à propos de la promesse unilatérale de vente : « l'obligation de faire implique nécessairement une prestation positive à accomplir. Or, ce qui caractérise la situation du promettant, une fois la promesse conclue, c'est la passivité. Il en est contractuellement réduit à attendre la décision du bénéficiaire quant à la vente promise » (104).

31. On pourrait, il est vrai, objecter que cela ressemble à une obligation de ne pas faire, mais on est vite détrompé si on examine les conséquences de la méconnaissance de l'engagement par un contractant. Nous parlons ici de « méconnaissance » et non d'« inexécution » dans la mesure où lorsqu'il ne crée pas d'obligation, le contrat n'a pas à être exécuté, simplement il s'impose aux parties. Si elles le méconnaissent, aucune des sanctions qui assortissent l'inexécution des obligations contractuelles n'est susceptible de s'appliquer. Ainsi, on ne peut pas concevoir que le contrat soit résolu parce que, par exemple, la partie qui a transigé prétend ensuite agir en justice pour la même cause, ou parce que le vendeur qui a livré, se prétendant toujours propriétaire, agit en justice pour obtenir la restitution. On ne peut pas davantage faire jouer les règles de la responsabilité contractuelle : si celui qui a fait une remise de dette demande néanmoins le paiement de l'obligation éteinte, si un contractant, au mépris d'une clause compromissoire, assigne l'autre devant la juridiction étatique, ils ne seront pas automatiquement condamnés à des dommages-intérêts pour violation d'une obligation contractuelle, ils peuvent tout au plus, selon l'appréciation du juge, encourir des dommages-intérêts pour procédure abusive, comme quelqu'un qui agit pour obtenir un droit qui lui est dénié par la loi. Surtout, dans toutes les hypothèses analysées, il n'est ni utile ni pertinent de parler d'exécution forcée pour rendre compte de la décision du juge qui déclare irrecevable la demande formée au mépris d'une transaction, d'une clause attributive de compétence ou d'une clause compromissoire, ou qui déclare mal fondée la demande en revendication d'un vendeur contre son acheteur... Le juge, ici, ne condamne pas un débiteur à exécuter, il déclare que le contrat lie les parties (105).

2. Une référence pour le juge

32. La force obligatoire, telle qu'elle se dégage des exemples analysés, apparaît ainsi comme indissociable de l'intervention potentielle d'un juge pour trancher les litiges entre les parties. Pour ce juge, la force obligatoire signifie qu'il va avoir, à l'égard de ce qui a été convenu dans le contrat, une activité fondamentalement identique à celle qu'il doit déployer lorsque le litige n'est pas de nature contractuelle et qu'il doit être résolu par application directe d'une norme légale (ou d'un principe jurisprudentiel plus ou moins rattaché à la loi) : il appliquera la norme contractuelle exactement comme il appliquerait la loi. Cette norme lui servira de référence pour sa décision. Cette activité ne consiste pas seulement, comme une vision réductrice habituelle pourrait le laisser croire, à sanctionner le contractant qui a manqué à ses obligations, ou à le condamner à l'exécution : en l'absence ou au-delà de ces obligations nées du contrat, le juge peut être simplement amené à constater que la situation prévue par le contrat s'est réalisée, et qu'en conséquence les effets juridiques créés par la norme contractuelle doivent se produire. 33. C'est bien ce qui se produit dans tous les exemples analysés. Le juge qui déclare irrecevable une action en justice relative à un litige déjà tranché par la transaction applique le contrat de transaction, le juge qui, tranchant un litige entre le vendeur et l'acheteur, déclare que l'acheteur est devenu propriétaire à tel moment, applique le contrat de vente, le juge qui se déclare incompétent en présence d'une clause attributive de compétence applique cette clause... Dans aucun de ces cas, le juge n'ordonne à un débiteur d'exécuter son obligation, il ne fait que dire quelle est la situation juridique créée par le contrat. Et, contrairement à ce que pense la Cour de cassation, c'est à une simple application du contrat, et non à une condamnation à l'exécution forcée d'une obligation du promettant que procède le juge lorsqu'il refuse de tenir compte de la rétractation de la promesse106). Dans tous ces cas, l'activité du juge relève de la jurisdictio et non de l'imperium (107).

34. Notre propos ne vise pas, cependant, à restaurer un quelconque absolutisme de l'engagement contractuel. Nous n'entendons ici ni ignorer ni critiquer le fait que, dans l'application de la norme contractuelle, le juge dispose d'une marge de manoeuvre plus large que dans l'application de la norme légale, à la fois dans le contrôle de sa validité, dans la détermination de son contenu, et dans les multiples atteintes qu'il est autorisé à porter à la force obligatoire du contrat, ou qu'il s'autorise lui-même à porter. Loin d'être prisonnier de la volonté des parties, il peut introduire dans le contrat toutes sortes d'éléments que les parties n'ont pas envisagés, soit par le biais d'une interprétation objective du contrat, soit sur le fondement de l'article 1135 du code civil, soit en utilisant la notion de « bonne foi »

de l'article 1134 alinéa 3. Mais si l'extension, souvent soulignée, des pouvoirs du juge en matière contractuelle est un signe de la valeur très inférieure reconnue au contrat dans la hiérarchie des actes créateurs de droit, elle n'implique nullement une remise en cause de l'effet normateur du contrat (108). Du reste, même s'il résulte de l'utilisation d'autres instruments, on peut fréquemment observer le même décalage entre ce qu'ont voulu dire les auteurs d'un texte législatif ou réglementaire et ce que le tribunal lui fait dire. Fondamentalement, lorsqu'il applique le contrat, le juge n'en développe pas moins la même activité de jurisdictio que lorsqu'il applique la loi - même si, plus encore en matière contractuelle que dans l'application des textes émanant de l'Etat, le droit qu'il prétend « dire » est souvent, en réalité, du « droit qu'il fait ». Il en va ainsi surtout, d'ailleurs, à propos du contenu obligationnel du contrat derrière lequel se dissimule le plus souvent le principe de la force obligatoire.

II. - LA FORCE OBLIGATOIRE DERRIERE LE CONTENU OBLIGATIONNEL

35. Même si, comme nous avons essayé de le montrer précédemment, ce n'est pas son seul effet possible, la naissance d'un rapport d'obligation reste évidemment l'élément le plus important de tout contrat. L'effet juridique de la norme contractuelle consiste alors à rendre l'un des contractants (ou chacun d'eux) débiteur de l'autre. Dans un tel cas, la distinction proposée paraît, de prime abord, de peu d'intérêt : la force obligatoire de la norme contractuelle semble se dissoudre dans les obligations qu'elle a fait naître. Du point de vue des parties, l'irrévocabilité du contrat ne paraît alors être rien d'autre que l'obligation pour le débiteur contractuel d'accomplir la prestation ou de ne pas rompre l'abstention mise à sa charge. Et, pour le juge, la force obligatoire ne se ramène-t-elle pas alors à prononcer les sanctions de l'inexécution, et, éventuellement, à condamner le débiteur récalcitrant à l'exécution forcée ?

On peut cependant montrer que, même dans ce cas, le principe de la force obligatoire peut être dissocié des obligations que ce contrat fait naître, tant dans les rapports entre les parties (A) qu'à l'égard des tiers (B)

A. - Force obligatoire et contenu obligationnel dans les rapports entre les parties

36. La force obligatoire est toujours à l'arrière-plan des obligations contractuelles, et elle apparaît parfois en pleine lumière par l'effet d'un décalage avec les obligations qu'elle produit. La distinction peut ainsi se faire quant aux personnes qui y sont assujetties (1) et, surtout, par rapport à la durée du contrat (2).

1. Personnes tenues par la force obligatoire et personnes débitrices des obligations nées du contrat

37. Il ne s'agit ici que de mettre en valeur une évidence : le contrat qui crée une ou plusieurs obligations est obligatoire non seulement pour le débiteur, mais aussi pour le créancier de cette obligation. Cela apparaît avec netteté dans les contrats unilatéraux, où une seule partie est débitrice. On peut raisonner sur l'exemple du prêt à usage, sans s'arrêter à la considération que le caractère unilatéral de ce contrat est aujourd'hui contesté : il paraîtrait plus rationnel, sans doute, de considérer que le prêt est un contrat synallagmatique, le prêteur s'engageant à remettre la chose, et l'acheteur à la restituer dans un certain délai, alors que le code civil a traité le prêt comme un contrat réel, où la remise de la chose est une condition de formation et non l'exécution d'une obligation. Mais, une fois la chose remise, et quelle que soit l'analyse qui préside à la formation du contrat, personne ne conteste qu'il n'y a plus qu'un seul débiteur, l'emprunteur, tenu de restituer. Or, curieusement, les rédacteurs du code civil ont, à propos du prêt à usage, consacré une section aux « engagements de celui qui prête à usage » (art 1888 et s. c. civ.) et, à propos du prêt de consommation, une section aux « obligations du prêteur » (art. 1898 et s. c. civ.) ! Que trouve-t-on sous ces intitulés ? L'affirmation que le prêteur peut être responsable si la chose prêtée cause un dommage à l'emprunteur (art. 1891 et 1898) - et ici il s'agit bien d'une véritable obligation, quoique purement éventuelle. Mais aussi la règle selon laquelle le prêteur ne peut « retirer la chose prêtée » (art. 1888) ou « redemander les choses prêtées » (art. 1899) avant le terme convenu. Certains auteurs semblent prendre au sérieux l'intitulé de ces textes, quitte à en déduire le caractère synallagmatique du prêt (109), mais la majorité de la doctrine passe sous silence cette bizarrerie, traitant seulement sous la rubrique « obligations du prêteur » de ses obligations accessoires (110) et traitant (à juste titre mais sans s'en expliquer) l'étude du terme de la restitution dans le cadre des développements consacrés aux obligations de l'emprunteur. C'est qu'en effet « l'obligation de respecter le terme » n'a rien d'une véritable obligation du prêteur. Le prêteur qui réclamerait le remboursement avant le terme n'encourra aucune des sanctions de l'inexécution d'une obligation et ne sera pas à proprement parler condamné à son exécution forcée : simplement il se verra débouté de sa prétention parce que le terme stipulé lui « tient lieu de loi » comme il en tient lieu à l'emprunteur (111), parce que tel est le contenu de

la norme contractuelle résultant de l'accord et s'imposant au juge comme aux parties. Ce n'est là que l'application de la force obligatoire du contrat. 38. A vrai dire, l'exemple du prêt, s'il est le plus spectaculaire - à raison de la contradiction évidente entre l'analyse habituellement donnée de ce contrat et les textes - n'est peut-être pas le plus convaincant. On pourrait en effet, à l'inverse, se servir des articles du code pour démontrer que, décidément, le prêt est mal à l'aise dans le moule du contrat unilatéral : même en maintenant, fort artificiellement, son statut de contrat réel, on pourrait en effet soutenir que le prêteur a, comme un bailleur, l'obligation de procurer la jouissance de la chose prêtée pendant la durée du prêt. Mais l'argumentation menée plus haut peut être transposée à d'autres contrats qui sont incontestablement des contrats unilatéraux, et dans lesquels on chercherait en vain à ramener l'assujettissement contractuel du créancier à une obligation pesant sur lui. Ainsi, dans le cautionnement, que dirait le juge à un banquier qui prétendrait réclamer le paiement à la caution avant le terme stipulé, ou pour un montant supérieur à celui qui a été prévu au contrat ? Non pas, évidemment, « vous manquez à votre obligation de respecter le terme ou le montant stipulé », mais, très différemment : « le contrat ne vous donne pas le droit de réclamer avant telle date ou plus que tel montant » ! Le créancier n'est pas ici devenu débiteur de son débiteur, il est simplement tenu par les stipulations du contrat ! 39. La force obligatoire du contrat pour le créancier apparaît par ailleurs de manière particulièrement intéressante à travers l'application jurisprudentielle de l'article 1134 alinéa 3 du code civil selon lequel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Comme on le sait, ce texte, longtemps négligé, connaît aujourd'hui une fortune extraordinaire dans la jurisprudence française, mais il est tout à fait remarquable que la doctrine cherche systématiquement à en rendre compte à travers la notion d'obligations ou du moins de devoirs pesant sur les parties(112). Il est vrai que l'article 1134 alinéa 3 peut, de la même façon que l'article 1135, jouer le rôle d'un support pour la création par le juge de nouvelles obligations pesant sur les parties à certains contrats (obligations de sécurité, obligations de conseil ou d'information...) ou permettre de déterminer l'étendue exacte des obligations par elles assumées. On peut en revanche être sceptique devant l'utilisation de la notion d'« obligation de loyauté » pour rendre compte de l'encadrement jurisprudentiel du comportement du créancier contractuel. Dans une thèse récente, un auteur a montré de manière très convaincante que cette soi-disant « obligation » est complètement insusceptible de se voir appliquer les sanctions habituelles de l'inexécution des obligations contractuelles (résolution, exception d'inexécution, exécution forcée).

L'auteur en déduit que le texte ne crée pas une véritable obligation contractuelle, mais qu'il est la traduction d'un devoir de morale sociale extérieur au contrat. Mais on pourrait sans doute aussi bien rendre compte de la situation à l'aide de la distinction proposée. L'article 1134 alinéa 3 fonctionne ici comme une règle d'interprétation de la norme contractuelle : c'est non pas seulement au regard de la lettre du contrat, mais au regard de la notion de bonne foi qu'on peut dire quelle est exactement l'étendue des prérogatives du créancier, ce qu'il peut faire ou ne pas faire à l'encontre du débiteur. En conséquence, si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, il méconnaît la force obligatoire de la même manière que le prêteur qui réclame la restitution avant le terme convenu, ou le créancier qui demande à la caution plus que ce qu'elle ne doit. Cette approche, sur laquelle nous ne pouvons guère nous étendre ici, aboutirait à repenser complètement les sanctions du comportement déloyal ou abusif » (114).

2. Durée de la force obligatoire et durée des obligations nées du contrat

40. Il s'agit ici de montrer qu'un contractant peut être engagé par le contrat avant même que ce contrat ne le rende débiteur (a), et que, de même, il peut rester engagé par le contrat alors même qu'il n'est plus débiteur (b).

41. a) L'exemple le plus caractéristique d'une dissociation entre l'avènement de la force obligatoire et la naissance des obligations nées du contrat est tiré du droit du cautionnement. C'est cet exemple qui a d'ailleurs servi de point de départ à l'analyse ici proposée(115), à travers une réflexion sur la distinction, imaginée par Christian Mouly dans sa thèse en 1978, et désormais bien admise, entre l'obligation de couverture et les obligations de règlement pesant sur la caution (116). On sait qu'à travers cette distinction notre regretté collègue a essayé de rendre compte de la situation de la caution de dettes futures et indéterminées. Celle-ci (on peut raisonner sur l'exemple du dirigeant social qui accepte par avance de cautionner toutes les dettes de sa société envers un établissement de crédit) s'engage à un moment où la personne garantie n'est pas encore nécessairement débitrice (et elle ne le deviendra peut-être jamais) ; la caution ne sera donc elle-même débitrice envers le créancier qu'au fur et à mesure de l'avènement des dettes sur la tête du débiteur principal. Pourtant, note à juste titre Christian Mouly, elle

est engagée dès le départ, dès la conclusion du contrat. Pour concilier ces deux affirmations, une « seule interprétation » semble possible à l'auteur ; il faut, selon lui, « distinguer, dans les cautionnements de dettes futures non déterminées... deux sortes d'obligations : les obligations de règlement à exécution instantanée qui naissent avec les dettes que contracte le débiteur principal, et l'obligation de couverture, obligation à exécution successive qui naît lors de la conclusion du contrat de cautionnement et détermine la couverture que doit fournir la caution » (117). Il n'est pas question de remettre ici en cause le fond de cette analyse, qui nous semble exactement rendre compte de la situation, et qui est particulièrement riche de conséquences en droit positif, en particulier en ce qui concerne les effets de la résiliation unilatérale du cautionnement (118), du décès de la caution, de la cession du contrat garanti par la caution... La formulation de la distinction, en revanche, nous semble très contestable ; elle procède précisément d'une confusion entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel. L'idée que la caution serait tenue d'une « obligation de couverture » n'est pas vraiment convaincante. C'est une bien curieuse obligation dont on serait en peine de définir l'objet : qu'est-ce que « couvrir » les dettes du débiteur ? puisque ce n'est pas encore payer, est-ce faire quelque chose ? (mais la caution n'est pas obligée d'accomplir, pendant toute la période d'attente, une quelconque prestation) est-ce ne pas faire quelque chose ? (mais là encore on ne voit pas de quoi la caution devrait s'abstenir). Bien curieuse obligation encore parce que le créancier ne pourra jamais en demander l'exécution, ni en faire sanctionner l'inexécution, et d'ailleurs on peut dire que cette « obligation » ne deviendra jamais exigible : le créancier ne pourra agir contre la caution que pour faire exécuter ses « obligations de règlement » qui naîtront au fil du temps, et qui deviendront exigibles en même temps que les dettes qu'elles garantissent (119). En réalité, la soi-disant obligation de couverture qui pèse sur la caution n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement : dès la signature du contrat, la caution, même si elle n'est pas encore débitrice, est tenue par le contrat qui stipule que lorsque la personne cautionnée deviendra débitrice, la caution le deviendra également (120). Cette force obligatoire apparaît de manière particulièrement nette lorsque le contrat de cautionnement est à durée déterminée : dans ce cas en effet, la caution ne pourra pas résilier unilatéralement son engagement ; si elle prétendait le faire, elle ne serait évidemment pas sanctionnée parce qu'elle n'a pas exécuté son obligation, simplement cette révocation contraire à l'engagement serait absolument sans effet. Il n'en va pas de même, bien sûr, dans le cas où le cautionnement est à durée indéterminée, la force obligatoire n'a pas la même conséquence : en raison de la prohibition des engagements perpétuels, le contenu de l'engagement est alors que la caution est tenue tant qu'elle n'a pas révoqué. Mais la force obligatoire se traduit alors par le fait que, automatiquement, sans que ni elle ni le créancier n'aient rien à faire ni à dire, la caution deviendra débitrice des obligations naissant à la charge du débiteur principal. La naissance des obligations de règlement (qui sont les seules véritables obligations) apparaît comme un effet juridique différé de la norme contractuelle. 42. Ce qui vaut pour le cautionnement de dettes futures et indéterminées vaut d'une manière plus générale, à notre avis, pour tous les contrats à exécution successive. La question du moment de la naissance des obligations dans ces contrats a été abondamment discutée en doctrine. Dans l'opinion qui semble être aujourd'hui celle de la majorité des auteurs, chaque partie à un tel contrat devient, dès la formation du contrat, créancière de l'autre pour la totalité des prestations à exécuter au cours du contrat, le caractère successif de ces prestations n'affectant que l'exigibilité et non la naissance des créances. Par exemple, dans un contrat de bail, le bailleur devient dès la signature du contrat, créancier de la totalité des loyers dus par le locataire ; de même le salarié est immédiatement créancier de tous ses salaires futurs. Cette conception, qui a été en particulier défendue avec vigueur par M. Emmanuel Putman dans sa thèse consacrée à la formation des créances(121), inspire incontestablement certaines solutions du droit positif (122). Là encore, nous pensons qu'il y a confusion entre la force obligatoire du contrat et les obligations qu'il fait naître.

On le voit bien dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée : faute de connaître au départ la durée de ces contrats qui peuvent être résiliés à tout moment par l'une ou l'autre des parties (sous réserve des limitations légales de ce droit), il est bien difficile de dire que, dès le départ, chacune est titulaire d'une créance globale dont l'exécution seule serait échelonnée dans le temps. Peut-on sérieusement soutenir que, dès la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur est débiteur envers son salarié d'une rémunération globale dont ni le montant ni la durée ne sont connus ? Certes, les deux parties, dès la formation du contrat, sont engagées par le contrat, liées par la norme contractuelle (123), mais elles ne deviennent créancières l'une de l'autre qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat, selon la périodicité fixée par celui-ci.

A notre avis, la même analyse pourrait être transposée aux contrats à exécution successive et à durée déterminée. Il est vrai que dans ce cas, les parties se sont engagées pour une certaine durée, et que celle qui romprait la relation contractuelle avant le terme fixé pourrait être contrainte à exécuter le contrat jusqu'au bout (124). Mais cela, précisément, s'inscrit parfaitement dans la force obligatoire du contrat telle qu'elle a été précédemment circonscrite : que le contractant à qui on l'oppose le veuille ou non, la norme contractuelle prévoyant la poursuite du contrat pendant une certaine durée s'impose à lui et la résiliation de son engagement avant le terme doit être sans effet. Il n'est pas nécessaire ni pertinent, pour expliquer la solution, de considérer que le salarié ou le bailleur sont, ab initio, créanciers de la totalité des salaires ou des loyers, le paiement fractionné de leur créance globale apparaissant alors comme une sorte de crédit fait au locataire ou à l'employeur. On voit bien, du reste, que cette analyse s'accorde fort mal avec les solutions applicables en cas de non-paiement par le débiteur des sommes qu'il doit : on ne peut pas ici concevoir une sorte de déchéance du terme qui obligerait l'employeur ou le locataire à payer immédiatement les « échéances futures » du salaire ou du loyer - ce qui serait une sanction possible dans un contrat faisant naître immédiatement une obligation à termes échelonnés. Les seules sanctions concevables seront, soit l'exécution forcée des obligations au fur et à mesure qu'elles naîtront (et deviendront exigibles), soit la résiliation du contrat avec éventuellement paiement d'une indemnité (125).

On pourrait donc considérer que, dans ces contrats, c'est la naissance même des obligations, et non seulement leur exigibilité, qui est échelonnée dans le temps, selon une périodicité fixée par les contractants eux-mêmes (126). Cette thèse n'implique nullement qu'on situe la cause des obligations successives dans la fourniture des prestations réciproques, comme l'a suggéré un auteur (127). Les créances « à exécution successive » trouvent bien leur cause dans le contrat, mais il y a simplement une dissociation entre l'avènement de la force obligatoire du contrat et la naissance des obligations qui s'y rattachent (128). 43. Une telle dissociation s'observe encore dans les contrats conclus sous condition suspensive. On sait que le propre d'une telle condition est de suspendre la naissance (et pas seulement l'exigibilité) des obligations qui en dépendent jusqu'à leur éventuelle réalisation. Que l'obligation n'existe pas encore est unanimement admis et les conséquences en sont bien connues : non seulement le créancier ne peut pas exiger le paiement, et la prescription ne court pas contre lui, mais en outre - et c'est sans doute ce qu'il y a de plus caractéristique - le débiteur ne peut valablement payer (129). Sans doute, si la condition se réalise, on feindra de croire que les obligations contractuelles étaient nées ab initio ; mais, dans l'opinion dominante, la rétroactivité n'est qu'une fiction qui peut être écartée par la volonté des parties (130). Cependant, si les obligations n'existent pas tant que la condition n'est pas réalisée, il n'est pas douteux que le contrat, lui, existe, et qu'il a force obligatoire. D'une part, alors même qu'on ne sait pas si finalement le contrat fera naître une obligation, aucune des deux parties ne peut unilatéralement s'en dégager (131). D'autre part, on sait que le créancier potentiel peut déjà prendre des mesures conservatoires, doit déclarer sa créance à la procédure collective ouverte contre son débiteur conditionnel... Tout ceci s'explique aisément si on considère que, dès avant la naissance de l'obligation, les deux parties sont déjà engagées par le contrat, elles sont déjà liées par une norme qui prévoit que, si tel événement se réalise, une créance naîtra : cette norme suffit à justifier que, dès avant d'être vraiment titulaire de la créance, le contractant soit déjà considéré comme un créancier en devenir. Si on considère maintenant le dénouement de l'opération, il n'y a pas lieu de s'attarder au cas où la condition se réalise, puisque dans ce cas, l'obligation va naître et va en quelque sorte se superposer à la force obligatoire. Plus intéressant pour notre propos est le cas inverse où la condition ne se réalise pas, et qu'aucune obligation n'émerge jamais à la vie juridique. Cela ne signifie pas que le contrat, lui, n'a jamais existé et même qu'il n'existe plus : tout au contraire, et paradoxalement, on peut rattacher la situation juridique ainsi créée à la force obligatoire du contrat, puisque c'est précisément en vertu de la norme contractuelle qui faisait dépendre la naissance des obligations de certains événements, qu'on pourra dire que la condition ne s'est pas réalisée. Il peut d'ailleurs y avoir contestation sur ce point, et il faudra alors interpréter cette norme contractuelle pour savoir si la condition s'est accomplie ou non : dans un tel cas, si le juge conclut qu'aucune obligation n'est née, il ne fait qu'appliquer le contrat ! On ajoutera que, même si la défaillance de la condition est constatée, il peut y avoir lieu d'appliquer certaines clauses du contrat - ce qui montre que celui-ci n'est aucunement anéanti. La Cour de cassation a ainsi jugé, à propos d'un contrat où les parties avaient, en plus de la condition, stipulé une clause de dédit, que celui qui faisait usage de cette faculté devait payer le dédit, alors même que la condition était défaillie (132) : bel exemple du jeu de la force obligatoire en l'absence d'obligations !

44. b) Cette dissociation entre la force obligatoire et les obligations contractuelles se révèle de la même manière à la fin de la vie du contrat. On peut d'emblée remarquer que, s'il est parfois délicat de dire quand le contrat prend effet, il est encore beaucoup plus difficile de situer la fin du contrat. Très fréquemment, alors même qu'un contrat paraît complètement exécuté, il produit encore des effets. Par exemple, un contrat de vente où le prix a été payé et la chose livrée peut encore produire des effets, si la chose vendue ne donne pas satisfaction à l'acheteur et qu'il prétend mettre en oeuvre la garantie des vices cachés. De même un contrat à exécution successive qui a été résilié produit encore des effets en ce que, si on discute de la régularité de la rupture devant un tribunal, on le fera en référence des clauses du contrat (clauses qui définissent au fond les conditions de la résiliation unilatérale, clauses relatives au règlement des litiges). Ainsi on continue d'appliquer le contrat alors même qu'il a pris fin.
45. La distinction proposée fournit un nouveau schéma de lecture de cette variabilité de durée. On peut en effet distinguer selon que la cause d'extinction affecte les obligations nées du contrat ou la force obligatoire. Les obligations nées du contrat peuvent s'éteindre sans que la force obligatoire en soit affectée. Il en va ainsi dans le cas d'exécution des obligations, non seulement dans un contrat à exécution successive (où de nouvelles obligations sont destinées à naître périodiquement), mais aussi dans les contrats dits, bien malencontreusement, « à exécution instantanée ». Alors même que les obligations principales du contrat ont été exécutées, la norme contractuelle demeure, destinée à s'appliquer avec toutes ses clauses, tant que des litiges relatifs aux effets produits par le contrat peuvent se produire. L'exemple de « l'après-vente » est à cet égard caractéristique.
Qu'en est-il sur le terrain de la force obligatoire ? Il faut raisonner ici en termes de norme contractuelle : celle-ci, comme la norme légale, peut être retirée de l'ordonnancement juridique. Mais, comme pour la norme légale, ce retrait peut être ou non rétroactif. Le retrait est rétroactif lorsque le contrat est annulé : dans ce cas, la norme contractuelle est censée n'avoir jamais existé, et en conséquence les obligations qu'elle a fait naître sont également anéanties ; par ailleurs, si un litige survient au sujet du contrat annulé, les stipulations du contrat ne pourront pas servir de référence pour le règlement de ce litige. Il y a ici véritablement disparition de la force obligatoire. Le retrait ne joue que pour l'avenir lorsque le contrat est résilié (ce qui n'a de sens que pour les contrats à exécution successive) ; tout se passe alors comme si la loi contractuelle était abrogée. Elle ne produira plus d'effets pour l'avenir, en ce sens qu'elle ne fera plus naître d'obligations à la charge des parties. Mais, comme une loi abrogée, elle continuera à produire des effets pour le passé : non seulement les obligations nées antérieurement à la charge des contractants ne seront pas effacées, mais, bien évidemment, les stipulations du contrat continueront à servir de référence pour le règlement des litiges qui se rattachent aux relations passées des parties. 46. Tout cela, sans doute, est parfaitement connu et la distinction proposée ne permet que d'en donner une nouvelle présentation. Cette nouvelle présentation peut cependant se révéler particulièrement fructueuse lorsqu'on cherche à analyser le mécanisme de la résolution du contrat. On connaît l'analyse traditionnelle : à la différence de la résiliation, la résolution, comme la nullité, anéantit rétroactivement le contrat (133). Il en résulte que les droits acquis par une partie sur le fondement du contrat sont anéantis rétroactivement (par exemple dans les contrats translatifs de propriété) de même que les obligations que le contrat a fait naître, d'où l'obligation de restituer ce qui a été reçu en exécution du contrat. On remarque cependant que cette rétroactivité n'est pas poussée jusqu'au bout comme elle l'est dans le cas de la nullité. Ainsi, il est généralement admis que si le contrat prévoit (ce qui est très fréquent) qu'en cas de résolution, le contractant auteur de l'inexécution devra payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts, cette clause pénale s'applique malgré la résolution du contrat (134). On ne peut, pour expliquer la solution, se contenter de dire que la clause a été stipulée précisément pour le cas de résolution, et qu'il serait absurde de la priver d'effet dans ce cas. Cette explication ne permet pas vraiment de comprendre que la clause survive à la disparition rétroactive du contrat anéanti. On pourrait être tenté de chercher l'explication dans l'idée que la clause pénale est une convention à part entière, autonome par rapport au contrat, mais cette explication, inspirée des solutions relatives à la clause compromissoire (135), paraît bien artificielle pour une clause qui forme aussi évidemment un tout avec les clauses définissant les obligations des parties et la sanction de leur inexécution (136). Du reste, même en l'absence de clause pénale, lorsque le contrat est résolu, il n'est pas contesté que la responsabilité encourue par le contractant auteur de l'inexécution est une responsabilité contractuelle (137) : comment expliquer cela si le contrat est anéanti rétroactivement ?
47. L'analyse proposée permet aisément de comprendre ces apparents paradoxes. Si on admet que le contrat est générateur d'une norme qui prévoit la naissance d'obligations et/ou le transfert de droits, on

peut très bien admettre que la résolution n'affecte que les effets de droit stipulés par la norme (ou certains d'entre eux) sans remettre en cause cette norme elle-même, qui demeurera comme référence pour régler les litiges se rapportant au contrat résolu. Cette analyse s'impose, à notre avis, dans le cas où la résolution du contrat est prévue par avance par une condition résolutoire (que ce soit une condition liée à un événement extérieur ou une clause résolutoire expresse qui dispense de demander la résolution au juge en cas d'inexécution). Cette condition résolutoire opère, de manière inversée, exactement comme la condition suspensive précédemment étudiée. Posée par la norme contractuelle elle-même, elle ne peut aboutir à anéantir cette norme, dont elle tire son efficacité juridique. Elle ne prévoit que l'anéantissement des obligations prévues par le contrat (et éventuellement du transfert de droit par lui opéré). Mais l'analyse vaut aussi pour la résolution légale pour inexécution. Sans même s'arrêter au rattachement (très artificiel) opéré par l'article 1184 du code civil à une condition résolutoire implicite, et en posant que dans ce cas la résolution résulte d'une disposition de la loi, on ne voit pas pourquoi la loi prévoirait un anéantissement complet de la norme contractuelle, que l'on suppose édictée de manière parfaitement valable. Il s'agit seulement de sanctionner le contractant auteur de l'inexécution en le privant des bénéfices qu'il a reçus du contrat ; il n'est nullement nécessaire, ni rationnel, pour le reste, d'anéantir le contrat lui-même. La norme contractuelle subsiste : même si elle ne produit plus d'effets pour l'avenir (aucune obligation ne naîtra à l'avenir du contrat) et même si la plupart des effets qu'elle a fait naître dans le passé sont effacés, elle continue de servir de référence pour le règlement de tous les litiges se rattachant à la relation passée des parties. Aussi bien peut-on admettre sans difficulté que, contrairement à ce qui se passe en cas de nullité du contrat (où, on l'a vu, c'est la norme contractuelle elle-même qui est anéantie) (138), toutes les clauses du contrat autres que celles qui sont directement relatives aux droits et obligations effacés continuent de s'appliquer (139). Le contrat résolu continue ainsi d'avoir force obligatoire pour régler les effets de la résolution.

B. - Force obligatoire et contenu obligationnel dans les rapports avec les tiers

48. C'est dans les relations avec les tiers au contrat que la distinction ici proposée se manifeste de la manière la plus évidente. D'une part, elle se traduit de manière éclatante à travers la distinction aujourd'hui bien admise entre l'effet relatif du contrat et son opposabilité aux tiers (1). D'autre part, elle permet une approche nouvelle des mécanismes de transmission et d'extension aux tiers des effets du contrat (2).

1. Création du rapport d'obligation pour les parties et opposabilité de la norme contractuelle aux tiers

49. Il est aujourd'hui bien admis, dans la doctrine française, que la formule de l'article 1165 du code civil, selon laquelle les contrats « ne nuisent point au tiers » et en principe « ne lui profitent « pas, ne doit pas être prise à la lettre. S'il est vrai que le contrat ne fait naître d'obligations que pour les parties, et ne rend les tiers ni débiteurs, ni (hors le cas de la stipulation pour autrui) créanciers, il est en revanche opposable aux tiers et par les tiers. Les tiers ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé, ils sont tenus de respecter les droits et les obligations qui en résultent. D'un autre côté, ils peuvent se prévaloir de la modification de la situation juridique opérée par l'accord contractuel. Systématisée dans la thèse de Weill en 1938 (140), cette distinction entre l'opposabilité du contrat aux tiers (et par les tiers) et l'effet relatif est aujourd'hui unanimement admise en doctrine (141), et la Cour de cassation l'a consacrée explicitement à plusieurs reprises (142). Cependant, les auteurs se séparent quant au fondement de l'opposabilité du contrat. Des explications sont recherchées dans deux directions différentes, qui ne nous paraissent ni l'une ni l'autre très satisfaisantes.

50. Certains auteurs cherchent à ramener l'opposabilité du contrat à celle des droits que le contrat fait naître ou transfère. L'explication est communément avancée à propos des contrats translatifs de droits réels : si l'acheteur peut opposer aux tiers que la chose vendue est désormais sa propriété (sous réserve, pour certaines choses et à l'égard de certains tiers, d'avoir respecté les formalités de publicité imposées par la loi) c'est tout simplement, explique-t-on parfois, parce que les droits réels sont opposables à tous. Et l'explication peut être étendue aux contrats générateurs de droits personnels, si on admet que les droits personnels, eux aussi, sont opposables à tous en dépit de la relativité du lien entre le créancier et le débiteur (143). Cette explication n'en est pas vraiment une. C'est une chose que d'admettre que les droits subjectifs, dans l'absolu, sont dotés de la faculté d'être opposés aux tiers. C'est autre chose que d'admettre que, dans telle circonstance, telle personne oppose son droit aux tiers ; cette opposabilité concrète ne peut alors être que celle de la raison juridique qui fait que c'est elle, et non quelqu'un d'autre, qui est titulaire du droit. Comme le remarquent certains auteurs, l'opposabilité du droit ne fait que masquer ici l'opposabilité du contrat (144). Lorsqu'une personne, qui a reçu un bien par héritage,

oppose son droit de propriété aux tiers, l'opposabilité du droit n'est que la conséquence de l'opposabilité des règles légales sur les successions dont l'application a rendu cette personne (et non son frère, ni le conjoint du défunt...) propriétaire du bien. De même, si j'oppose aux tiers ma propriété sur un bien que j'ai acheté, c'est bien le contrat translatif que je fais valoir à leur encontre (145). On est ramené au point de départ. Du reste, les auteurs qui partent de l'opposabilité des droits et des obligations sont très vite ramenés à se placer sur le terrain de l'opposabilité des actes et des contrats qui les font naître ou qui les transmettent(146).

51. Une deuxième explication de l'opposabilité, particulièrement répandue dans la doctrine française, part bien de cette idée que c'est le contrat qu'on oppose (et non directement le droit) mais, pour éviter de se mettre en porte à faux avec le principe de l'effet relatif, elle met en avant l'idée que le contrat, acte juridique dans les rapports entre les parties, est aussi un fait social qui s'impose à tous, et que les tiers ne peuvent méconnaître. « L'opposabilité du contrat, écrit ainsi M. Goutal, procède de l'idée qu'il est un fait social, qu'il a créé une situation qu'aucun membre de la société n'est fondé à méconnaître - ni les tiers ni les parties » (147). L'auteur ne fait que reprendre ici une formule maintes fois affirmée dans la doctrine antérieure (148), et dont on retrouve aujourd'hui l'écho dans la plupart des manuels et traités de droit des obligations (149). Et cette idée a été reprise par la Cour de cassation elle-même : ainsi, en 1972, la Cour affirmait que « si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent considérer comme créant une situation de fait à l'égard des tiers les stipulations du contrat »(150). Une formule plus nette encore se trouve dans un arrêt de 1991, pour justifier cette fois l'opposabilité du contrat par un tiers : « s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit comme un fait juridique la situation créée par le contrat » (151). 52. Or cette idée du contrat comme fait juridique à l'égard des tiers nous paraît extrêmement critiquable, car elle nie la différence substantielle entre les actes et les faits juridiques, qui a été magistralement mise en lumière par M. Amselek dans le prolongement de la conception d'Eisenmann : à la différence du contrat, qui pose des règles, un fait juridique n'est pas en soi créateur de nouvelles normes, ils ne fait que déclencher l'application à une situation particulière d'une norme préexistante(152). Pour reprendre l'exemple précédent du transfert de propriété, cette théorie du contrat - fait juridique aboutit à mettre sur le même plan, du point de vue de l'opposabilité aux tiers, un contrat translatif de propriété (qui transfère le droit sur le bien vendu à l'acheteur) et le décès d'une personne (qui transmet la propriété de ses biens à ses héritiers). Or le juge qui, statuant sur une contestation relative aux droits d'un héritier, déclare que c'est bien lui et non un autre qui est propriétaire des biens du défunt, ne fait qu'appliquer la loi relative aux successions (153), et, comme nous l'avons vu précédemment, c'est de l'opposabilité de cette loi que découle l'opposabilité aux tiers du droit de propriété de l'héritier. En revanche, un contrat de vente, acte juridique, n'est pas un simple événement déclencheur de l'application de la loi sur la vente ; celle-ci, sans doute, dit que l'acheteur devient propriétaire du bien vendu, mais il appartient aux parties de déterminer le moment, l'étendue, les modalités de ce transfert de propriété. Dès lors, l'opposabilité aux tiers de ces stipulations ne saurait être ramenée à l'opposabilité d'un simple fait juridique qui n'est que l'opposabilité de la norme préexistante relative à ce fait.

53. En réalité, comme l'expliquent fort bien MM Ghestin, Billiau et Jamin « l'introduction d'une distinction entre le contrat considéré comme un acte juridique ou comme un simple fait est superfétatoire. Elle n'ajoute rien même s'il semble qu'elle ait permis de découvrir la distinction... Il semble plus juste de dire que le contrat considéré en lui-même, au sens technique du terme - accord de volontés destiné à produire des effets de droit - qui est opposable aux tiers » (154). A un autre passage de leur ouvrage, les mêmes auteurs écrivent plus nettement encore que « l'opposabilité n'exprime qu'un aspect de la force obligatoire du contrat » (155). Pour notre part, nous n'hésiterions pas à aller encore plus loin et à écrire que le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. L'affirmation n'apparaît incongrue qu'en raison de la confusion habituellement faite entre la force obligatoire du contrat et son contenu (la création d'obligations, le transfert de droits, etc.). Il est entendu que le contenu de la norme contractuelle ne concerne directement que les parties elles-mêmes, et que, d'une manière générale, le droit n'habilite les contractants privés qu'à poser des normes qui créent des droits et des obligations pour eux-mêmes. Cela vaut au premier chef pour le contenu obligationnel : la norme contractuelle ne rend en principe créancier ou débiteur que les contractants (156). Mais cela vaut aussi pour les autres effets prévus par le contrat : une vente ne rend propriétaire

que l'acheteur, une clause attributive de compétence ne rend compétent le tribunal désigné qu'à l'égard des parties. Mais ces normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde. La norme qui dit, qui « statue » que tel contractant devient débiteur, que telle personne devient propriétaire, que tel tribunal est compétent pour régler les litiges entre tels contractants... cette norme s'impose à tout le monde, et tout sujet de droit est tenu de la respecter. En d'autres termes si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatoriété, elle, est nécessairement générale.

2. Transfert du rapport d'obligation et modification des personnes tenues par la norme contractuelle

54. Cette même dissociation entre l'obligationnel et l'obligatoire nous paraît enfin particulièrement utile pour rendre compte des mécanismes complexes qui aboutissent à déplacer (157) sur un tiers en cours d'exécution tout ou partie des effets du contrat. Il existe en effet, à notre avis, une différence irréductible entre les mécanismes qui touchent les obligations nées du contrat, et ceux qui se situent au plan du contrat lui-même, c'est-à-dire de la norme contractuelle.

55. Les mécanismes juridiques qui touchent les obligations elles-mêmes ne présentent pas grand mystère par rapport à l'opération contractuelle telle qu'on la décrit habituellement. Le contrat fait naître des rapports d'obligation, et les obligations nées du contrat (comme celles ayant une autre source) peuvent être l'objet elles-mêmes de diverses opérations. Il peut d'abord y avoir remplacement, dans le cadre d'un mécanisme extinctif de droits, d'une obligation contractuelle par une autre obligation reliant le débiteur à un autre créancier - c'est la novation par changement de créancier - ou le créancier à un autre débiteur - c'est la novation par changement de débiteur (à laquelle il faut assimiler la délégation lorsqu'elle est novatoire). Surtout, les obligations nées du contrat peuvent être transmises à un tiers, au moins dans leur aspect actif (158) : c'est ce qui se produit dans la cession de créance ou dans la subrogation personnelle. Ces différents mécanismes, qui peuvent d'ailleurs aussi bien avoir pour objet des obligations non contractuelles, n'affectent en aucune manière le contrat lui-même, qui reste inchangé, pour tout ce qui ne concerne pas l'obligation transmise, dans les rapports entre le créancier originaire et son débiteur. Un vendeur qui cède à un banquier sa créance de prix n'en reste pas moins le vendeur à l'égard de son acheteur : c'est lui, et non le banquier cessionnaire, qui va rester tenu de la garantie contre l'éviction et contre les vices cachés ; c'est lui et non le banquier, qui supportera les risques s'il ne livre pas la chose après avoir été mis en demeure de le faire...

Il est vrai qu'à l'inverse ces mécanismes peuvent se trouver affectés par le contrat qui a fait naître la créance sur laquelle ils portent. On sait que, dans les mécanismes translatifs de droit comme la cession de créance et la subrogation, le débiteur de la créance transmise peut opposer au nouveau créancier toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à son créancier originaire, et que, en contrepartie, le nouveau créancier (cessionnaire ou subrogé) bénéficie de tous les accessoires de la créance. D'une manière plus générale, lorsque la créance transmise est contractuelle, on peut dire qu'elle est transmise telle que le contrat l'avait modelée, configurée. C'est pourquoi, sans même qu'il soit besoin de passer par la notion très ambiguë d'accessoire, le cessionnaire ou le subrogé pourront se voir appliquer toutes les clauses contenues dans le contrat générateur de la créance, de même qu'ils pourront en demander l'application à leur profit : c'est ainsi que la Cour de cassation vient de juger qu'un banquier cessionnaire d'une créance née d'un contrat international était soumis à la clause compromissoire stipulée dans ce contrat (159). Mais ces solutions ne sont pas de nature à condamner, comme l'ont cru certains auteurs (160), la distinction proposée entre le contrat et l'obligation : elles montrent, sans doute, qu'on ne peut pas penser une obligation indépendamment de sa source, parce que c'est cette source (la loi ou le contrat) qui contribue à en façonner les contours ; elles n'excluent nullement, à l'inverse, qu'on puisse penser la source - la norme contractuelle - indépendamment des obligations qu'elle fait naître.

56. On le voit bien si on considère maintenant la cession de contrat, qui est sans doute un des mécanismes dont on a le plus de mal à rendre compte dans l'approche traditionnelle du contrat, et qui suscite le plus de controverses. Longtemps présentée comme une opération dualiste, résultant de l'addition d'une cession de créance et d'une reprise de dette, la cession de contrat est aujourd'hui, à la suite des travaux de M. Aynès, comme un mécanisme autonome consistant en « un transfert unitaire et intégral de la qualité de contractant, laquelle est un ensemble complexe de droits et d'obligations » (161). Bien qu'elle ait convaincu la grande majorité de la doctrine (162), cette analyse ne nous semble pas complètement satisfaisante, du moins en ce qu'elle continue à raisonner en termes de transfert.

Si on raisonne sur l'exemple d'un contrat successif - domaine d'application privilégié de la cession de contrat - on voit bien que l'opération n'est pas translative, ni de droits, ni d'obligations. Les créances et les dettes nées au profit ou à la charge du cédant pendant la période antérieure à la cession restent en principe sur sa tête, le cessionnaire n'en devient ni créancier ni débiteur ; il peut bien sûr en aller autrement, par l'effet d'une clause de garantie conventionnelle, ou d'une obligation légale de garantie (par exemple dans la cession judiciaire des contrats dans le cadre d'une procédure collective), mais cette reprise des dettes n'est pas de l'essence de l'opération. A l'inverse, le cessionnaire va devenir directement, pour l'avenir, créancier et débiteur en vertu du contrat sans que ces obligations soient nées à aucun moment auparavant sur la tête du cédant - sauf, là encore, la garantie assurée par celui-ci.
Contrairement à M. Aynès, qui part du postulat contraire, il nous semble que le seul moyen d'expliquer le mécanisme de la cession de contrat est de dissocier la source (la norme dotée de force obligatoire) et le contenu (les obligations nées du contrat). Ce qui caractérise la cession de contrat c'est, précisément, qu'elle n'affecte pas directement les obligations nées du contrat, mais qu'elle touche, en quelque sorte plus profondément, à la norme contractuelle elle-même, le changement de débiteur et de créancier des obligations n'étant qu'une des conséquences possibles de cette modification de la norme. 57. Lorsqu'on dit de deux personnes qu'elles sont parties à un contrat, cela a une double signification : cela signifie d'une part qu'elles sont auteurs de la norme qui les lie, et d'autre part qu'elles sont sujets du ou des rapports de droit que cette norme met en place. Que la partie Primus devienne créancière et/ou débitrice de la partie Secundus est donc un élément du contenu de la norme contractuelle résultant de leur accord. Et, lorsqu'il y a cession de contrat, c'est précisément cet élément qui va se trouver modifié, soit par l'effet d'un accord avec le tiers substitué, soit par l'effet de la loi, soit par l'effet d'une décision judiciaire. Le même contrat va se poursuivre, avec toutes ses stipulations, mais au lieu que les sujets désignés des rapports d'obligation soient Primus et Secundus, ce seront Secundus (le « cédé ») et Tertius (le « cédant »). L'explication proposée rend bien compte des conditions posées par la jurisprudence récente pour la validité de la cession conventionnelle : dans tous les cas il faut le consentement du contractant cédé, même si le contrat n'est pas marqué par l'intuitu personae (163) : on ne conçoit pas en effet que l'un des contractants modifie le contenu de la norme contractuelle sans l'accord de l'autre (164). Elle permet également de comprendre les effets si particuliers de la cession de contrat. Dans les contrats à exécution successive, où les obligations naissent au fur et à mesure de l'exécution (165), le contrat, qui avait généré avant la cession des obligations entre Primus et Secundus, va désormais en faire naître entre Secundus et Tertius, sans que ne se produise aucune transmission d'obligations. Il en ira différemment, bien sûr, si le contrat cédé est un contrat à exécution instantanée qui a fait naître dès sa formation des obligations à la charge des parties : ainsi en cas de reprise de prêt, le changement de la personne de l'emprunteur va se traduire par la mise à la charge du nouvel emprunteur de l'obligation initialement assumée par le premier ; tout va se passer comme s'il y avait eu transfert de dette. On peut enfin envisager une cession d'un contrat produisant des effets « non obligationnels » : ainsi, même si ce n'est pas la position actuelle de la Cour de cassation, il serait rationnel d'analyser l'exercice de la faculté de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente comme une cession de contrat (166). L'effet est de placer le substitué exactement dans la même situation que le bénéficiaire initial : la norme contractuelle disant désormais que le contrat définitif sera formé si le substitué (et non plus le bénéficiaire) lève l'option.
***
58. Même si elle s'appuie sur une hypothèse théorique (l'acte juridique créateur de normes), l'analyse proposée n'est pour l'instant, nous en avons pleinement conscience, qu'une construction doctrinale qui ne saurait être jugée en termes de vérité ou d'erreur absolue. Nous sommes trop conscient de la relativité des règles et des solutions pour poser qu'il existe une « vraie nature du contrat » où se manifesterait toujours, par essence, la distinction entre la force obligatoire et l'obligation. A ce stade de notre réflexion, nous prétendons simplement donner une présentation du droit français des contrats plus cohérente que celle qui ramène les effets de l'accord de volontés à un jeu de droits et d'obligations entre les parties. L'analyse pourrait sans doute être poursuivie et approfondie. Sur de nombreux points, nous avons dû nous contenter d'un survol, et un examen plus détaillé serait nécessaire. On pourrait ensuite se demander si la distinction proposée doit être cantonnée aux contrats et conventions, ou si elle peut être étendue aux actes juridiques unilatéraux, ce qui amènerait à reprendre le débat sur l'engagement unilatéral de volonté. Il serait, enfin, intéressant de rechercher si l'analyse ici exposée peut

rencontrer quelques échos en droit comparé. Ce n'est qu'alors qu'on pourrait mesurer les implications exactes de la distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat.

- **G. Paisant, A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du « rapport direct », JCP G, 2003, I, 121.**

L'absence de définition du consommateur dans le Code de la consommation alimente le contentieux et les controverses doctrinales. L'une des questions récurrentes est celle de savoir si un professionnel contractant avec un autre professionnel peut, dans certaines circonstances, être protégé en tant que consommateur. Depuis 1995, la Cour de cassation répond en écartant de la protection celui qui conclut un contrat présentant un "rapport direct" avec l'exercice de son activité professionnelle et en abandonnant aux juges du fond l'appréciation souveraine de l'existence ou non de ce rapport. Il en résulte des décisions contradictoires et une grande insécurité juridique qui conduisent à proposer la mise en oeuvre de critères plus clairs et un contrôle de la Cour de cassation dans le souci de l'unité du droit.
1.
1. - 1 - Depuis plusieurs années maintenant, en l'absence d'une définition légale, on s'interroge sur la notion de consommateur Note 1. La question est d'importance car elle commande pour une large part le domaine d'application des dispositions du Code de la consommation. Les enjeux sont bien connus Note 2 : plus la définition retenue sera étroite, plus le caractère protecteur de ces dispositions sortira renforcé, de même que le caractère d'exception du droit de la consommation ; plus, au contraire, la définition sera large, moins le caractère protecteur de ce droit sera mis en valeur, ceux s'en trouvant exclus apparaissant alors soumis à un statut spécial, comme par inversion du principe et de l'exception. Ce choix n'est pas si facile à réaliser car, si l'on veut bien reconnaître que le droit de la consommation est un droit de protection du présumé faible - le consommateur - contre le présumé fort - le professionnel -, on peut être tenté, par souci d'équité, d'en généraliser l'application dans les relations de faibles à forts, que la supériorité exprimée soit d'ordre technique, intellectuelle ou psychologique, juridique ou économique Note 3.
2. - 2 - En réalité, ce débat n'atteint pas de la même manière tous les secteurs du droit de la consommation.
3. - Il n'a, par exemple, pas lieu d'être dans le domaine de la santé et de la sécurité des consommateurs. En l'occurrence, on a en effet du mal à concevoir que toute personne physique ne soit pas considérée comme le consommateur protégé, et ce, quand bien même elle aurait agi à titre professionnel. Comment imaginer que certaines personnes aient plus de droits que d'autres à la préservation de leur intégrité corporelle ? D'ailleurs, l'article L. 221-1 expose dans les termes les plus généraux que "les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes" Note 4.
4. - Le domaine privilégié de la discussion est celui de la protection des intérêts économiques du consommateur, à l'occasion de la conclusion d'un contrat.
5. - Nombreuses, dans le Code de la consommation, sont les dispositions relatives à cet aspect de la protection des consommateurs. On en connaît la raison d'être : le droit commun du Code civil a paru inadapté à l'époque de la généralisation de la pratique des contrats d'adhésion, prérédigés à l'avantage des professionnels, pour assurer, dans les relations avec les consommateurs, un minimum de justice contractuelle. La législation consumériste qui s'est développée en France dans ce secteur depuis 1972 a ainsi cherché à établir un équilibre dans les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs, que ce soit au moment de la conclusion du contrat, pour la détermination de son contenu ou les modalités de son exécution.
6. - Élaborés au coup par coup avant d'être regroupés à partir de 1993 dans le Code de la consommation, ces textes laissent le plus souvent dans l'ombre leur domaine d'application ratione personae en se bornant à citer le "consommateur" sans autre précision Note 5. Et, quand la loi se montre plus explicite, elle procède seulement de manière négative, par voie d'exclusions, que celles-ci soient relatives aux personnes morales, dans leur globalité Note 6 ou selon leur nature Note 7, ou encore aux opérations effectuées à titre professionnel. 7. - 3 - Précisément, une question alimente

régulièrement le contentieux : un professionnel contractant avec un autre professionnel peut-il se prévaloir des dispositions législatives protectrices des consommateurs ? Bien que récurrente, cette question n'en paraît pas moins quelque peu étrange a priori : le droit contractuel de la consommation, qui cherche à rééquilibrer les rapports entre professionnels et consommateurs, n'est-il pas étranger aux relations entre professionnels, ces dernières, comme celles entre consommateurs, restant régies par le droit commun ? La pratique montre pourtant que des contrats inégalitaires sont également conclus entre professionnels, l'un étant en situation d'imposer sa loi à l'autre, le plus souvent pour des raisons économiques ou techniques. Dans ces conditions, spécialement quand le contrat est conclu en dehors de la spécialité professionnelle de l'intéressé ou dans des conditions telles que le déséquilibre est patent entre les droits et obligations respectifs des parties, on comprend que la partie faible, encouragée par le flou des dispositions du Code de la consommation, soit tentée de s'y référer pour obtenir satisfaction.
8. - 4 - Ce contentieux concerne plus particulièrement, actuellement, la législation sur le démarchage à domicile et celle sur les clauses abusives ; dans une moindre mesure, celle aussi sur le crédit à la consommation. Dans le premier et le dernier cas, l'enjeu du litige est, ordinairement, la possibilité d'exercer le droit de repentir pour se dégager d'un contrat qui, après réflexion, se révèle particulièrement désavantageux. Dans le deuxième cas, il s'agit d'éviter l'application d'une clause qui restreint abusivement les obligations de la partie forte ou aggrave de manière disproportionnée celles de la partie faible.
9. - De 1987 à 1993, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait, en matière de clauses abusives et dans le silence de la loi, utilisé le critère de la compétence professionnelle pour protéger celui qui avait contracté en dehors de sa spécialité et qui, de ce fait, "était dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur" Note 9. En 1992, elle étendait cette jurisprudence au démarchage à domicile et au crédit mobilier à la consommation Note 10 pour l'application de textes excluant de leur champ d'application les opérations conclues pour les besoins d'une activité professionnelle Note 11.
10. - La première fois dans un arrêt du 24 janvier 1995 Note 12, et régulièrement depuis 1996 Note 13, la même première chambre civile recourt désormais au critère du "rapport direct" pour refuser de soumettre à la loi sur les clauses abusives les contrats "qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant". La Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est rangée à cette jurisprudence Note 14, inspirée à l'évidence de l'article L. 121-22 du Code de la consommation qui, sur le démarchage à domicile, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 31 décembre 1989, exclut de son champ d'application les contrats qui "ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une... profession".
11. - Cette jurisprudence unitaire est complétée par cette précision d'importance que, dans les deux cas Note 15, les juges du fond apprécient souverainement l'existence ou l'absence de ce rapport direct.
12. - 5 - Les apparences sont donc celles d'une question parfaitement réglée. Mais la réalité est bien différente : les décisions rendues par les juridictions du fond, très souvent contradictoires, ne permettent pas de se faire une idée claire du consommateur protégé par la loi. Il faut se rendre aux évidences : en pratique, ce critère du rapport direct est source de confusion et d'insécurité juridique (1). C'est pourquoi un effort de clarification aujourd'hui s'impose (2).
2. 1 - Le critère du "rapport direct" : une source de confusion
13. -
14. - 6 - Quand le législateur de 1989 a substitué, pour l'exclusion du domaine d'application de la loi sur le démarchage à domicile, les contrats présentant "un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre... d'une profession "aux opérations proposées" pour les besoins d'une activité professionnelle", il ambitionnait de rendre la loi "beaucoup plus précise" Note 16.
Il n'est toutefois pas certain que ce choix ait été le plus opportun. La définition même de ce rapport direct est incertaine. Convient-il de se livrer à une appréciation in concreto ou in abstracto ? Si l'on retient la première formule, le seul fait que le contrat ait été conclu par un professionnel lors de l'exercice de son activité suffira, dans tous les cas, à caractériser l'existence de ce rapport direct et donc à fermer la porte du Code de la consommation à tous les professionnels. Au contraire, dans la seconde proposition, on devrait se poser la question de savoir si tout autre professionnel de la même spécialité est conduit, dans l'exercice normal de son activité, à conclure des contrats du même type ; ce qui risque de provoquer bien des divergences d'appréciation. Dans tous les cas, où passe la frontière entre le rapport direct et celui qui ne l'est plus ?

La Cour de cassation, en choisissant de ne pas définir le rapport direct, n'a pas formellement pris parti sur ces points. Elle a néanmoins précisé que l'appréciation de ce rapport devait être dissociée du point de savoir si le contrat avait été conclu en dehors de la sphère habituelle de compétence du professionnel en cause qui, dès lors, aurait contracté dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur Note 17. Les critères du rapport direct et de la compétence professionnelle sont distincts. Seul le premier est actuellement pris en compte par la Cour de cassation. Le rapport direct avec l'objet du contrat a aussi parfois été établi Note 18.

7 - Il n'empêche que la pratique des juridictions du fond est nettement moins tranchée. C'est le règne de la diversité dans lequel fleurissent les décisions contradictoires. Les exemples foisonnent. Il suffira pour s'en convaincre de deux illustrations dans des secteurs qui recouvrent aujourd'hui l'essentiel du contentieux, à savoir les contrats conclus pour la surveillance des locaux professionnels et ceux relatifs à l'acquisition, la location ou la maintenance de matériels d'équipement.

8 - Dans le premier cas, plusieurs décisions ont considéré que le contrat conclu présentait un rapport direct avec l'activité professionnelle commerciale ou libérale exercée. Parfois, le simple fait que le matériel acheté ou livré soit destiné à la surveillance de locaux à caractère professionnel, avec les marchandises ou matériels qu'ils renferment, a suffi à convaincre les juges de l'existence de ce rapport direct Note 19. Parfois, ce dernier a été caractérisé par le constat que l'opération a été réalisée pour les besoins de la profession Note 20.

Mais, en sens contraire, l'absence de rapport direct repose sur le fait que ce contrat ne relève pas de la spécialité professionnelle de l'intéressé Note 21 ou n'est susceptible de faciliter l'activité de ce dernier que de manière indirecte Note 22. Une décision se range même à cette solution tout en retenant que l'opération a été passée pour les besoins du commerce Note 23.

Ainsi, selon les juridictions, on voit que, pour l'installation d'un système d'alarme ou de surveillance, un fleuriste Note 24, un hôtelier Note 25, un commerçant pratiquant la restauration rapide Note 26, un artisan boucher Note 27 ou un viticulteur Note 28 ont pu être traités en consommateurs et inversement, pour un loueur de matériel de sports d'hiver Note 29, un masseur kinésithérapeute Note 30, un blanchisseur Note 31 ou un boulanger Note 32. Et, toujours pour la protection de ses locaux, tandis qu'un médecin est considéré comme un professionnel à Rennes Note 33, il est reconnu consommateur à Grenoble Note 34...

9 - Les fournitures de matériels d'équipement professionnel constituent un autre domaine d'élection privilégié de ce désordre jurisprudentiel.

Par exemple, le fleuriste qui se procure un lecteur de chèques, consommateur à Chambéry Note 35, est professionnel à Montpellier Note 36. Plus largement, la location ou l'achat d'un tel matériel par des commerçants sera considéré par certaines juridictions comme étant en rapport direct avec l'activité exercée Note 37 parce que les paiements s'en trouveront facilités, mais pas pour d'autres qui privilégieront le fait que l'intéressé ne disposait pas des compétences nécessaires pour apprécier l'intérêt d'une telle opération Note 38.

Se procurer logiciels ou matériels informatiques pour la gestion d'un cabinet peut être aussi - à plus d'un titre - une entreprise déconcertante pour nombre de professionnels libéraux. C'est en effet l'acte d'un consommateur pour un masseur kinésithérapeute à Toulouse Note 39, sans d'ailleurs que la Cour de cassation y trouve à redire Note 40, mais, à Versailles Note 41, le chirurgien-dentiste qui fera de même sera traité en professionnel. Mieux, à Grenoble, la location d'un ordinateur présente un caractère professionnel pour la personne exerçant une activité de conseil juridique Note 42 tandis que l'avocat qui loue un téléfax ainsi qu'un photocopieur sera traité en consommateur au motif que ce matériel n'a pas de rapport direct avec l'activité juridique et judiciaire Note 43...

Comment aussi ne pas être surpris par le fait que le tenancier d'un bar qui est démarché à Toulouse Note 44 ou à Rennes Note 45 pour l'installation et la maintenance d'un appareil de téléphonie à pièces dans son établissement soit, en vertu du même critère du rapport direct, écarté du bénéfice de la loi consumériste contrairement à l'exploitant d'une pizzeria en Ardèche Note 46 ?

10 - Le domaine d'investigation peut être élargi avec des résultats tout aussi déconcertants. Est-il, par exemple, cohérent, toujours au nom du rapport direct, de considérer comme un consommateur un commerçant qui contracte avec la Poste pour la diffusion de documents publicitaires Note 47 dans le temps où l'artisan qui passe un ordre de publicité pour son entreprise se voit refuser l'accès au Code de la consommation Note 48 ? Et que dire du commerçant qui, consommateur pour la fourniture de la

vitrine de son magasin Note 49 ou l'installation de volets roulants Note 50, est professionnel quand il se procure le matériel téléphonique de son entreprise Note 51 ?
11 - En synthétisant, il apparaît que cette jurisprudence sur le rapport direct se partage en deux grands courants, chacun d'eux connaissant une variante.
Nombre de juridictions, tout d'abord, considèrent que le contrat est sans rapport direct avec l'activité professionnelle exercée dès lors que l'intéressé a agi en dehors de son domaine de compétence. Dans cette vue, le professionnel considéré comme un consommateur est un profane au regard de l'objet du contrat conclu. Ce courant apparaît en opposition par rapport à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Mais il conviendra d'analyser les cassations pour déterminer si celles-ci sont réservées aux décisions qui se réfèrent à ce critère de compétence professionnelle sans faire état du rapport direct ou si elles atteignent aussi celles qui interprètent ce dernier critère dans le sens d'un renvoi au problème de compétence. Somme toute, si le rapport direct relève de l'interprétation souveraine des juges du fond, peut-on leur reprocher de considérer que ce rapport existe ou n'existe pas en fonction de la compétence ou de l'inexpérience du professionnel concerné ?
Dans une variante de ce premier courant, parce que la question de compétence n'est pas expressément évoquée dans les arrêts, l'absence de rapport direct tient seulement au fait que la prestation contractuelle est étrangère à la nature de l'activité exercée. En ce sens, la télésurveillance est sans rapport avec l'activité d'hôtellerie et de restaurant. La question de la compétence n'est donc ici qu'implicite.
La conséquence de telles interprétations est évidemment d'ouvrir assez largement la notion de consommateur aux professionnels.
Le second courant est, à l'inverse, restrictif. Ainsi, l'existence du rapport direct va dépendre de la finalité dans laquelle le contrat a été conclu. Ce rapport tient aux motivations commerciales qui ont conduit le professionnel à contracter. Celui-ci attend un avantage quelconque du contrat qu'il a conclu dans l'exercice de la profession, dans l'intérêt de son entreprise Dans cet ordre d'idées, certaines décisions paraissent encore plus restrictives en ce sens qu'elles relient le concept de rapport direct au seul fait que l'intéressé a contracté en qualité de professionnel.
12 - Ces divergences d'interprétation sont évidemment source d'insécurité juridique dans les rapports contractuels. Quel praticien du droit est aujourd'hui en mesure de donner une information précise à son client sur le point de savoir si la protection du Code de la consommation lui est ou non accessible ? La question est d'autant plus délicate qu'au sein d'une même cour d'appel la jurisprudence peut varier Note 52.
Comment, dans ces conditions, se satisfaire de l'actuelle jurisprudence de la Cour de cassation ?
Sans doute, celle-ci, en abandonnant le critère du rapport direct à l'appréciation souveraine des juges du fait, entend-elle se prémunir contre une éventuelle inflation de pourvois en la matière. Mais peut-on vraiment considérer comme une question de fait la définition du consommateur ? En toute hypothèse, un besoin de certitude commande la recherche d'une autre solution.
3. 2 - La recherche d'un autre critère : une nécessaire clarification
15. -
16. - 13 - Dans l'esprit de clarification Note 53 qui a présidé à la promulgation du Code de la consommation en 1993, et au-delà de la variété des textes et de leurs différences de rédaction, il nous paraît souhaitable de retenir, pour la protection de ses intérêts économiques, une définition unique du consommateur contractant.
Commandant le champ d'application d'une partie importante du Code de la consommation, cette définition réclame une unité de jurisprudence pour éviter ce que le Doyen Marty appelait le "scandale des décisions contradictoires" et que les justiciables ne soient jugés différemment selon les lieux, au mépris de "l'égalité et de la certitude du droit" Note 54. Empruntant à nouveau à cet éminent auteur, on ajoutera que la Cour de cassation doit "prendre parti toutes les fois que, par suite du caractère de la décision objet du pourvoi, son arrêt peut avoir une portée générale et servir de guide pour la solution des difficultés à venir" Note 55.
Sans doute, devant les lacunes ou imprécisions de la loi, la Cour de cassation a-t-elle opté en faveur du critère du "rapport direct". Mais dans la mesure où ce choix produit des résultats contraires à l'unité du droit recherchée, une nouvelle intervention, qui serait cette fois-ci effectivement régulatrice, apparaît désormais indispensable. Elle aura d'autant plus de chance de se produire que la solution proposée tiendra compte du légitime souci de ne pas voir se développer les pourvois en ce domaine.

14 - La question a déjà été tellement débattue qu'il serait présomptueux de songer à proposer un critère de définition à la fois idoine et entièrement nouveau.
Plus prosaïquement, notre méthode consistera à passer au crible de l'analyse critique les critères habituellement retenus, dans des sens divers, par les juridictions du fond pour la détermination de la solution concrètement et juridiquement la plus appropriée.
15 - Revenons tout d'abord au courant qui veut que soit consommateur le professionnel qui contracte en dehors de son domaine de compétence.
Ce critère, naguère retenu par la Cour de cassation Note 56, n'est pas sans rappeler la jurisprudence actuelle qui invalide les clauses qui réduisent ou suppriment la garantie du vendeur professionnel quand son acheteur n'est pas de la même spécialité que lui Note 57. Il paraît aussi en harmonie avec l'esprit des textes qui imposent aux professionnels une obligation d'information au profit du consommateur et qui font présumer l'ignorance et l'absence de compétence de celui-ci. Le droit de la consommation protégeant le présumé faible contre le présumé fort, il apparaît naturel qu'il bénéficie à celui que son ignorance place en situation d'infériorité par rapport à son cocontractant réputé connaître toutes les caractéristiques du produit ou du service qu'il propose à sa clientèle.
Il n'empêche que l'usage de ce seul critère pour définir le consommateur est loin d'être satisfaisant. Il conduirait en effet à qualifier ainsi tout professionnel qui contracterait en dehors de sa spécialité quelle que soit sa puissance économique. Il pourrait ainsi conduire à protéger un contractant en position de supériorité économique par rapport à l'autre du moment qu'il s'est procuré un produit ou un service étranger à son domaine de compétence professionnelle. On peut douter que ce genre de protection rentre encore dans les finalités du droit de la consommation.
Par ailleurs, indépendamment même du point de savoir ce qui relève ou non de la spécialité de l'intéressé, ce critère trouve-t-il encore à s'appliquer lorsque le professionnel contracte à titre purement domestique pour la satisfaction de besoins extra-professionnels ? Selon que l'on privilégiera le critère de la compétence ou celui de la finalité de l'acte, la solution ne sera pas la même. Mais il faut bien admettre que le professionnel ne perd pas ses compétences du seul fait qu'il s'engage à titre privé.
En troisième lieu, nombre de contrats peuvent être conclus sans que leur objet présente une quelconque technicité et nécessite une compétence particulière pour en apprécier la portée ou l'opportunité. Par exemple, dira-t-on que le médecin qui change le mobilier de sa salle d'attente contracte en dehors de sa spécialité pour le traiter de consommateur ? À l'évidence, le critère de la compétence manque de pertinence en de telles circonstances.
Enfin, il conviendrait de déterminer la nature de la compétence servant de référence. On songe évidemment à une compétence en relation avec la chose ou la prestation, objet du contrat. Mais cette conception montre parfois ses limites. L'avocat qui, à sa descente d'avion, loue une automobile pour aller plaider devant tel tribunal de grande instance, pourra-t-il, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, obtenir l'annulation de telle ou telle clause du contrat qu'il a conclu au motif qu'il n'est pas un spécialiste de la location d'automobile ? Ne pourra-t-on pas lui objecter qu'un avocat a toute compétence pour lire et apprécier la portée d'un contrat ?
Ce n'est donc pas le critère de la compétence qui, à lui seul, tout au moins, pourra régler le problème de la définition du consommateur et ce, d'autant plus qu'il conduirait à ouvrir largement cette notion en direction des professionnels avec les problèmes que cela soulève Note 58.
16 - Dans un sens au contraire nettement restrictif, on pourrait refuser la protection du droit de la consommation à toute personne contractant en sa qualité de professionnel. Dans cette conception, il n'y aurait même pas lieu de rechercher les motivations commerciales réelles ou l'avantage professionnel espéré du contrat. Le seul fait que celui-ci soit conclu à l'occasion de l'exercice de la profession suffirait à le tenir à l'écart des règles spécifiques de protection des consommateurs. Dans cet ordre d'idées, il n'y a aucune difficulté à refuser de traiter en consommateur le commerçant qui se procurerait une photocopieuse ainsi que le médecin ou l'agent immobilier qui contracterait pour la surveillance de ses locaux professionnels.
Cette solution présenterait plusieurs avantages. Outre la sécurité juridique qu'elle permettrait d'assurer, elle donnerait une plus claire vision du droit de la consommation. Celui-ci ne protègerait que des consommateurs contre des professionnels sans pouvoir s'appliquer dans les rapports - même déséquilibrés - entre professionnels. Indiscutablement, la spécificité du droit de la consommation s'en trouverait renforcée. Une telle analyse paraît aussi en accord avec les préoccupations communautaires quand nombre de directives définissent le consommateur comme la personne physique qui "agit à des

fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle" Note 59. Mais il est vrai qu'une telle formule est suffisamment floue pour pouvoir faire l'objet d'autres interprétations.
Cette conception peut néanmoins paraître trop restrictive au regard des intentions mêmes du législateur. En transposant la directive de 1993 sur les clauses abusives, on se souvient, par exemple, qu'il avait voulu laisser ouverte à certains professionnels, petits commerçants ou artisans contractant en situation de faiblesse avec d'autres professionnels, la protection du Code de la consommation Note 60. Dans cette vue, un souci d'équité commanderait de ne pas être systématique dans l'exclusion des professionnels, même si cette curieuse catégorie des professionnels consommateurs n'est pas destinée à devenir pléthorique.
17 - C'est pourquoi, de manière intermédiaire, seraient seulement tenus à l'écart de la protection accordée aux consommateurs les professionnels ayant contracté pour les besoins de leur profession. L'exclusion ne tiendrait pas ici à la qualité en laquelle le contrat a été conclu, mais à la finalité professionnelle de l'opération ; elle concernerait les professionnels ayant agi pour permettre, faciliter, développer ou promouvoir l'exercice de leur activité. Et c'est à l'intérieur d'une telle définition que s'exercerait l'appréciation souveraine des juges du fond.
Dans cette conception, on pourrait envisager de protéger les professionnels qui, tout en agissant en cette qualité, concluent des opérations qui ne sont ni destinées à attirer ou accroître la clientèle, ni à améliorer la gestion de leur entreprise. Ce serait, par exemple, le cas du commerçant ou de l'artisan qui serait démarché pour l'acquisition d'un extincteur ou celui de l'agent immobilier contractant pour l'installation d'un système de télésurveillance.
L'avantage de cette option est de rester au plus près des intentions du législateur et d'éviter de dénaturer le droit de la consommation par une définition trop large du consommateur protégé. Cette protection ne porterait que sur des opérations se situant en marge de l'activité professionnelle exercée, en ce sens qu'elles ne sont pas du type de celles qu'un professionnel de la même spécialité est normalement amené à conclure dans la conduite de son activité, mais du même ordre que celles qui sont réalisées à titre domestique.
Naturellement, cette proposition n'est pas non plus dénuée d'inconvénients. Elle n'évite pas les problèmes de frontières car, même à l'intérieur d'une définition de la notion de "besoins de la profession", l'appréciation souveraine des juges du fond conduira vraisemblablement à des divergences de solution.
18 - De telles divergences devraient néanmoins rester marginales ; elles le seraient encore plus si on prenait le parti de combiner le critère des besoins professionnels avec celui de la compétence car la définition du consommateur protégé en sortirait encore plus étroite. On pourrait même envisager le mixage avec un troisième critère, celui de l'infériorité économique du contractant.
L'équité et le caractère d'exception du droit de la consommation pourraient ainsi être conciliés dans le respect de la sécurité juridique. Mais la formule qui additionnerait les trois critères alourdirait singulièrement la définition du consommateur. Ce serait celui qui, en situation d'infériorité et en dehors de son domaine de compétence, contracterait pour se procurer un bien ou un service déterminé ; mais tout en s'engageant à l'occasion de l'exercice de sa profession, il n'agirait pas pour les besoins de cette dernière. Faut-il être aussi précis dans les restrictions ?
19 - Des choix sont à faire. La solution la plus simple à mettre en oeuvre est celle qui consiste à tenir à l'écart du statut de consommateur toute personne contractant en sa qualité de professionnel, à l'occasion de l'exercice de sa profession, sans qu'il soit nécessaire de se soucier de rejoint l'idée que le droit de la consommation a été conçu pour protéger les consommateurs et non les professionnels. C'est aussi la plus sûre d'un point de vue juridique et pratique. Mais, compte tenu des exclusions systématiques qu'elle induit, elle peut paraître trop restrictive et rigoureuse.
En laissant, de manière marginale, la porte ouverte à certains professionnels, la solution consistant à n'exclure du statut de consommateur que ceux d'entre eux qui, en particulier, contractent pour les besoins de l'exercice de leur profession, on opte pour une formule intermédiaire ; en tout cas, plus nuancée même si elle reste restrictive. Son inconvénient est de présenter moins de sécurité juridique que la précédente.
Tout en conservant, formellement, la référence au "rapport direct", on pourrait même imaginer que la Cour de cassation infléchisse sa position, par souci d'unité du droit et de sécurité juridique, dans l'un ou l'autre sens. Il lui suffirait, en profitant de la malléabilité de ce "rapport direct", de le définir soit par

référence à la qualité de professionnel du contractant, soit par rapport à la notion de besoins de l'exercice de la profession.
En tout état de cause, on comprendrait mal qu'un remède ne soit pas apporté à la confusion actuelle.
La définition du consommateur doit, nous semble-t-il, être considérée comme une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation. Par compensation, qu'on nous permette de suggérer que celle-ci abandonne le contrôle de la notion de clause abusive Note 61. On comprend mal, en effet, que la détermination du déséquilibre significatif qui caractérise une clause abusive soit considérée comme une question de droit alors que l'appréciation du caractère manifestement excessif des pénalités contractuelles est abandonnée aux juges du fait Note 62. Dans les deux cas, c'est pourtant le même souci de préserver un équilibre contractuel dans une espèce déterminée qui est en jeu.
À l'inverse, le problème de la définition du consommateur dépasse les limites d'un litige particulier et la solution attendue d'un contrôle exercé par la Cour de cassation doit avoir une valeur générale de nature à unifier la jurisprudence des juridictions du fond.
Cette sécurité juridique est attendue tant des consommateurs que des professionnels et des praticiens du droit.

SEANCE 8

LES EFFETS DES CONTRATS

L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

I. – Jurisprudence

- **Le principe de l'effet relatif des conventions**

➢ Civ. 3ème, 19 juin 1984; D. 1985, p. 213, note A. Bénabent.
➢ Ass. Pl. 7 févr. 1986: Bull. Civ., n° 2; JCP, 1986, II, 20616, note P. Malinvaud.
➢ Civ. 1ère, 8 mars 1988 : Bull. Civ. I, n° 69 ; JCP G, 1988, II, 21070, note P. Jourdain.
➢ Civ. 1ère, 21 juin 1988: Bull. Civ. I, n° 202 ; D., 1989, p. 5, obs. Larroumet ; JCP G, 1988, II, 21125, obs. P. Jourdain.
➢ Ass. Pl., 12 juill. 1991: Bull. Ass. Pl., n° 5 ; CCC, 1991, n° 10, p. 8, note L. Leveneur ; JCP, 1991, n° 21.743, note G. Viney ; D., 1991, n° 38, p. 549, note J. Ghestin ; RTD Civ. ; 1991, n° 4, p. 750 note P. Jourdain.
➢ Civ. 3ème, 28 nov. 2001 : Bull. Civ. III, n° 137; JCP 2002, II, 10037, note D. Mainguy.
➢ Civ. 3ème, 16 nov. 2005, D. 2006, 971, note R. Cabrillac.
➢ Civ. 1ère, 20 mai 2010, n° de pourvoi: 09-10086

- **L'opposabilité du contrat**

➢ Civ. 1ère, 3 janv. 1996 : Bull. Civ. I, n° 7 ; RTD Civ., 1996, p. 904, obs. J. Mestre.
➢ Civ. 1ère, 26 janv. 1999: Bull. Civ. I, n° 32; D. 1999, Somm. Comm., p. 263, obs. Delebecque; RTD Civ. 1999, p. 405, pbs. P. Jourdain.
➢ Civ. 1ère, 15 déc. 1998: Bull., I, n° 368, p. 253.
➢ Civ., 17 oct. 2000: D., 2001, n° 12, p. 952, note M. Billiau et J. Moury.
➢ Ass. Pl. 6 oct. 2006: JCP G, 2006, II, 10181, note M. Billiau; CCC, mars 2007, Comm. 63.

- **La responsabilité du tiers au contrat**

➢ Civ. 3ème, 4 mai 2006, JCP 2006, II, 10119, note O. Deshayes ; D. 2006, 1454, obs. Y. Rouquet.
➢ Com, 13 juillet 2010, n° **pourvoi: 09-67516**
➢ Com., 6 septembre 2011, n° de pourvoi 10-11975

- **La stipulation pour autrui**

➢ Civ., 16 janv. 1888 ; Bull., n° 11.
➢ Civ., 12 avr. 1995 ; JCP, 1995, n° 29, p. 287, note P. Jourdain ; Contrats, concurrence, consommation, 1995, n° 10, p. 1, note L. Leveneur.
➢ Civ. 1ère, 9 juin 1998 : Bull. Civ. I, n° 202 ; JCP 1999, I, 137.
➢ Civ. 1ère, 28 oct. 2003; JCP G, 2004, II, 10006, note G. Lardeux.

- **La cession du contrat**

➢ Cass. Civ. 1ère, 6 juin 2000 ; D., 2001, n° 17 p. 1344, note B. Beigner ; D., 2001, n° 17 p. 1345, note D. Krajeski.

II. – Doctrine

➢ C. Guelfucci-Thibierge, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat … à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD Civ., 1994, p. 275.
➢ C. Lisanti-Kalczynski, *L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse*, JCP G, 2003, I, 102.
➢ P.Puig, *Faut il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrat ?*, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, p. 913.

III. – Exercices

➢ Analyser et expliquer l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 6 octobre 2006.
➢ Retracer et expliquer brièvement les évolutions de la jurisprudence en matière de chaines de contrats.
➢ Résoudre le cas pratique suivant :

Cas pratique

1°) Une commune loue un terrain au bord de la mer à Monsieur Dupont, à qui elle accorde le droit d'exploiter un débit de boissons et de coquillages. Elle loue également à Monsieur Durand un terrain adjacent et l'autorise à édifier des cabines de bains. Or, en violation des clauses de son bail, Monsieur Durand installe sur le terrain loué un commerce de snack-bar concurrençant directement Monsieur Dupont. Que peut faire ce dernier ?

2°) Le laboratoire pharmaceutique A est un concurrent direct de la société B ; il a réussi à débaucher un chercheur, employé de B, malgré la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de ce dernier. Le représentant de la société B se demande quelles actions il peut intenter.

3°) Monsieur Dupont est assailli de toute part par ses créanciers, qui le menacent de saisir son tableau de grande valeur. Il décide alors de simuler la vente de ce bien à un de ses amis. Mais voilà que ce dernier est également menacé de poursuite sur ce bien par ses propres créanciers.

4°) Monsieur Martin vend un immeuble lui appartenant, moyennant paiement d'une rente au profit de lui-même et de son épouse. Après quelques mois de versement sur leurs deux comptes, il apprend que son épouse a un amant et souhaite alors mettre fin à la rente à son profit. En a-t-il la possibilité ?

5°) Monsieur Dupont a fait construire une maison, qui présente plusieurs défauts : les charpentes en bois sont attaquées par les termites (et il a la preuve qu'elles l'étaient déjà au moment de leur mise en place) ; par ailleurs le système d'évacuation des eaux usées présente de nombreuses fuites. Il souhaite obtenir indemnisation de ces dommages. Mais l'entreprise de construction à qui il a confié son chantier est en liquidation judiciaire. Il se demande s'il peut agir contre le fournisseur des charpentes et contre le plombier à qui l'entrepreneur principal a sous-traité le travail.

I. – Jurisprudence

- **<u>Le principe de l'effet relatif des conventions</u>**

➢ **Civ. 3ème, 19 juin 1984, n° de pourvoi : 83-10901**

Sur le moyen unique :
Attendu que selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 6 décembre 1982) M. Tranchant a fait réaliser la couverture de sa villa par l'entrepreneur M. Lison qui a utilisé des tuiles, fournies par les établissements Grisard et fabriquées par la Tuilerie des Mureaux aux droits et obligations de laquelle vient la société Lambert Céramique ; qu'à la suite d'infiltrations d'eau, le maître de l'ouvrage a assigné le fabricant en réparation du dommage ; que l'Union fédérale des consommateurs de la Savoie est intervenue volontairement en cause d'appel ;
Attendu que le fabricant fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevables les demandes du maître de l'ouvrage et de l'intervenante tendant au paiement de dommages-intérêts et de sommes non comprises dans les dépens alors, selon le moyen, "que l'action en garantie des vices cachés contre le fabricant est de nature contractuelle, que le contrat d'entreprise n'étant pas un contrat de vente, le maître de l'ouvrage n'est pas acquéreur des matériaux et ne bénéficie pas, en tant que sous-acquéreur, de la garantie des vendeurs successifs ; que, dès lors, la Cour d'appel, qui a relevé l'absence d'un lien de droit direct entre la société Lambert Céramique et M. Tranchant, n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposent en déclarant recevable l'action en garantie de celui-ci et a ainsi violé l'article 1641 du Code civil" ;
Mais attendu que l'arrêt retient que par suite d'une conception défectueuse, les tuiles fabriquées par la société Lambert Céramique n'étaient pas horizontales dans le sens transversal, vice qui ne pouvait être décelé et qui était l'unique cause des désordres affectant la toiture ; que, par ces seuls motifs caractérisant, en dehors de tout contrat, la faute commise et sa relation de causalité avec le dommage, la Cour d'appel a pu retenu la responsabilité du fabricant même en l'absence de lien de droit direct avec le maître de l'ouvrage ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 6 décembre 1982 par la Cour d'appel de Chambéry

➢ **Ass. Pl. 7 févr. 1986, n° de pourvoi : 83-14631**

1ère espèce :
Sur le moyen unique :
Attendu que la Société de Produits Céramiques de l'Anjou - dite P.C.A. -, fournisseur des briques ayant servi au montage des cloisons de l'ensemble immobilier construit par la S.C.I. Asnières Normandie, fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déclarée responsable pour partie des fissurations apparues dans les cloisons, et condamnée à payer au syndicat de la copropriété partie du coût des réparations, alors, selon le moyen que, d'une part, la faute prétendue du vendeur de matériaux ne pouvant s'apprécier qu'au regard des stipulations contractuelles imposées par l'entrepreneur, la société E.S.C.A., l'arrêt, en déclarant que ces stipulations étaient indifférentes, a violé les articles 1147 et 1382 du Code civil ; alors, d'autre part, que, statuant sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, l'arrêt ne pouvait faire état de la présomption de connaissance pesant sur le vendeur professionnel, mais devait rechercher si le fabricant connaissait effectivement la destination des matériaux vendus, en l'espèce, la fabrication de cloisons ne reposant pas sur une semelle adéquate et donc soumises à des déformations, et dont seule cette utilisation avait entraîné le défaut ; alors, en outre, qu'en se fondant, pour déclarer des briques non conformes, sur les normes définies et imposées postérieurement à l'époque de la

construction sans rechercher si ces briques n'étaient pas conformes aux normes imposées lors de leur livraison, l'arrêt n'a pas caractérisé la faute du vendeur ; alors, encore, que l'arrêt a délaissé les conclusions indiquant que la fragilité des briques était due non pas à leur manque de qualité mais à un défaut d'utilisation de la part de l'entrepreneur, omettant ainsi d'examiner une cause d'exonération constituée par la faute d'un tiers ; alors, enfin, que faute d'avoir recherché si les fissures des briques ne provenaient pas seulement de l'absence de semelle résiliante, cause majeure reconnue des désordres, et non pas d'un défaut allégué des matériaux, l'arrêt n'a pas caractérisé, autrement que par une simple affirmation, le lien de causalité entre le prétendu défaut de conformité des briques et le dommage invoqué ;

Mais attendu que le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée ; que, dès lors, en relevant que la société P.C.A. avait livré des briques non conformes au contrat, en raison de leur mauvaise fabrication, la Cour d'appel, qui a caractérisé un manquement contractuel dont la S.C.I. Asnières Normandie, maître de l'ouvrage, pouvait lui demander réparation dans le délai de droit commun, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ; qu'en aucune de ses cinq branches, le moyen ne peut donc être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

2ème espèce :

N° de pourvoi : 84-15189

Sur le premier moyen :

Attendu que, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 14 juin 1984), la société civile immobilière Résidence Brigitte, assurée par l'Union des Assurances de Paris (U.A.P.) a, en 1969, confié aux architectes Marty et Ginsberg, aux droits desquels se trouvent les consorts Ginsberg, assistés des bureaux d'études OTH et BEPET, la construction d'un ensemble immobilier, que la société Petit, chargée du gros oeuvre, a sous traité à la société Samy l'ouverture de tranchées pour la pose de canalisations effectuée par la société Laurent Bouillet, que la société Samy a procédé à l'application sur ces canalisations de Protexculate, produit destiné à en assurer l'isolation thermique, qui lui avait vendu par la Société Commerciale de Matériaux pour la Protection et l'Isolation (MPI), fabricant, que des fuites d'eau s'étant produites, les experts désignés en référé ont conclu en 1977 à une corrosion des canalisations imputables au Protexculate et aggravée par un mauvais remblaiement des tranchées, que l'U.A.P. a assigné la société MPI, les sociétés Petit, Samy et Laurent Bouillet, MM. Marty et Ginsberg ainsi que les bureaux d'études, pour obtenir le remboursement de l'indemnité versée aux copropriétaires suivant quittance subrogative du 30 octobre 1980 ;

Attendu que la société MPI fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande avec intérêts au taux légal à compter du 30 octobre 1980 sur le fondement de la responsabilité délictuelle, alors, selon le moyen, d'une part, que le maître de l'ouvrage ne dispose contre le fabricant de matériaux posés par un entrepreneur que d'une action directe pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication et que cette action, nécessairement de nature contractuelle, doit être engagée dans un bref délai après la découverte du vice ; qu'en accueillant donc, en l'espèce, l'action engagée le 28 janvier 1980 par l'U.A.P., subrogée dans les droits du maître de l'ouvrage, pour obtenir garantie d'un vice découvert par les experts judiciaires le 4 février 1977 et indemnisé par l'U.A.P. le 30 octobre 1980, la Cour d'appel, qui s'est refusée à rechercher si l'action avait été exercée à bref délai, a violé, par fausse application, l'article 1382 du Code civil et, par défaut d'application, l'article 1648 du même Code ;

Mais attendu que le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui

appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée ; que, dès lors, en relevant que la Société Commerciale de Matériaux pour la Protection et l'Isolation (M.P.I.) avait fabriqué et vendu sous le nom de "Protexulate" un produit non conforme à l'usage auquel il était destiné et qui était à l'origine des dommages subis par la S.C.I. Résidence Brigitte, maître de l'ouvrage, la Cour d'appel qui a caractérisé un manquement contractuel dont l'U.A.P., substituée à la S.C.I., pouvait se prévaloir pour lui demander directement réparation dans le délai de droit commun, a, par ces motifs, légalement justifié sa décision ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société MPI fait encore grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait alors, selon le moyen, que, d'une part, l'auteur prétendu du dommage est seulement tenu de réparer le préjudice causé par sa faute et qu'en faisant supporter à la société MPI le coût de la construction de caniveaux destinés à recevoir les nouvelles canalisations et à en permettre la visite qui, d'après les experts, constituait une amélioration par rapport à la construction livrée à l'origine par le maître de l'ouvrage, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ; et alors que, d'autre part, l'indemnité allouée à la victime d'un dommage ne produit intérêt qu'à compter de son évaluation par le juge ; qu'en faisait courir en l'espèce les intérêts d'une date antérieure à la décision portant condamnation, la Cour a derechef violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, que la Cour d'appel a souverainement décidé que les travaux réalisés étaient nécessaires pour rendre l'installation conforme à sa destination sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un enrichissement dû à des caniveaux maçonnés ou d'une quelconque vétusté ;

Attendu, d'une part, que la Cour d'appel qui a constaté que l'U.A.P. avait remis, suivant quittance subrogative du 30 octobre 1980, au syndicat des copropriétaires, la somme totale nécessaire à la réparation des désordres a décidé, à bon droit, que les intérêts au taux légal sur cette somme étaient dus à compter de cette date ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est enfin fait grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors, selon le pourvoi, que la Cour d'appel a laissé sans réponse le moyen proposé dans ses conclusions d'appel par la société MPI et aux termes duquel, d'après les experts judiciaires, le mauvais remblaiement des tranchées était pour partie responsable des désordres, que la Cour d'appel a ainsi violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la Cour d'appel a répondu aux conclusions en retenant qu'il résulte des documents produits, que le Protexculate était la seule et unique origine des désordres, le rendant impropre à sa destination, que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 8 mars 1988, n° de pourvoi : 86-18182**

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles 1147 et 1382 du Code civil ;

Attendu que dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action de nature nécessairement contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué ;

Attendu que la société Clic Clac Photo, qui avait reçu de M. Holguera des diapositives en vue de leur agrandissement, a chargé de ce travail la société Photo Ciné Strittmatter ; que cette dernière société ayant perdu les diapositives, l'arrêt attaqué a retenu sa responsabilité délictuelle vis-à-vis de M. Holguera ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1382 du Code civil, et par refus d'application l'article 1147 du même code ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 mai 1986, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen.

- **Civ. 1ère, 21 juin 1988, n° de pourvoi : 85-12609**

Sur le premier moyen, pris en sa première branche du pourvoi de la société Saxby Manutention, moyen étendu d'office par application de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile au pourvoi de la société Soderep et au pourvoi incident de la Commercial Union Assurance Company Limited, assureur de Saxby ;
Vu les articles 1147 et 1382 du Code civil ;
Attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux ;
Attendu qu'un avion de la compagnie norvégienne Braathens South American and Far East Airtransport, dite Braathens SAFE, a été endommagé pendant l'opération destinée à l'éloigner à reculons du point d'embarquement de ses passagers pour lui permettre de se diriger ensuite par ses propres moyens vers la piste d'envol ; qu'en effet, le tracteur d'Aéroports de Paris qui le refoulait s'étant brusquement décroché de la " barre de repoussage " attelée par son autre extrémité au train d'atterrissage, l'appareil et le tracteur sont entrés en collision ; que l'accident a eu pour origine une fuite d'air comprimé due à un défaut de l'intérieur du corps d'une vanne pneumatique fabriquée par la société Soderep et incorporée au système d'attelage de la barre au tracteur par la société Saxby, devenue depuis lors Saxby Manutention, constructeur et fournisseur de l'engin à Aéroports de Paris ; que la compagnie Braathens SAFE ayant assigné en réparation Aéroports de Paris ainsi que les sociétés Saxby Manutention et Soderep, l'arrêt attaqué a dit la demande non fondée en tant que dirigée contre le premier en raison de la clause de non-recours insérée dans le contrat d'assistance aéroportuaire liant la compagnie demanderesse à Aéroports de Paris ; qu'en revanche, il a déclaré les sociétés Saxby Manutention et Soderep, la première en raison, notamment, du mauvais choix de la vanne devant équiper le tracteur, responsables, chacune pour moitié, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ;
Attendu qu'en statuant ainsi par application des règles de la responsabilité délictuelle à l'égard des sociétés Soderep et Saxby Manutention, alors que, le dommage étant survenu dans l'exécution de la convention d'assistance aéroportuaire au moyen d'une chose affectée d'un vice de fabrication imputable à la première et équipant le tracteur fourni par la seconde à Aéroports de Paris, l'action engagée contre elles par la compagnie Braathens SAFE ne pouvait être que de nature contractuelle, la cour d'appel, qui ne pouvait donc se dispenser d'interpréter la convention d'assistance aéroportuaire, a, par refus d'application du premier et fausse application du second, violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois des sociétés Soderep et Saxby Manutention et du pourvoi incident de la Commercial Union Assurance Company Limited :
CASSE ET ANNULE, en ce qu'il a déclaré responsables, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, les sociétés Saxby

Manutention et Soderep des conséquences dommageables de l'accident survenu le 10 juillet 1979 à l'aéroport de Paris-Orly, l'arrêt rendu le 14 février 1985, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens

- **Ass. Pl., 12 juill. 1991, n° de pourvoi : 90-13602**

Sur le moyen unique :
Vu l'article 1165 du Code civil ;
Attendu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que plus de 10 années après la réception de l'immeuble d'habitation, dont il avait confié la construction à M. Alhada, entrepreneur principal, et dans lequel, en qualité de sous-traitant, M. Protois avait exécuté divers travaux de plomberie qui se sont révélés défectueux, M. Besse les a assignés, l'un et l'autre, en réparation du préjudice subi ;
Attendu que, pour déclarer irrecevables les demandes formées contre le sous-traitant, l'arrêt retient que, dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette dernière que d'une action nécessairement contractuelle, dans la limite de ses droits et de l'engagement du débiteur substitué ; qu'il en déduit que M. Protois peut opposer à M. Besse tous les moyens de défense tirés du contrat de construction conclu entre ce dernier et l'entrepreneur principal, ainsi que des dispositions légales qui le régissent, en particulier la forclusion décennale ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande dirigée contre M. Protois, l'arrêt rendu le 16 janvier 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims.

- **Civ. 3ème, 28 nov. 2001, n° de pourvoi : 00-13559 et 00-14450**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 janvier 2000), que de 1983 à 1985 la société SFRM, appartenant au " groupe Alusuisse ", assurée par la compagnie Albingia, selon police " dommages-ouvrage ", a fait effectuer des travaux de remplacement de la couverture et de renforcement de la charpente de son bâtiment à usage industriel, par la société Heper coordination, entrepreneur, assurée par la compagnie GFA, devenue AM Prudence ; que cet entrepreneur a sous-traité la pose de la nouvelle couverture et l'exécution de la charpente à la société Normacadre, assurée par la Société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP) ; que les bacs en acier ont été fabriqués et fournis à la société Normacadre par la société Les Forges d'Haironville, devenue la société Haironville ; que des désordres de perforation et de corrosion de ces bacs ayant été constatés, la compagnie Albingia, subrogée après paiement dans les droits du maître de l'ouvrage, a sollicité le remboursement des sommes versées par elle en réparation du préjudice ;
Attendu que la société Haironville fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum avec l'entrepreneur principal, le sous-traitant et leurs assureurs, à payer des sommes à la compagnie Albingia, alors, selon le moyen :
1° que la compagnie d'assurances, subrogée dans les droits du maître de l'ouvrage qui disposait d'une action contractuelle directe

contre le fabricant des bacs en acier, ne pouvait pas rechercher la responsabilité de celui-ci sur un fondement quasi délictuel et que la cour d'appel a ainsi violé par fausse application l'article 2270-1 du Code civil ;
2° que les phénomènes de corrosion et de condensation ayant entraîné la perforation des bacs de couverture en acier constituaient un vice caché de la chose vendue et qu'en s'abstenant de rechercher si l'action contre le fabricant des bacs avait été engagée à bref délai, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1641 et 1648 du Code civil ;
3° que l'obligation de conseil d'un fabricant de couvertures métalliques n'existe que vis-à-vis de ses clients profanes et qu'en ne recherchant pas, comme elle y avait pourtant été invitée par les conclusions de la société Haironville, si le maître de l'ouvrage, spécialisé dans l'affinage de l'aluminium et faisant partie d'un groupe producteur de bacs de couverture en aluminium, ne connaissait pas parfaitement, aussi bien les phénomènes de corrosion et de condensation générés par son industrie, que les caractéristiques techniques des différents matériaux de couvertures métalliques, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1135 et 1147 du Code civil ;
Mais attendu, d'une part, qu'ayant exactement relevé que la société Normacadre, sous-traitant, engageait sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur le fondement délictuel, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le fournisseur de ce sous-traitant, la société Haironville, devait, à l'égard du maître de l'ouvrage, répondre de ses actes sur le même fondement ;
Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que la société Haironville avait manqué à son obligation de conseil et de renseignement en acceptant de fournir des éléments de couverture en acier laqué, alors que le questionnaire qu'elle avait remis à sa cocontractante et que celle-ci avait rempli portait des indications qui auraient dû la conduire à émettre des réserves sur l'utilisation d'éléments de toiture en acier, matériau sensible à la corrosion, ou l'inciter à réaliser une étude plus approfondie et plus précise des contraintes imposées par le site industriel, et souverainement retenu qu'il n'était pas démontré que le maître de l'ouvrage ait eu une compétence notoire en matière de construction de bâtiments industriels, et se soit immiscé dans l'exécution des travaux, la cour d'appel, qui n'a pas fondé sa condamnation sur la garantie des vices cachés, et qui a effectué la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision de ce chef ;
Sur le moyen unique du pourvoi 00-14.450 et le moyen unique du pourvoi incident, réunis :
Attendu qu'ayant souverainement relevé que la société Heper coordination avait elle-même, par lettre, précisé qu'il était essentiel que les éléments porteurs assurant la stabilité des ouvrages soient garantis dix ans, que le devis accepté énonçait expressément que l'ouvrage de renforcement des charpentes donnerait lieu à garantie décennale, qu'à aucun moment le maître de l'ouvrage n'avait de façon claire et précise manifesté sa volonté d'exonérer les locateurs d'ouvrage de la présomption édictée par les articles 1792 et suivants du Code civil, que les documents produits démontraient que les travaux confiés avaient, dans l'esprit du maître de l'ouvrage comme de l'entrepreneur, pour objet direct et essentiel de supprimer le risque grave présenté par la vétusté et le mauvais état des ossatures et charpentes métalliques, et qu'il n'était pas sérieux d'affirmer que le maître de l'ouvrage aurait préféré, parmi celles qui lui étaient proposées, une solution à très faible coût et aurait accepté un risque, les techniques de rénovation proposées étant d'un coût très voisin, la cour d'appel a pu retenir, répondant aux conclusions, qu'il n'était pas possible de considérer que le maître de l'ouvrage aurait, de propos délibéré, accepté qu'il ne soit procédé qu'à une réparation de fortune n'offrant qu'une efficacité limitée dans le temps, alors qu'il avait conscience de ce que la responsabilité pénale des dirigeants se trouvait engagée en cas d'effondrement et qu'il se disposait à relancer ses activités

industrielles et à rénover, au prix d'investissements très lourds, les installations de production installées sous les structures métalliques ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois.

- **Civ. 3ème, 16 nov. 2005**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 16 octobre 2003), que le Crédit immobilier d'Alsace (le CIA) a acquis en 1990, de la société CIC, marchand de biens, un terrain dont il a découvert en 1994 qu'il contenait des hydrocarbures ; qu'à l'issue de recherches sur l'historique du terrain, il a diligenté une procédure de référé en avril 1996, puis a assigné en garantie des vices cachés la commune de Haguenau, propriétaire originaire du terrain sur lequel elle avait exploité une usine de production de gaz de 1863 à 1929 et la Société européenne de supermarchés (la SES) à qui elle avait revendu le terrain en 1956 ; qu'il a sollicité également la condamnation de la commune de Haguenau à lui rembourser les travaux de dépollution en application de la loi du 19 juillet 1976 sur les établissements classés ; (…)

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa troisième branche :
Vu les articles 1641 et 1165 du Code civil ;
Attendu que pour rejeter la demande du CIA sur le fondement des vices cachés, l'arrêt retient l'efficacité de la clause de non-garantie stipulée dans l'acte de vente de la société SES à la société CIC et son opposabilité à l'action en garantie intentée par le CIA, et énonce que l'action en garantie, exclue et bloquée au niveau d'un vendeur intermédiaire, ne peut pas être envisagée et prospérer contre le vendeur initial, la commune de Haguenau ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'une clause de non-garantie opposable par un vendeur intermédiaire à son propre acquéreur ne peut faire obstacle à l'action directe de l'acquéreur final contre le vendeur originaire, dès lors qu'aucune clause de non-garantie n'a été stipulée lors de la première vente, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
(…)

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi provoqué : CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déclare les juridictions de l'ordre judiciaire incompétentes pour connaître de l'action contre la commune de Haguenau fondée sur la loi du 19 juillet 1976, l'arrêt rendu le 16 octobre 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ;

- **Civ. 1ère, 20 mai 2010, n° de pourvoi: 09-10086**

Attendu que la société Alupharm, spécialisée dans la fabrication de produits chimiques destinés à l'industrie pharmaceutique, a acheté des conteneurs d'occasion en inox 316 L auprès de la société Bonnet matériel, spécialisée dans le négoce de matériel industriel, qui les avait acquis sous la même spécification de la société Méditerranéenne et internationale de conteneurs et citernes (MI2C) ; qu'alléguant qu'ils étaient en réalité composés d'inox 304, incompatible avec son activité chimique, la société Alupharm a assigné aux fins de résolution du contrat de vente et d'indemnisation, la société Bonnet matériel et la société MI2C ; que la société Bonnet matériel, qui a fait l'objet d'une procédure collective, et ses mandataires judiciaires ont sollicité la résolution de la vente consentie par la société MI2C et la garantie de cette dernière ainsi que celle de la société Axa France Iard, assureur de la société Bonnet matériel ; que la cour d'appel a, par arrêt du 3 juillet 2008, renvoyé l'affaire pour plaidoiries, puis, par arrêt du 9 octobre

2008, prononcé la résolution de la vente intervenue entre la société Bonnet matériel et la société Alupharm, fixé au passif de la liquidation judiciaire de la société Bonnet matériel les créances de la société Alupharm, ordonné à cette dernière de restituer les conteneurs, débouté la société Alupharm et M. X..., mandataire à la liquidation judiciaire de la société Bonnet matériel, de leurs demandes dirigées contre la compagnie Axa, prononcé la résolution de la vente intervenue entre la société MI2C et la société Bonnet matériel, et débouté la société Alupharm de ses demandes dirigées contre la société MI2C ;

(…)

Vu les articles 1604, 1610 et 1611 du code civil ;
Attendu que l'action résolutoire résultant d'un même défaut de conformité se transmet avec la chose livrée, de sorte que lorsque, comme en l'espèce, elle est exercée, d'une part, par le sous-acquéreur à la fois contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire, à l'égard duquel le sous-acquéreur dispose d'une action directe contractuelle, d'autre part, par le vendeur intermédiaire contre le vendeur originaire, seule peut être accueillie l'action formée par le sous-acquéreur contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire, le vendeur intermédiaire pouvant seulement agir en ce cas contre le vendeur originaire aux fins de garantie des condamnations prononcées contre lui en faveur du sous-acquéreur ; qu'en outre, le vendeur originaire ne peut être tenu de restituer davantage qu'il n'a reçu, sauf à devoir des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé tant au sous-acquéreur qu'au vendeur intermédiaire ;
Attendu que, pour débouter la société Alupharm de ses demandes formées contre la société MI2C, l'arrêt retient que la première n'a jamais eu le moindre lien contractuel avec la seconde et qu'il est fait droit aux demandes présentées par le liquidateur à la liquidation judiciaire du vendeur intermédiaire à l'encontre du vendeur initial ;
Qu'en statuant ainsi, alors que le sous-acquéreur avait agi à la fois contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire, à l'égard duquel il disposait d'une action directe, de sorte que devait être accueillie l'action résolutoire par lui formée contre le vendeur originaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs :Déclare le pourvoi irrecevable en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 3 juillet 2008 ; CASSE ET ANNULE l'arrêt rendu le 9 octobre 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet sur les autres points la cause et les parties concernées dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier.

- **<u>L'opposabilité du contrat</u>**

  - **Civ. 1ère, 3 janv. 1996, n° de pourvoi : 93-20404**

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que les consorts Avignon ont acheté diverses parcelles de terre à M. Soula par un acte notarié du 20 octobre 1976, établi par M. X... ; qu'ils ont, ensuite, revendu une partie de ces parcelles aux époux Trinques, par un autre acte notarié, du 26 décembre 1979, établi par M. Y... ; que ces derniers, ayant entrepris l'édification d'une maison, et appris, la construction étant hors d'eau, que le terrain était grevé d'une servitude de non-construction que M. Soula avait consentie à la Société nationale des gaz du Sud-Ouest (SNGSO), ont demandé la résolution de la vente et l'indemnisation de leur préjudice, à laquelle furent condamnés les consorts Avignon, garantis de cette condamnation par M. X... et M. Y..., dont les fautes, consistant dans l'omission, dans les actes, de la servitude grevant le terrain, ont été

constatées par une décision des juges du fond, devenue irrévocable ; que les consorts Avignon ultérieurement condamnés, sur assignation de la SNGSO, à démolir la construction édifiée en violation de la servitude, sur le terrain dont ils avaient recouvré la propriété par l'effet de la résolution de la vente, ont demandé aux notaires le paiement d'une somme de 95 000 francs, correspondant au coût de la déviation de la canalisation de gaz, solution alternative à la démolition de l'immeuble et à laquelle la SNGSO consentait ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 5 juillet 1993) a accueilli leur demande ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches:

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors que, d'une part, en décidant que l'obligation de réparer incombant aux notaires était en l'espèce assortie de l'autorité de chose jugée, alors que la présente action n'avait pas le même objet ni le même fondement que la précédente puisque, sous couvert d'une action en responsabilité notariale, se trouvait réclamé aux notaires le montant d'une indemnité convenue avec le titulaire de la servitude pour conserver l'immeuble construit en infraction à celle-ci, et que la faute ici reprochée aux notaires ne résultait pas d'une omission qui entacherait la vente mais de l'existence même de la servitude conventionnelle, la cour d'appel aurait violé, par fausse application, l'article 1351 du Code civil, et alors que, d'autre part, en condamnant les notaires à payer aux propriétaires du terrain une indemnité destinée à faire cesser une servitude dont l'existence est étrangère à tout fait notarial, la cour d'appel aurait violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, que l'autorité de chose jugée, au regard de la présente demande, de la décision devenue irrévocable avait été affirmée par les premiers juges ; que, dans les conclusions d'appel, les notaires n'avaient pas critiqué cette motivation ; que le grief est donc nouveau, et que, mélangé de fait, il est irrecevable ; qu'ensuite, ayant relevé, par motifs propres et adoptés, après avoir constaté que les notaires ne remettaient pas en cause le principe de leur responsabilité dans la survenance du préjudice consistant, pour les époux Avignon, dans l'obligation de faire cesser la violation de la servitude bénéficiant à la SNGSO, que les notaires n'établissaient pas que le détournement de la canalisation fût plus onéreux que la démolition de l'immeuble dont ils seraient amenés, si elle était effective, à rembourser le prix aux consorts Avignon, et qu'il n'était ni établi ni allégué qu'une autre solution pourrait servir d'assiette pour fixer le montant du préjudice subi par ceux-ci, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en fixant à 95 000 francs le dommage que les notaires étaient tenus de réparer ; qu'il s'ensuit que le moyen, irrecevable en sa première branche, est mal fondé en sa seconde branche ;

Sur le second moyen :

Attendu que M. X... et M. Y... font encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir statué comme il a fait, alors que, en se fondant, pour condamner les notaires à réparation, sur une transaction à laquelle les notaires n'étaient pas parties, la cour d'appel aurait violé l'article 1165 du Code civil ;

Mais attendu que l'effet relatif du contrat n'interdit pas aux juges du fond de puiser dans un acte étranger à l'une des parties en cause des éléments d'appréciation de nature à éclairer leur décision ; que la cour d'appel n'a, en se référant à une convention à laquelle les notaires étaient demeurés étrangers, nullement prétendu étendre à leur égard l'effet obligatoire de cette convention, mais seulement tiré de celle-ci un élément d'évaluation du préjudice qu'il leur incombait de réparer ; qu'il s'ensuit que le moyen, qui n'est pas fondé, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 26 janv. 1999, n° de pourvoi : 96-20782**

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que, pour déclarer irrecevables les demandes de dommages-intérêts formées par M. Le Bourg contre M. Penet, l'arrêt énonce que c'est à la SCP et non à M. B. Penet que M. Le Bourg a cédé la clientèle de son cabinet par acte du 17 septembre 1984 et que, même s'il est constant que la rupture de cette convention a bien été la conséquence de comportements personnels, il reste que les responsabilités encourues et les conséquences à en tirer ne sauraient être jugées qu'à l'encontre de la SCP, partie au contrat litigieux et représentée par son liquidateur, à charge par ce dernier de répercuter ultérieurement les condamnations éventuelles à intervenir dans le cadre de la liquidation des droits de chacun et sauf à soumettre au juge les litiges qui pourraient subsister ;
Attendu cependant que le contractant, victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat peut demander, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable ;
Attendu qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
Et sur le second moyen, pris en sa deuxième branche : (sans intérêt) ;
Et, sur le second moyen, pris en sa troisième branche : (sans intérêt) ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que les frais de cette liquidation seraient supportés par les associés dans les proportions de leurs droits sociaux, et en ce qu'il a déclaré irrecevables les demandes de M. Le Bourg tendant à l'allocation de dommages-intérêts au titre de " l'immobilisation de sa clientèle " et des inconvénients divers liés à la non-réalisation de la cession, au remboursement d'une somme de 60 000 francs versée à M. Penet à titre d'honoraires, ainsi qu'à celui d'une quote-part des frais de fonctionnement du cabinet de M. Le Bourg, l'arrêt rendu le 2 juillet 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

- **Civ. 1ère, 15 déc. 1998, n° de pourvoi : 96-21905 et 96-22440**

Joignant les pourvois n° 96-21.905, formé par la société Sprinks assurances, et n° 96-22.440, formé par les sociétés Sun alliance assurance et General Accident ;
Donne acte aux sociétés Sun alliance assurance et General Accident de ce qu'elles se sont désistées de leur pourvoi en ce qu'il était dirigé contre les sociétés Sprinks, EDF, la SNC La Madeleine et la société Virgin ;
Donne acte à la société Sprinks de ce qu'elle s'est désistée de son pourvoi en ce qu'il était dirigé contre EDF ;
Sur le premier moyen du pourvoi formé par la société Sprinks assurances, pris en sa seconde branche, et le premier moyen du pourvoi formé par les sociétés Sun alliance assurance et General Accident, pris en sa première branche, qui sont semblables :
Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;
Attendu que la SNC La Madeleine (la SNC), société de marchand de biens, acquéreur d'un ensemble immobilier et assurée par les sociétés Sun insurance, aux droits de laquelle vient la société Sun alliance assurance, et General Accident, a conclu avec la SA Virgin différentes conventions, à savoir, d'abord, le 7 avril 1989, une promesse synallagmatique de vente portant sur cet ensemble immobilier, les parties s'engageant à signer un bail commercial jusqu'au jour où la société Virgin deviendrait propriétaire, ensuite et le même jour, une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée par laquelle la société Virgin confiait à la SNC la mission de faire effectuer les travaux de rénovation et, enfin, le 9 juin, le bail commercial, dont il était précisé qu'il cesserait automatiquement de produire ses effets le jour où la société Virgin deviendrait propriétaire, le locataire s'engageant à souscrire une police d'assurance couvrant en valeur à neuf, avec abandon de recours contre le bailleur, les

immeubles et les modifications réalisées par le locataire ; que, le 7 juillet suivant, la société Virgin a signé avec la société Aquitaine de construction (ADC), mandataire d'un groupement d'entreprises, un marché pour la démolition et la rénovation de l'intérieur des immeubles, le commencement des travaux étant fixé au 3 juillet et étant précisé à l'acte que la société ADC s'engageait à exécuter les travaux conformément au contenu et aux conditions stipulées notamment dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) applicables aux travaux de bâtiment ; qu'il était en outre stipulé que, dès le début des travaux, le maître d'ouvrage ferait assurer, à ses frais, par une société spécialisée ou par tout autre moyen, la surveillance et le gardiennage du chantier ; que, le 13 juillet 1989, un incendie, dont les causes sont demeurées indéterminées, a ravagé l'ensemble immobilier ; que l'acte authentique par lequel la société Virgin est devenue propriétaire des immeubles a été signé le 17 avril 1990 ; qu'après la condamnation, par le premier juge, de la société Virgin et de son assureur à payer aux assureurs de la SNC la somme de 23 000 000 de francs, une transaction a été conclue entre les assureurs quant aux règlements à intervenir entre eux, ces assureurs conservant leurs recours contre les tiers ; que l'arrêt attaqué, rendu sur un appel limité aux dispositions du jugement relatives aux recours exercés par les assureurs contre la société ADC, a débouté ceux-ci de leurs demandes et mis hors de cause cette société ;
Attendu que, pour se prononcer ainsi, après avoir énoncé que la responsabilité de la société ADC était recherchée sur le terrain de la responsabilité contractuelle, l'arrêt relève que le marché a été signé entre la société ADC et la société Virgin, la SNC, qui n'a pas signé cette convention, ne pouvant en solliciter l'application et que les assureurs de la SNC ne peuvent voir appliquer à leur profit les dispositions du CCAP et, enfin, que dans la mesure où la société Sprinks agit en qualité de subrogée des compagnies Sun alliance et General Accident, elle ne peut davantage en demander l'application ;
Attendu, cependant, que les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage ; qu'il s'ensuit qu'en statuant comme elle a fait, alors que les assureurs n'avaient pas cantonné leurs demandes au terrain de la responsabilité contractuelle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs des pourvois :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 octobre 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux, autrement composée.

- **Civ., 17 oct. 2000, n° de pourvoi : 97-22498**

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :
Attendu que, selon les juges du fond, l'hebdomadaire " Voici ", édité par la société Prisma presse, a publié un article contenant des informations relatives à la princesse de Galles ; que les sociétés Michael O'Mara Books Ltd et Plon, invoquant leur droit exclusif d'édition d'un ouvrage de M. Andrew Morton, intitulé " Diana - Her new life ", d'où les informations publiées par l'hebdomadaire " Voici ", peu avant la diffusion du livre en France, auraient été indûment extraites, ont obtenu de la cour d'appel (Paris, 1er octobre 1997) la condamnation de la société Prisma presse à des dommages-intérêts ;
Attendu que la société Prisma presse fait grief à cet arrêt d'avoir rejeté le moyen d'irrecevabilité opposé aux éditeurs, tiré de la nullité des contrats d'édition, en se référant inexactement au droit de la contrefaçon, et en faisant une fausse application de la règle de l'effet relatif des contrats ;

Mais attendu que la cour d'appel a déduit la recevabilité de l'action des sociétés Michael O'Mara Books et Plon des contrats d'édition conclus avec l'auteur de l'ouvrage, emportant à leur profit le droit exclusif d'exploiter cet ouvrage ; que les juges du second degré ont ainsi fondé leur décision au regard du seul moyen d'irrecevabilité opposé par la société Prisma presse dans ses conclusions, tiré d'un défaut de qualité à agir des sociétés Michael O'Mara Books et Plon, faute de justifier des droits qu'elles détiendraient sur l'ouvrage litigieux ; qu'ainsi, indépendamment des motifs surabondants faisant référence à la contrefaçon, non invoquée en l'espèce, la cour d'appel a, sur ce point, légalement justifié sa décision ;
Et sur le second moyen, pris en ses trois branches :
Attendu qu'il est encore reproché à la cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité de la société Prisma presse pour la publication d'informations contenues dans le livre de M. Morton, alors que la société Prisma presse tenait de l'article 1134 du Code civil le droit d'opposer la nullité du contrat d'édition, alors que la divulgation des informations n'était pas fautive, à défaut de violation du droit de reproduction des éditeurs, et alors que la convention de confidentialité quant à ces informations ne liait pas la société Prisma presse, tiers au contrat, et qu'il n'était pas établi que la société Prisma presse se fut procuré l'ouvrage de manière illicite ;
Mais attendu que la cour d'appel a relevé que l'article litigieux n'était pas le résultat d'investigations personnelles, mais la reprise d'informations contenues dans l'ouvrage, à paraître, de M. Morton ; que les juges du second degré ont pu dès lors, faisant application du principe d'opposabilité des conventions aux tiers, retenir la faute de la société Prisma presse à l'égard des titulaires du droit d'édition de l'ouvrage, pour avoir divulgué des informations puisées dans un ouvrage que les éditeurs s'apprêtaient à diffuser, privant ainsi cette publication d'une partie de son originalité et de son intérêt ;
Que le moyen n'est donc pas fondé ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Ass. Pl. 6 oct. 2006, n° de pourvoi : 05-13255**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 janvier 2005), que les consorts X... ont donné à bail un immeuble commercial à la société Myr'Ho qui a confié la gérance de son fonds de commerce à la société Boot shop ; qu'imputant aux bailleurs un défaut d'entretien des locaux, cette dernière les a assignés en référé pour obtenir la remise en état des lieux et le paiement d'une indemnité provisionnelle en réparation d'un préjudice d'exploitation ;
Sur le premier moyen :
Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande de la société Boot shop, locataire-gérante, alors, selon le moyen, "que si l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, dès lors que cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle, encore faut-il, dans ce cas, que le tiers établisse l'existence d'une faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel ; qu'en l'espèce, il est constant que la société Myr'Ho, preneur, a donné les locaux commerciaux en gérance à la société Boot shop sans en informer le bailleur ; qu'en affirmant que la demande extra-contractuelle de Boot shop à l'encontre du bailleur était recevable, sans autrement caractériser la faute délictuelle invoquée par ce dernier, la cour d'appel a entaché sa décision d'un manque de base légale au regard de l'article 1382 du code civil" ;
Mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le

monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par les manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les 2ème et 3ème moyens, dont aucun ne serait de nature à permettre l'admission du pourvoi ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **<u>La responsabilité du tiers au contrat</u>**

  - **Civ. 3ème, 4 mai 2006, JCP 2006, II, 10119, note O. Deshayes ; D. 2006, 1454, obs. Y. Rouquet.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 octobre 2003), rendu sur renvoi après cassation (Civ.3, 4 juillet 2001, pourvoi n° 00-11.563), que Mme X..., titulaire d'un bail commercial comportant une clause d'exclusivité pour la vente de certains produits, a assigné le bailleur, l'Etat français, et un autre locataire du même bailleur, la société Méhana France, devant un tribunal pour demander que l'Etat soit condamné à faire cesser l'activité poursuivie par la société Méhana en violation de cette clause d'exclusivité ; (…)
Vu les articles 1134, 1147 et 1165 du Code civil ;
Attendu que pour rejeter la demande de Mme X... tendant à dire que l'Etat français devra contraindre sous astreinte la société Méhana France à cesser toute commercialisation des articles de Paris, l'arrêt retient que la société Méhana France n'a commis aucune faute délictuelle en exerçant une activité autorisée par le bail qui lui avait été consenti et que Mme X... n'est pas fondée à obtenir une mesure impliquant l'extension à cette société de l'effet obligatoire d'un contrat auquel elle n'est pas partie ;
Qu'en statuant ainsi, alors que le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de Mme X... tendant à faire juger que l'Etat français devra contraindre la société Méhana France à cesser toute commercialisation des articles de Paris sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard à compter de l'arrêt, l'arrêt rendu le 15 octobre 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

  - **Com, 13 juillet 2010, n° pourvoi: 09-67516**

Attendu selon l'arrêt attaqué (Pau, 30 avril 2009), que la société Compagnie écossaise Saint-André (la Compagnie écossaise) est titulaire d'un bail commercial qui lui a été consenti le 8 décembre 2000 par la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricole du Sud Ouest (CRAMA) ; qu'au titre de la clause de destination des lieux loués le contrat stipulait que " les lieux ci-dessus désignés sont loués à usage exclusif de commerce ayant un rapport avec la vente : vente de produits d'habillement, accessoires, produits alimentaires, art décoratif, librairie, salon de thé, petite restauration, le preneur

s'y interdit d'exercer toute activité ayant un rapport quelconque avec les assurances et la restauration et de toute activité pouvant faire concurrence aux commerçants en place dans notre immeuble " ; qu'un local voisin situé dans le même immeuble a été donné à bail commercial par la CRAMA le 6 mars 2003 à M. Z..., lequel a cédé son bail le 17 avril 2008 à M. Y... pour y exercer " une activité d'artisan glacier exclusivement " ; que l'acte de cession reprenait la clause de destination figurant au bail du 6 mars 2003 stipulant que " les locaux faisant l'objet du présent bail devront exclusivement être destinés à l'exercice de tous commerce, à l'exception de ceux bruyants et malodorants, ainsi que ceux existant déjà au sein de l'immeuble... " ; que M. Y... a ouvert un fonds de commerce exploité sous la forme de la société à responsabilité limitée Y... (la SARL), dont l'objet social était l'activité de glacier, ainsi que toute activité s'y rapportant à emporter ou à consommer sur place ; qu'estimant que la SARL lui faisait au mépris de ses engagements une concurrence directe, la Compagnie écossaise, qui exploite dans les lieux loués une activité de salon de thé, petite restauration à consommer sur place et vente de produits alimentaires, l'a assignée, ainsi que M. Y..., pour obtenir la fermeture de son fonds de commerce et des dommages-intérêts en réparation de son préjudice ;

Attendu que M. Y... et la SARL font grief à l'arrêt de dire que seule peut-être exercée dans les lieux loués l'activité d'artisan glacier, de leur interdire d'exercer toute activité concurrentielle à celle de la Compagnie écossaise et de les condamner à payer à celle-ci une certaine somme à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1° / que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'en retenant, pour condamner M. Y... et la société Y..., qu'ils " ne respectaient pas la clause de non concurrence insérée dans l'acte de cession du droit du bail ", dont la société Compagnie écossaise Saint-André, tiers à cette convention, n'était pas en droit de se prévaloir, la cour d'appel a violé l'article 1165 du code civil ;

- **Com., 6 septembre 2011, n° de pourvoi 10-11975**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 28 janvier 2010), que le groupe Denis frères ayant pour activité l'import et l'export de produits alimentaires comprend une filiale en France, la société Denis frères et une filiale en Thailande, la société Commercial Company of Siam (la société CCS) ; que la société industrielle Lesaffre (la société Lesaffre), spécialisée dans la fabrication et la vente de levures, s'est rapprochée de la société CCS afin de distribuer ses produits en Thaïlande ; qu'en 1974, la société Lesaffre a demandé au groupe Denis frères de faire assurer par la filiale française Denis frères le fret ainsi que les aspects administratifs et comptables des commandes de la société CCS ; que, constatant en 1998 une réduction de ses ventes en Thailande, la société Lesaffre a décidé de revoir sa politique de distribution vers ce pays et a rompu ses relations commerciales avec la société Denis frères le 25 mai 1999 ; que cette dernière, faisant valoir le caractère brutal de la rupture de la relation commerciale par la société Lesaffre, a demandé un délai de deux années ; que, par lettre du 21 juin 1999, la société Lesaffre a accepté d'honorer toute nouvelle commande pendant une durée de trois mois à partir du 25 mai 1999, soit jusqu'au 31 août 1999 ; qu'elle a enregistré de nouvelles commandes de la société Denis frères mais que celle-ci n'y a pas donné suite ; que les sociétés CCS et Denis frères ont assigné la société Lesaffre aux fins de la faire condamner pour rupture abusive d'une relation commerciale établie et obtenir des dommages-intérêts ;

Attendu que la société Lesaffre fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que, bien que tiers aux relations commerciales ayant existé entre elle et la société Denis frères, la société CCS est fondée à demander réparation du préjudice subi du fait de la rupture abusive sur le fondement de l'article 1382 du code civil, et

en conséquence de l'avoir condamnée à payer 500 000 euros à la société CCS, alors, selon le moyen, que la vocation de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce de ne régir que les relations entre partenaires commerciaux ne permet d'indemniser que le dommage directement subi par la victime de la rupture mais non un éventuel dommage par ricochet ; qu'en condamnant la société Lesaffre à indemniser un tiers, au motif qu'il assurait la revente des produits objets de la relation commerciale entre Lesaffre et Denis frères rompue brutalement, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu qu'un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice ; que le moyen n'est pas fondé ;
Et attendu que les autres griefs ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

- **Civ. 1re, 15 déc. 2011, pourvoi n°10-17.691, inédit**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 26 mai 2005, les consorts X... ont vendu aux époux Y... un bien immobilier, par l'entremise de la société Stéphane Blot immobilier (l'agent immobilier) ; qu'alléguant avoir découvert, lors de la mise en oeuvre de travaux, l'état désastreux de la maison qui leur avait été dissimulé, les acquéreurs ont assigné les vendeurs et l'agent immobilier en résolution de la vente et en paiement de dommages-intérêts ainsi que la banque Scalbert Dupont (la banque), aux droits de laquelle se trouve le CIC Nord-Ouest, en résolution des contrats de prêt ayant servi au financement de cette acquisition ; que la vente a été annulée pour cause de réticence dolosive des vendeurs et les contrats de prêt résolus ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal de la société Stéphane Blot immobilier, pris en sa première branche :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que, pour condamner l'agent immobilier, in solidum avec les vendeurs, à verser à la banque la somme de 33 022, 80 euros correspondant aux intérêts conventionnels stipulés aux contrats de prêt résolus, outre l'indemnité contractuelle due en cas de remboursement anticipé, la cour d'appel se borne à énoncer que l'agent immobilier n'avait pas satisfait à son obligation d'information et de conseil, ce qui engageait sa responsabilité tant envers les vendeurs qu'envers les acquéreurs, de sorte qu'il devait être condamné envers ces derniers et envers la banque ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard de la banque, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

Sur le troisième moyen du même pourvoi :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu qu'en condamnant l'agent

immobilier, in solidum avec les consorts X..., à verser aux acquéreurs la somme de 129 024, 86 euros, avec intérêts au taux légal à compter du jugement, incluant le prix de vente qui s'élevait à 91 470 euros, alors que la restitution du prix à laquelle le vendeur se trouve tenu à la suite de l'annulation d'un contrat de vente ne constitue pas en elle-même un préjudice indemnisable susceptible d'être mis à la charge d'un tiers, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le quatrième moyen du même pourvoi :

Vu l'article 1147 du code civil ;

Attendu qu'en condamnant l'agent immobilier à garantir les vendeurs des condamnations prononcées contre eux, alors qu'un vendeur, auteur d'une réticence dolosive pour avoir tu l'état réel de l'immeuble vendu, ne saurait être intégralement garanti par un agent immobilier ayant failli à son devoir d'information et de conseil, des condamnations prononcées au bénéfice de l'acquéreur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu que le premier moyen du pourvoi principal et les deux moyens du pourvoi provoqué ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Stéphane Blot immobilier, d'une part, à payer à la banque Scalbert Dupont, aux droits de laquelle se trouve le CIC Nord-Ouest, la somme de 33 022, 80 euros correspondant aux intérêts conventionnels stipulés aux contrats de prêt résolus, outre l'indemnité contractuelle due en cas de remboursement anticipé, d'autre part, à verser aux époux Y... la somme de 91 470 euros représentant le prix de vente, enfin, à garantir les consorts X... des condamnations prononcées contre eux, l'arrêt rendu le 16 mars 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

- **<u>La stipulation pour autrui</u>**

  - **Civ., 16 janv. 1888.**

Vu les articles 1121, 1690 et 2075 du Code civil ; Attendu, en droit, que le contrat d'assurances sur la vie, lorsque le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit d'une personne déterminée, comporte essentiellement l'application de l'article 1121 du Code civil, c'est-à-dire, des règles qui régissent la stipulation pour autrui ; Que vainement on voudrait prétendre comme l'a fait l'arrêt attaqué que dans un pareil contrat, l'assuré ne stipulant pas pour lui-même les dispositions de l'article 1121 ne sauraient être invoquées par le tiers bénéficiaire ; Attendu, en effet que, d'une part, le profit de l'assurance peut, dans de certaines éventualités, revenir au stipulant, et que d'ailleurs le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat ; que, d'autre part, le stipulant s'engage à verser à la compagnie d'assurances des primes annuelles, de telle sorte qu'à quelque point de vue qu'on se place, il est impossible de soutenir que le stipulant ne stipule pas pour lui-même et que, par suite, l'article 1121 n'est pas

applicable ; Attendu, conformément à la dernière partie de cet article que lorsque le tiers spécialement désigné par la police d'assurance a déclaré vouloir profiter de la stipulation faite en sa faveur, il en résulte pour lui un droit personnel irrévocable, en vertu duquel le promettant sera tenu de lui payer le montant de l'assurance au moment du décès du stipulant, si d'ailleurs les primes ont été régulièrement payées, soit par ce dernier, soit, à son défaut, par le tiers lui-même ;
Attendu que la faillite du stipulant survenue avant son décès ne saurait faire disparaître ce droit et autoriser le syndic à prétendre, au nom de la masse créancière, que la police d'assurance constitue purement et simplement une valeur mobilière demeurée dans le patrimoine du failli et devant servir de gage à ses créanciers ; Attendu, d'autre part, qu'une police dans laquelle le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit d'un tiers nommément désigné, peut, tant que ce tiers ne s'est pas, par une acceptation, approprié, les effets de la stipulation, être modifiée par un avenant substituant un autre nom à celui qui avait été primitivement inscrit ; que cet avenant laisse au contrat son caractère spécial de contrat d'assurance sur la vie, qui comporte, pour sa régularité l'intervention du stipulant et du promettant, autrement dit de la compagnie d'assurances et qui ne saurait être confondu avec un contrat de transport dont la validité et les effets seraient subordonnés aux significations prescrites par les articles 1690 et 2075 du Code civil ; Attendu, en fait, qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué : Que, le 26 juin 1868, le sieur Bény-Delobeau a souscrit à la compagnie d'assurances générales une police d'assurance de 10000 francs au profit de sa femme et de ses enfants, lesquels n'ont jamais accepté la stipulation faite en leur faveur ; Que, le 12 avril 1881, par un avenant à la police de 1868, le nom du sieur Despretz a été substitué à celui de la femme et des enfants du sieur Delobeau comme bénéficiaire du contrat d'assurance ; Que dans cet avenant ont figuré comme parties contractantes et ont signé : Delobeau, le stipulant, le représentant de la compagnie d'assurance et Despretz, le bénéficiaire de la police ;
Attendu qu'en l'état de ces constatations, en décidant que la police n'avait cessé d'être une créance dont le cessionnaire ne pouvait être saisi à l'égard des tiers que la signification faite au débiteur conformément aux prescriptions des articles 1690 et 2075 du Code civil et en ordonnant au sieur Despretz de restituer ladite police aux mains du syndic de la faillite Bény-Delobeau, l'arrêt attaqué a violé les articles de loi susvisés, ainsi que les principes en matière de contrat d'assurance sur la vie ;
Par ces motifs, CASSE.

- **Civ., 12 avr. 1995, n° de pourvoi : 92-20747**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Vu l'article 1147 du Code civil :
Attendu que Francette X..., a reçu, les 8 décembre 1982, 23 février 1983 et 21 mars 1984, des transfusions de sang total à la suite d'interventions chirurgicales ; qu'en 1989, un examen a révélé qu'elle était contaminée par le virus de l'immunodéficience humaine, ce dont elle est décédée le 20 mars 1990 ; que ses héritiers ont assigné le centre de transfusion sanguine de Toulouse-Purpan, fournisseur du sang transfusé à leur auteur, en déclaration de responsabilité et en indemnisation de leur préjudice ; que l'arrêt attaqué a considéré qu'en 1982 le centre n'avait pas manqué à l'obligation de moyens qui était la sienne, et, avant dire droit sur les autres prétentions des parties, a ordonné un complément d'expertise ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu'ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 septembre 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

- **Civ. 1ère, 9 juin 1998, n° de pourvoi : 96-10794**

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Léandre Dufour a souscrit auprès de la Caisse nationale de prévoyance (CNP) cinq contrats d'assurance-vie en désignant comme bénéficiaire son compagnon, Gérard Jacobée, et, à titre subsidiaire, ses enfants, Mme Naveaux, épouse Leverd et M. Naveaux ; que Léandre Dufour est décédée le 1er novembre 1989 et Gérard Jacobée le 17 janvier 1990, ce dernier laissant comme unique héritier son frère, M. Jean Jacobée ; que le notaire chargé de la liquidation de la succession de Gérard Jacobée et auquel la CNP avait versé les capitaux garantis en dépit de la demande en paiement que lui avaient adressée les consorts Naveaux, a reversé les sommes à M. Jean Jacobée ; que les consorts Naveaux ont assigné ce dernier en restitution ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que M. Jean Jacobée fait grief à la cour d'appel (Reims, 5 octobre 1995) d'avoir accueilli la demande alors, selon le moyen : d'une première part, que l'existence du droit du premier bénéficiaire de la stipulation pour autrui résultait du seul accord des volontés de la stipulante et du promettant ; que ce droit est devenu exigible lors de la survenance du terme prévu lors de la stipulation, soit au décès de Léandre Dufour ; que la cour d'appel aurait dû se placer à cette date pour constater que les capitaux garantis étaient entrés dans le patrimoine du premier bénéficiaire dès lors que ce dernier avait survécu à la stipulante et que la stipulation consentie à son profit n'avait été révoquée ni par Léandre Dufour, ni par les héritiers de celle-ci ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1121 du Code civil, ainsi que les articles L. 132-12 et L. 132-9, alinéa 4, du Code des assurances ; alors, d'une deuxième part, que l'acceptation par le bénéficiaire a seulement pour effet de conférer un caractère irrévocable à la stipulation et, par suite, de consolider le droit né dès l'engagement du promettant et du seul fait de la promesse ; qu'en faisant de cette acceptation la condition de la naissance du droit du bénéficiaire, la cour d'appel a violé les articles 1121, alinéa 2, du Code civil et L. 132-9, alinéa 3, du Code des assurances, et alors, d'une troisième part, qu'en retenant les " témoignages " selon lesquels Gérard Jacobée voulait que les sommes profitent aux enfants de sa compagne, sans analyser ces documents ni préciser le nom de leurs auteurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des mêmes textes ;

Mais attendu que, si le bénéfice d'une stipulation pour autrui est en principe transmis aux héritiers du bénéficiaire désigné lorsque celui-ci vient à décéder après le stipulant mais sans avoir déclaré son acceptation, il en va autrement lorsque le stipulant, souscripteur d'une assurance sur la vie, a désigné, outre ce bénéficiaire, des bénéficiaires en sous-ordre, sans réserver les droits des héritiers du premier nommé ; qu'ayant constaté que Gérard Jacobée, décédé deux mois et demi après Mme Dufour, n'avait pas demandé le règlement des sommes dont il était bénéficiaire et n'avait accompli aucun acte qui puisse être considéré comme une acceptation de la stipulation faite en sa faveur, la cour d'appel en a exactement déduit que les sommes devaient être versées aux consorts Naveaux désignés comme bénéficiaires à titre subsidiaire ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; qu'il s'ensuit que le moyen, dont les deux premières branches ne sont pas fondées et dont la troisième branche s'attaque à un motif surabondant, ne peut être accueilli ;

Sur le second moyen : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 28 oct. 2003, n° de pourvoi K 00-20.065 et D 00-18.794**

Attendu que la société Consult voyages a organisé un voyage au Cambodge pour un groupe de Français ; qu'au cours d'une excursion sur le fleuve Mékong, la pirogue ayant chaviré, quatre personnes sont décédées par noyade, les autres regagnant la rive ; que les dix-huit survivants et les proches parents des quatre victimes ont fait assigner l'agence de voyages et son assureur, la compagnie Axa assurances, en réparation de leurs préjudices moraux ; que l'arrêt attaqué (Paris, 9 mai 2000) a confirmé, en application de la loi française sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'agence de voyages, la condamnation de ces derniers à réparer le préjudice moral subi par les dix-huit survivants, mais a rejeté l'action des proches parents des quatre personnes décédées, la loi cambodgienne ne reconnaissant pas la réparation de ce préjudice ;
Sur le premier moyen du pourvoi n° K 00-20.065 :
Attendu que le pourvoi fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que l'action des proches des victimes avait un fondement quasidélictuel et non contractuel dès lors qu'ils ne bénéficiaient pas d'une stipulation pour autrui explicite ou implicite insérée dans le contrat de voyage, alors, selon le moyen, qu'en exigeant que la stipulation pour autrui tacite qu'ils invoquaient à leur profit ait revêtu un caractère exprès, la cour d'appel a violé les articles 1121, 1122 et 1147 du Code civil ;
Mais attendu que l'arrêt, après avoir énoncé que les demandeurs, victimes par ricochet, n'étaient pas ayants cause de leurs parents décédés, n'agissant ni en qualité de cessionnaires, ni d'héritiers, a exactement décidé qu'ils ne pouvaient pas bénéficier d'une stipulation pour autrui implicite au titre du contrat de voyage, de sorte qu'il était exclu que leur action soit fondée sur la responsabilité contractuelle de l'agence de voyages ; que le moyen ne peut être accueilli ;
Sur le second moyen du pourvoi n° K 00-20.065 et sur le moyen du pourvoi n° D 00-18.794 :
Attendu que les demandeurs font grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé les articles 3 et 1382 du Code civil en rejetant leurs demandes de réparation du préjudice moral subi du fait du décès de leur parent, alors, selon le moyen, que, si le fait générateur s'est produit au Cambodge, leur dommage s'est réalisé en France, lieu où ils vivent, de sorte que la loi française était applicable ;
Mais attendu que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que celui du lieu de réalisation de ce dernier ; que s'agissant du préjudice moral subi par les victimes par ricochet, qui est en relation directe avec le fait dommageable et qui trouve sa source dans le dommage causé à la victime, la loi applicable à sa réparation est celle du lieu où ce dommage s'est réalisé et non celui où ce préjudice moral est subi ; que l'arrêt attaqué ayant relevé que le fait générateur du dommage était l'embarquement des passagers à bord d'un bateau instable, doté d'installations inadéquates et d'un barreur inexpérimenté, ce fait s'étant produit au Cambodge, pays où le bateau avait chaviré et celui où le dommage s'était réalisé, en appliquant la loi cambodgienne à la réparation du préjudice des victimes par ricochet, la cour d'appel a fait une exacte application de la règle de conflit de lois ; que les moyens ne sont pas fondés ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE les pourvois ;

- **<u>La cession du contrat</u>**

- **Cass. Civ. 1ère, 6 juin 2000, n° de pourvoi : 97-19347**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil, ensemble l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 ;

Attendu que le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti ;

Attendu que M. Vieira a confié la défense de ses intérêts dans une instance prud'homale à M. Gravellier, avocat membre d'une société civile professionnelle ; qu'il a conclu avec celui-ci, personnellement, une convention d'honoraires prévoyant, outre le paiement d'honoraires au temps passé, un honoraire de résultat ; que, lors de l'audience de conciliation, M. Gravellier s'était fait remplacer par l'un de ses associés, l'adversaire de M. Vieira a présenté une proposition transactionnelle que M. Vieira a acceptée après avoir pris conseil de l'avocat remplaçant de M. Gravellier ;

Attendu que le premier président a décidé que la convention d'honoraires ne pouvait s'appliquer, du fait que M. Gravellier n'avait pas assuré personnellement la défense de son client et a fixé les honoraires de l'avocat selon les règles du droit commun ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il relevait que M. Vieira avait admis que l'associé de son conseil l'assiste lors de l'audience de conciliation, constatant par là même que M. Vieira avait donné son consentement à la suppléance de son cocontractant, le premier président a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 7 juillet 1997, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le premier président de la cour d'appel de Toulouse.

II. – Doctrine

- **C. Guelfucci-Thibierge, De l'élargissement de la notion de partie au contrat … à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif, RTD Civ., 1994, p. 275.**

INTRODUCTION

1. Pendant longtemps, le principe de l'effet relatif a été considéré comme la conséquence logique du dogme de l'autonomie de la volonté qui dominait la théorie générale du contrat. Ce principe apparaissait comme une vérité d'évidence (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 4e éd. 1993, n° 650), comme l'expression juridique d'une règle de bon sens : chacun s'occupe de ses affaires, pas de celles des autres (J. Carbonnier, *Les obligations*, n° 122). Il était le fidèle reflet d'une conception individualiste du contrat.

Il en résultait que si la volonté des parties peut créer des obligations entre elles, elle ne peut en créer vis-à-vis de tiers, par hypothèse étrangers à cette volonté. On ne pouvait donc être créancier ou débiteur que si on l'avait voulu. La volonté apparaissait ainsi comme le critère de la qualité de partie au contrat.

Cela limitait donc la portée du principe de l'effet relatif au cercle restreint des personnes ayant conclu le contrat.

Dans cette stricte acception volontariste, il a subi tant d'atteintes qu'on l'a qualifié de « prétendu principe » (Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, R. Savatier, cette *Revue* 1934.525).

2. Mais progressivement, l'imbrication croissante des rapports sociaux a conduit à la prise de conscience que le contrat n'est plus un monde fermé, hermétiquement clos (J.-L. Aubert, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, cette *Revue* 1993.263, n° 1) aux influences extérieures et postérieures à sa conclusion. Autrement dit, le contrat n'est plus seulement l'affaire de ses seuls signataires. C'est à ce titre que l'on évoque à son propos l'idée d'une entité contractuelle ayant une valeur propre, indépendamment de la personne des contractants (J. Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français, *in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 56 ; L. Aynès, *La cession de contrat*, thèse Economica, 1984). Beaucoup plus que par le passé, le contrat s'intègre dans un ordre juridique qui influe sur lui ; par delà son effet obligatoire susceptible de s'étendre, il est un fait plus ou moins fortement opposable aux tiers.

La théorie générale du contrat ne peut demeurer insensible à cette évolution qu'elle doit à la fois pouvoir intégrer et guider en évoluant et s'ouvrant aux transformations du contrat.

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la signification du principe de l'effet relatif du contrat : celle-ci demeure inchangée telle qu'elle est exprimée dans la formule de l'article 1165 du code civil : le contrat ne peut ni nuire ni profiter au tiers ; encore convient-il de définir juridiquement et techniquement le sens de ces termes : la formule ne s'entend pas au sens courant ; elle ne signifie pas que le contrat ne puisse pas avoir des répercussions, favorables ou défavorables, pour les tiers (la précision est importante notamment pour les créanciers chirographaires des parties, cf *infra* n° 35). En tant que fait, il leur est opposable, ils ne peuvent donc pas l'ignorer. La formule de l'article 1165 s'entend dans un sens juridique et technique : le contrat ne peut pas rendre les tiers créanciers ou débiteurs en créant des obligations à leur profit ou à leur charge.

3. Mais si le sens du principe de l'effet relatif a perduré, sa portée quant à elle est conditionnée par la manière dont on définit les parties et donc corrélativement les tiers. Cette question vient d'agiter la doctrine civiliste la plus éminente.

L'enjeu de la discussion consiste à définir plus largement la notion de partie en admettant qu'il s'agit d'une catégorie non plus fixée une fois pour toutes au moment de la conclusion du contrat, mais d'une catégorie évolutive, susceptible d'inclure des personnes qui ont intégré postérieurement le cercle contractuel.

4. De nos jours, le contrat s'insère dans l'ordre juridique avec une sphère d'effets plus larges ; son rayonnement de force obligatoire, puissant pour les parties, soumises à la totalité de ses effets de droit, s'atténue pour les sous-contractants, concernés par un effet ponctuel, jusqu'à se transformer en un rayonnement plus diffus d'opposabilité ; ce dernier est lui-même susceptible de degrés dans la mesure où l'opposabilité est forte pour les tiers liés aux parties par un lien de droit alors qu'elle ne constitue plus que le halo d'un fait social quelconque pour les tiers étrangers aux parties.

Pour prendre en compte l'élargissement de la sphère des effets du contrat, et ses conséquences sur la notion de partie, il est important d'envisager les différentes conceptions de la notion de partie et les critiques qu'elles encourent (I), afin de proposer ensuite une conception élargie à l'abri de ces critiques et conforme à l'évolution contemporaine du contrat (II).

I. - LA DISCUSSION DOCTRINALE SUR LA DISTINCTION DES PARTIES ET DES TIERS

5. C'est un récent article de M. Ghestin (La distinction des parties et des tiers au contrat, *JCP* 1992.I.3628, étude extraite du volume sur les effets du contrat, LGDJ, 1992, par J. Ghestin avec le concours de M. Billiau) qui a eu le mérite d'inviter la doctrine à sortir de la relative torpeur qui était la sienne à propos de la distinction des parties et des tiers, et du principe de l'effet relatif du contrat (l'observation est de M. Aubert, dans son article en réplique publié à cette *Revue* 1993.263, préc. ; ces deux articles seront cités sous le seul nom de leur auteur).
Cet article a suscité une réponse fort argumentée de M. Aubert. Pour bien en saisir l'apport, il n'est pas inutile de le situer au regard de la distinction telle qu'elle était habituellement présentée, qui devient donc la conception classique, par opposition à la proposition novatrice de M. Ghestin.

A. - *La conception classique de la distinction*

6. L'étroitesse de la notion de partie retenue dans la présentation traditionnelle conditionne la teneur de la catégorie des tiers.

1. *La notion étroite de partie*

7. Dans une conception individualiste et volontariste du contrat, les parties se définissent comme les personnes qui ont voulu conclure l'acte. Cette conception étroite de la notion de partie traduit l'idée que l'on ne peut être tenu d'une obligation que si l'on y a consenti.
Le critère de la qualité de partie réside donc dans la volonté de contracter (B.Starck, H.Roland et L.Boyer, *Droit civil, Obligations*, n° 1198).
8. D'une manière traditionnelle, et cependant discutable compte tenu de ce critère volontariste, sont assimilées aux parties deux catégories de personnes.
D'une part, les personnes représentées ; on observera d'ores et déjà que leur volonté de conclure le contrat existe bien lorsqu'il s'agit d'une représentation conventionnelle, par exemple, par l'effet d'un contrat de mandat. En revanche, cette volonté contractuelle n'existe pas s'agissant de représentation légale, comme la représentation du mineur ou du majeur en tutelle. La qualité de partie du représenté légal tient bien plus d'un effet de la loi instituant un système de représentation légale que de sa volonté, juridiquement inefficace (cf. *infra* n° 28).
9. D'autre part, les successeurs des parties au contrat, c'est-à-dire les ayants cause universels ou à titre universel. En principe, ils deviennent partie au contrat conclu par leur auteur si ce contrat n'a pas épuisé tous ses effets au moment du décès de ce dernier. Ils deviennent donc créanciers ou débiteurs à la place du défunt puisqu'ils continuent sa personne. Là encore il s'agit bien d'un effet

de la loi. Cet effet se produit en dehors de leur volonté d'être partie à ce contrat puisqu'il se produit même s'ils en ignoraient l'existence, pour peu qu'ils n'aient pas refusé la succession (J.-L. Aubert, n° 43 ; *infra* n° 31).

2. *La notion de tiers*

10. Elle se subdivise.

D'une part, il y aurait les véritables tiers, c'est-à-dire les personnes totalement étrangères au contrat et aux parties, n'ayant aucun lien de droit avec elles. C'est la catégorie résiduelle et illimitée des *penitus extranei.*

D'autre part, il y aurait les « faux tiers », les personnes qui ne sont pas tout à fait des tiers sans pour autant être parties au contrat : les créanciers chirographaires des parties et leurs ayants cause à titre particulier.

Cette dernière catégorie, intermédiaire et hétéroclite disparaît, en tant que telle dans la nouvelle distinction des parties et des tiers.

B. - *La proposition d'élargissement de la notion de partie*

11. Pour M. Ghestin, la notion de partie doit inclure toutes les personnes liées, avec leur consentement effectif, par les effets obligatoires du contrat (J. Ghestin, n° 3). C'est là une conception élargie de la notion de partie puisque cette qualité existe quelque soit le moment où elle est acquise (cette tendance à l'élargissement de la notion de partie n'est pas seulement doctrinale, elle est aussi légale : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, n° 1200).

1. *La notion large de partie*

12. Elle résulte non plus d'un constat ponctuel établi lors de la conclusion du contrat mais d'une appréhension du contrat inscrite dans le temps. Ce qui conduit à une subdivision :

13. D'une part, les parties au moment de la formation du contrat, c'est-à-dire celles qui l'ont conclu en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant (J. Ghestin, n° 6).

D'autre part, les parties au moment de l'exécution du contrat, c'est-à-dire les personnes qui étaient initialement des tiers mais qui ont acquis la qualité de partie après la conclusion du contrat. Entrent dans cette catégorie les ayants cause universels et à titre universel. De même, la personne ayant conclu une cession de contrat avec l'une des parties, qui vient prendre sa qualité de partie créancière ou débitrice (*ibid.* n° 12).

Dans cette conception élargie, le critère de la qualité de partie réside dans la volonté d'être lié par les effets obligatoires du contrat (*ibid.* n° 4). Cette volonté peut se manifester aussi bien lors de la conclusion de l'acte que lors de son exécution. Le cercle des parties apparaît donc susceptible de se modifier au-delà de la rencontre des volontés.

2. *La notion corrélative de tiers*

14. Corrélativement, sont donc des tiers toutes les personnes liées par les effets du contrat alors qu'elles n'y ont pas consenti. Ainsi, au cas de cession légale du contrat, le cessionnaire demeurerait-il un tiers. Tel serait par exemple le cas de l'acquéreur d'une entreprise tenu de continuer les contrats de travail conclus par son prédécesseur, en vertu de l'article L. 1221-12 du code du travail. Selon M. Ghestin, ce cessionnaire légal ne devient pas partie au contrat de travail. Il demeure un tiers car il ne l'a pas voulu.

C. - *La critique*

15. Elle est formulée avec force par M. Aubert (A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, cette *Revue* 1993.263). Mais son attachement à l'autonomie de la volonté qui, pour lui, demeure la règle malgré son déclin (J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, 5e éd. 1991, n° 126-1), ne lui permet pas de la pousser jusqu'au bout.

16. Selon cet auteur, la conception élargie de la notion de partie consacre des distorsions difficilement compréhensibles : elle aboutit notamment à opposer des situations de droit semblables.

Par exemple, le cessionnaire légal d'un contrat qui se trouve substitué au cédant dans les différents rapports contractuels, demeure un tiers, tandis que l'héritier, qui est lui-même substitué au défunt dans les droits et obligations nés du contrat conclu par celui-ci, devient une partie (J.-L. Aubert, n° 29).

Il y a une distorsion à les qualifier respectivement de partie et de tiers dans la mesure où ils sont pourtant tous les deux liés par l'effet obligatoire du contrat, postérieurement à sa conclusion. Cette puissante critique en suscite une autre, plus générale.

17. Il en résulte en effet que la nouvelle distinction proposée ne permet pas de définir le champ de l'effet obligatoire du contrat, puisque les personnes liées par le contrat se répartissent entre les deux catégories, des parties et des tiers ; il y a alors rupture avec la classification traditionnelle dont le principe consistait à distinguer les personnes obligées par le contrat et les personnes simplement soumises à son opposabilité (J.-L. Aubert, n° 30).

18. Enfin une autre critique est ébauchée concernant le critère de la qualité de partie, consistant dans la volonté de la personne d'être liée par l'effet obligatoire du contrat (J. Ghestin, n° 4). M. Aubert, surpris de l'importance accordée à cette volonté par M. Ghestin (J.-L. Aubert, n° 38), constate qu'au fond, le nouveau critère proposé n'est pas très éloigné du critère classique de distinction des parties et des tiers (J.-L. Aubert, n° 46).

Mais parallèlement, il observe que cette volonté contractuelle est douteuse chez les ayants cause universels ou à titre universel dont la qualité de partie n'est pourtant pas discutée. L'auteur souligne, en effet, que l'héritier acceptant sera lié aussi bien par un contrat qu'il a effectivement connu que par un autre qu'il aurait ignoré (J.-L. Aubert, n° 43). Il y a donc quelque chose d'artificiel à fonder leur qualité de partie sur leur volonté d'être liés par les effets obligatoires du contrat, volonté au moins tacitement traduite par l'acceptation de la succession (J. Ghestin, n° 16). Il ne s'agit pas là d'une volonté contractuelle spécifique au contrat mais tout simplement d'un effet de la loi (ce que M. Ghestin reconnaît partiellement, n° 16).

19. Le critère volontariste retenu par M. Ghestin l'oblige même, pour justifier la qualité de partie des personnes légalement représentées, à recourir à une fiction légale de volonté, malgré ses réserves à l'égard des fictions en général (J. Ghestin, n° 10). Or, cela n'est plus à démontrer, le recours à la volonté tacite ou fictive pour fonder des règles légales, très fréquent dans la conception classique dominée par l'autonomie de la volonté, a progressivement reflué (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 302). Il est pour le moins discutable de le voir ainsi ressuscité.

De manière plus générale, c'est le choix de ce critère exclusif de la volonté pour déterminer la qualité de partie au contrat qui engendre les solutions discutables dénoncées par M. Aubert.

20. Mais de la rigueur et de la pertinence des critiques formulées, on peut tirer deux conclusions diamétralement opposées :

- ou l'on déduit que la nouvelle distinction proposée est inopportune ; on la rejette alors pour en revenir à une conception classique de la distinction des parties et des tiers. C'est la conclusion qui s'évince logiquement de l'article de M. Aubert. Mais c'est alors faire fi de l'intérêt de l'innovation suggérée et de la nécessité pour la théorie générale d'évoluer et de s'adapter au rayonnement croissant du contrat au-delà du cercle de ceux qui l'ont conclu ;

- ou bien, au contraire, on déduit que la distinction proposée, et notamment la nouvelle conception élargie de la notion de partie, est juste dans son principe, en ce qu'elle permet cette évolution nécessaire de la portée du principe de l'effet relatif, mais qu'elle ne va peut-être pas suffisamment loin dans son abandon d'une conception strictement volontariste du contrat ; en ce cas, tout en en conservant le principe, il s'agit d'en repenser le critère et la mise en oeuvre.

21. En effet, comme critère de la qualité de partie, M. Ghestin maintient celui de la volonté, mais en l'élargissant : il ne s'agit plus seulement de la volonté de conclure le contrat mais plus généralement de la volonté d'être lié par le contrat.

Or quasiment toutes les critiques de M. Aubert tombent si l'on ne subordonne pas la qualité de parties à cet unique critère volontariste. Une seule perdure cependant : celle qui consiste à dénoncer le caractère évolutif de la notion de tiers et de parties afin de n'utiliser la distinction qu'au stade de la formation du contrat (J.-L. Aubert, n° 55). Cette conception découle d'une compréhension classique de la théorie générale du contrat, de manière directe mais cependant non-nécessaire. D'autres auteurs, en effet, tout en admettant le principe d'autonomie de la volonté, malgré son recul (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 611), soulignent cependant le caractère évolutif de la notion de tiers et donc corrélativement de celle de partie (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 657 ; *adde* G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2e éd. 1988, n° 262).

II. - LA CONCILIATION SUR LA DISTINCTION DES PARTIES ET DES TIERS

22. Cette conciliation consiste à conserver le principe d'un élargissement de la notion de partie tout en repensant son critère ; l'axe de sa recherche est fondé sur l'évolution contemporaine de la conception du contrat et des fondements de la théorie générale.

A. - *Les parties au contrat*

23. Différents critères peuvent être utilisés pour définir la qualité de partie : dans la conception classique, il s'agit de la volonté au moment de la conclusion du contrat ; dans la nouvelle conception proposée par M. Ghestin, c'est la volonté d'être lié par le contrat que celle-ci existe au stade de la formation ou à celui de l'exécution de l'acte. L'élargissement de la notion de partie se fait donc dans le temps.

24. Sans revenir sur cette idée qui traduit incontestablement une évolution profonde du contrat et un assouplissement nécessaire de sa compréhension, il serait également possible d'admettre un élargissement quant à la source de la qualité de partie : le droit positif révèle en effet que celle-ci peut résulter non seulement de la volonté, mais aussi de la loi.

Alors qu'il est généralement admis aujourd'hui que la loi fonde la force obligatoire du contrat, qu'elle contribue à en définir voire à en modifier le contenu, rien n'empêche d'admettre que la loi puisse également attribuer la qualité de partie à une personne qui n'y a pas consenti, lorsque des impératifs supérieurs à sa volonté l'imposent.

Le droit positif en fournit plusieurs illustrations (cf *infra* n° 28 et n° 31) ; quant à la doctrine, elle l'admet implicitement en assimilant les ayants cause universels aux parties ; mais, jusqu'à

maintenant, cela était occulté par la conception exclusivement volontariste du contrat. Plusieurs auteurs l'admettent même explicitement, soulignant qu'en vertu de la loi une personne peut succéder à l'une des parties et ainsi de tiers, devenir partie (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 658, à propos du cessionnaire légal d'un contrat ; F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler, n° 464, à propos du cessionnaire conventionnel).

25. Une telle présentation permet, tout en conservant la distinction nouvelle, d'éviter les distorsions qu'elle engendre en raison d'un critère trop étroit ; en outre, elle fournit un double critère net pour déterminer les personnes en principe soumises à l'effet obligatoire du contrat, Elle évite également de formuler le truisme dénoncé par M. Ghestin selon lequel seraient parties toutes les personnes liées par l'effet obligatoire du contrat (J. Ghestin, n° 3, p. 518), qui revient à confondre la qualité de partie avec les effets de cette qualification.

Les parties peuvent donc se définir comme les personnes soumises à l'effet obligatoire du contrat par l'effet de leur volonté ou par l'effet de la loi.

1. *Les parties au moment de la formation du contrat*
26. La volonté n'est pas un critère unique, suffisant pour expliquer la qualité de parties de certaines personnes et cela, même dans la conception classique étroite de la notion de partie. Exceptionnellement, la loi peut également conférer cette qualité à une partie, indépendamment de toute volonté contractuelle de sa part.

27. *Les parties par l'effet de leur volonté* : il s'agit des personnes qui ont elles-mêmes conclu le contrat ou qui l'ont conclu par l'intermédiaire d'un représentant conventionnel qu'elles ont volontairement chargé de les représenter. Elles n'appellent aucun commentaire particulier ; cette qualification est admise dans la conception classique et dans la conception élargie (J. Ghestin, n° 7).

28. *Les parties par l'effet conjugué de la loi et de la volonté d'un représentant* : il s'agit des personnes légalement représentées, c'est-à-dire sans que leur volonté intervienne dans la conclusion du contrat. Tel est le cas dans les systèmes de représentation légale du mineur ou du majeur incapable. Le recours à une fiction de volonté (J. Ghestin, n° 10 *in fine*), compréhensible dans une conception classique et volontariste du contrat, qui était celle de la doctrine du siècle précédent, est un artifice qui n'est plus de mise aujourd'hui. La logique aurait dû conduire à l'écarter d'une conception des parties fondée sur le critère de la volonté (J. Ghestin, n° 10). Cela n'est cependant plus nécessaire si l'on admet que la qualité de partie au contrat du représenté puisse provenir de l'effet cumulé de la loi et de la volonté du représentant. Par le jeu de la représentation, le représentant émet la volonté d'agir au nom d'autrui, ce qui aura pour effet d'imputer les effets obligatoires de l'acte au représenté.

2. *Les parties au moment de l'exécution du contrat*

29. C'est là un apport notable de la conception élargie de la notion de partie que de n'être pas cristallisée sur le moment de la formation du contrat, mais d'admettre que la catégorie des parties, et donc des tiers au contrat, puisse évoluer après sa conclusion (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 658, évoquant les tiers devenus parties et J. Ghestin, n° 11 et n° 18, les personnes ayant acquis ou perdu la qualité de partie ; G. Marty et P. Raynaud, n° 262 pour lesquels « le cercle des parties n'est pas définitivement fixé au moment de la formation du contrat »).

Cet apport s'accroît lorsque l'on constate que la qualité de partie peut avoir une source volontaire ou une source légale.

30. *Les parties par l'effet de leur volonté* : entrent dans cette catégorie des personnes initialement tiers au contrat qui y deviennent volontairement parties après sa conclusion.

Il s'agit du cessionnaire du contrat, substitué à l'une des parties par l'effet d'une cession conventionnelle de contrat (G. Marty et P. Raynaud, n° 262 et n° 35 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 779 et 789). Son acquisition de la qualité de partie suppose l'accord de la partie cédante et du cessionnaire (G. Marty et P. Raynaud, n° 350, p. 360).

Il s'agit aussi de la personne ayant ratifié l'engagement de celui qui s'est porté fort pour elle lors de la signature du contrat. Jusque là étranger à l'acte, puisque la promesse de porte-fort ne fait naître aucune dette à sa charge, ce tiers, parfaitement libre de ratifier l'acte qui la contient, y devient partie par sa ratification. La qualification de partie ne fait pas l'objet de discussion (J.-L. Aubert, n° 41 ; J. Ghestin, n° 14 ; V. également A. Sériaux, *Droit civil, Droit des obligations*, PUF, 1992, n° 51 *in fine*).

31. *Les parties par l'effet de la loi* : ce sont toutes personnes qui, indépendamment de leur volonté d'être liées par effets du contrat, intègrent le cercle contractuel après la conclusion du contrat, par l'effet d'une disposition légale.

Cette modification se produit par substitution à l'une des parties.

Dans cette catégorie de parties figurent les ayants cause universels et à titre universel, qui par l'effet de la loi successorale, continuent la personne du défunt et viennent s'y substituer dans le contrat conclu par lui.

Ce sont aussi les personnes substituées à l'une des parties par l'effet d'une cession légale du contrat initial. La nécessité de continuer le contrat par delà le changement de l'une des parties est supérieure à la volonté du cessionnaire. C'est l'hypothèse de l'acquéreur d'une entreprise qui se trouve substitué à l'employeur précédent dans les contrats de travail qui liaient ce dernier aux salariés (Art. L. 122-12 c. trav.).

Pour cette dernière catégorie, la qualification est différente de celle préconisée par M. Ghestin. Cette qualification de partie est cependant admise par d'autres auteurs (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 658).

La question pourrait être envisagée de savoir si cette modification ne pourrait pas également se produire par l'élargissement du cercle contractuel ; celui-ci pourrait alors inclure les sous-contractants liés seulement par certains effets obligatoires du contrat initial (G. Marty et P. Raynaud, n° 262). Peut-être serait-on alors conduit à admettre qu'une personne puisse acquérir la qualité de partie par l'effet d'une règle jurisprudentielle. Dans l'expression « parties par l'effet de la loi », il suffirait alors d'entendre le terme « loi » dans son sens matériel.

Au fond, la seule limite découlant du principe de l'effet relatif est la suivante : on ne peut devenir partie par le seul effet de la volonté d'autrui.

Cette conception élargie de la notion de partie produit des répercussions sur la notion de tiers.

B. - *Les tiers au contrat*

32. L'étendue de la notion de parties au contrat conditionne, corrélativement, celle de tiers.

Dans la conception classique du principe de l'effet relatif du contrat, imprégnée du dogme de l'autonomie de la volonté, seules sont parties au contrat les personnes qui l'ont voulu et les

personnes assimilées ; la notion de partie est donc entendue de manière étroite ; l'ensemble des autres personnes peut alors être présenté de deux manières :

- la première présentation consiste en un gonflement de la catégorie des tiers ; s'il s'agit de tous ceux qui n'ont pas échangé leur consentement, cette catégorie est alors complètement hétérogène et perd son intérêt faute de pouvoir dégager une règle générale concernant l'effet relatif s'appliquant à tous ces tiers (Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 656) ;

- pour remédier à cet inconvénient, une seconde présentation est possible : elle consiste à faire apparaître entre les parties et les tiers, des catégories intermédiaires de personnes qui ne sont plus tout à fait des tiers mais pas complètement des parties non plus (J. Flour et J.-L. Aubert, n° 435 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, n° 472).

33. Dans une conception renouvelée de l'effet relatif, l'élargissement de la notion de partie ne laisse subsister que deux catégories bien tranchées : celle des parties et celle des tiers, dont la distinction constitue une *summa divisio*.

Dans une parfaite symétrie par rapport à la notion de partie, est tiers au contrat toute personne qui n'est pas soumise à son effet obligatoire par l'effet de sa volonté ou par l'effet de la loi. Cela inclut deux catégories de personnes.

1. *Les tiers non soumis à l'effet obligatoire du contrat*
34. *Les penitus extranei* : n'ayant aucun lien avec les parties, la question des effets du contrat ne se pose même pas à leur égard. Ils ne sont concernés, et encore de manière très théorique, que par une lointaine opposabilité. C'est l'opposabilité minimum du contrat considéré comme un fait.

35. *Les créanciers chirographaires de l'une des parties* : ils ne disposent que d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur ; par conséquent, les contrats conclus par celui-ci qui en modifient la consistance, produisent des répercussions sur l'assiette de leur droit ; ils leur nuisent ou leur profitent au sens courant du terme, mais non pas au sens juridique et technique de l'article 1165 du code civil ; en effet les contrats conclus par leur débiteur ne les rendent ni débiteurs, ni créanciers ; ils n'ont aucun effet obligatoire à l'égard des créanciers chirographaires, qui ne sont aucunement liés par eux ; ceux-ci demeurent des tiers à qui les contrats conclus par leur débiteur sont seulement opposables en tant que fait (H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations*, n° 751). Ils présentent cependant une spécificité par rapport aux *penitus extranei* : l'opposabilité les concernant est très forte ; il s'agit d'une opposabilité renforcée (F. Terré, Ph. Simler et V. Lequette, n° 473).

36. *Les ayants cause à titre particulier* : en principe, l'ayant cause à titre particulier n'est pas tenu des obligations personnelles de son auteur ; il demeure tiers à l'égard des contrats conclus par ce dernier, faute de volonté ou de disposition légale le soumettant aux effets obligatoires dudit contrat.

Une exception est faite à ce principe concernant les contrats constitutifs d'un droit réel sur le bien transmis. Présenter cette règle comme une exception au principe de l'effet relatif semble traduire une confusion avec la règle de l'opposabilité : si l'ayant cause doit respecter le droit réel, ce n'est pas parce qu'il est soumis à l'effet obligatoire du contrat conclu par son auteur ; c'est parce que ce contrat et le droit réel qu'il a constitué lui sont opposables. Cela ne remet pas en cause sa qualité de tiers audit contrat.

37. *Les penitus extranei*, les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre particulier ne sont pas soumis à l'effet obligatoire du contrat ; celui-ci leur est seulement opposable, plus ou moins

puissamment selon qu'un lien de droit les lie ou non à l'une des parties au contrat. Ils sont donc tous des tiers au contrat.

2. *Les tiers soumis à l'effet obligatoire du contrat*
38. Sont également des tiers les personnes qui, par exception au principe de l'effet relatif, sont soumises à l'effet obligatoire du contrat alors qu'elles ne l'ont pas voulu et que la loi ne le leur impose pas.

Il s'agit principalement du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Celui-ci devient créancier par l'effet du contrat conclu entre le promettant et le stipulant, autrement dit par la volonté de deux tiers, indépendamment de sa propre volonté, puisque son acceptation ne fait que consolider un droit qui est né lors de la conclusion de l'acte contenant la stipulation à son profit (G. Marty et P. Raynaud, n° 290 *in fine* ; Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 677 ; J. Mestre, cette *Revue* 1994.100, n° 5).
La dérogation que constitue la stipulation pour autrui au principe de l'effet relatif est cependant limitée s'agissant d'une stipulation avec charges, désormais admise par la jurisprudence (Civ. 1re, 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, n° 343). L'acceptation du bénéficiaire y joue alors un second rôle, celui de permettre la naissance de l'obligation (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, n° 498 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 681).

La dualité d'effets de l'acceptation devrait conduire à admettre une dualité de qualité du bénéficiaire : tiers au contrat contenant la stipulation en ce qu'elle crée un droit à son profit, il serait partie en ce qu'elle met une obligation à sa charge. Cela est cependant sans conséquence sur l'unité du régime qui lui est applicable en ce sens que, dans les deux cas, il est soumis à l'effet obligatoire du contrat.

39. Cet élargissement de la notion de partie au contrat et, consécutivement, de la portée du principe de l'effet relatif, n'est que la conséquence du fondement de la force obligatoire du contrat qui réside non dans l'accord des volontés, mais dans la loi (Hans Kelsen, La théorie juridique de la convention, *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 47, n° 13). Dès lors, rien n'empêche d'admettre que « le législateur ou même la jurisprudence décide, pour satisfaire tel ou tel impératif, d'étendre le cercle des personnes obligées au-delà de ceux qui ont conclu le contrat » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, n° 460 *in fine*).

- **C. Lisanti-Kalczynski, L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse, JCP G, 2003, I, 102.**

1. - 1 - Le 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière dénouait l'une des plus importantes divergences jurisprudentielles de ces dernières décennies [Note 1]. Dans l'arrêt *Besse*, elle refusait de reconnaître une action directe au bénéfice du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Plus de dix ans après, si cette action a survécu, la question de son devenir se pose avec une acuité toute particulière. En effet, l'analyse de la jurisprudence qui a suivi engage à être pessimiste sur son avenir. L'observation de ses dernières évolutions semble même révéler un nouveau recul [Note 2]. Bien plus qu'il y a dix ans, l'action directe dans les chaînes de contrats serait-elle en péril ?

2. - 2 - Pour éclairer ce débat, il convient de rappeler les contours des notions d'action directe et de chaînes de contrats.

3. - L'action directe est une notion polymorphe ; plus que de l'action directe, il serait préférable de parler des actions directes. Si plusieurs classifications en ont été proposées [Note 3], toutes se rejoignent en un point ; l'action directe *"permet à un créancier de poursuivre directement, en son propre nom et pour son compte, un tiers, qui est (en principe) débiteur de son débiteur"* [Note 4].

4. - La notion de chaînes de contrats résulte de la théorie des groupes de contrats [Note 5]. Les *chaînes de contrats* [Note 6], qui constituent une forme particulière de *groupe de contrats*, se caractérisent par la succession de contrats liés entre eux par une identité d'objet. Elles doivent être distinguées d'un autre type de groupe de contrats, les *ensembles contractuels* [Note 7], dans lesquels les contrats sont liés par une identité de cause. La notion de chaînes de contrats recouvre elle-même plusieurs réalités selon la nature des contrats qui la composent. La chaîne est *homogène* lorsque se succèdent des contrats identiques, *hétérogène* si elle est constituée de contrats différents.

5. - Dans les chaînes de contrats, la question se posait de la nature de la responsabilité d'un maillon extrême de la chaîne à l'égard des autres participants : doit-on appliquer strictement le principe de l'effet relatif des conventions ou bien peut-on écarter ce principe et admettre l'existence d'une action directe de nature contractuelle ?

6. - 3 - Dès le XIXe siècle, la jurisprudence avait admis que le sous-acquéreur pouvait, non seulement engager la responsabilité délictuelle du vendeur initial, mais également lui demander des dommages et intérêts sur le fondement de la garantie des vices cachés [Note 8]. Ainsi, l'action directe constituait une faveur pour son titulaire, qui pouvait préférer, selon ses intérêts, l'action directe contractuelle ou la responsabilité délictuelle. Néanmoins, cette solution n'allait pouvoir résister au principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité posé ultérieurement par la jurisprudence [Note 9].

7. - À compter de la fin des années 1970, et surtout dans les années 1980, l'action directe dans les chaînes de contrats fut l'objet d'un engouement particulier et a prospéré. En premier lieu, la possibilité pour le titulaire de l'action directe d'agir en responsabilité délictuelle fut abandonnée par la première chambre civile. Dans l'arrêt *Lamborghini* [Note 10], elle énonçait, dans une chaîne homogène de contrats de vente, que l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial est de nature*nécessairement* contractuelle. En second lieu, le domaine de l'action fut largement débattu. L'action directe pouvait-elle être admise dans les autres chaînes de contrats, voire dans les ensembles de contrats ? En réalité, ces interrogations relatives au domaine de l'action directe, dissimulaient la question de son fondement. Sur ce point, des dissensions se sont élevées entre les auteurs alors que dans un même temps, des divergences de jurisprudence apparaissaient.

8. - Selon une première analyse, fondée sur la proposition formulée par Aubry et Rau [Note 11], l'action directe serait un accessoire de la chose, transmise *intuitu rei*, au fil des transferts de propriété réalisés dans la chaîne de contrats. Par conséquent, l'action directe serait strictement limitée aux chaînes de contrats translatives de propriété. À cette thèse s'opposait une justification nouvelle fondée sur la théorie des groupes de contrats [Note 12] : l'existence d'un groupe de contrats expliquerait que la responsabilité contractuelle puisse être étendue à tous les membres de ce groupe. Ainsi, l'action directe pourrait être reconnue non seulement dans toutes les *chaînes de contrats,* homogènes comme hétérogènes, translatives ou non de propriété, mais également dans les *ensembles contractuels*.

9. - Ces discussions doctrinales allaient désorienter la jurisprudence. Une première controverse opposa la première et la troisième chambres civiles à propos de l'existence de l'action directe lorsque se succèdent un contrat de vente et un contrat d'entreprise. Dans deux arrêts rendus le 7 février 1986, l'Assemblée plénière trancha cette controverse en faveur de l'existence de l'action [Note 13].

10. - La question du domaine de l'action directe n'était pas pour autant réglée dans les autres groupes de contrats. Une seconde divergence de solutions s'engagea entre la première et la troisième

chambres civiles. Directement inspirée de la théorie des groupes de contrats, la première chambre civile étendait le domaine de l'action directe aux chaînes de contrats non translatives de propriété en qualifiant de contractuelle l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant [Note 14]. Point ultime de cette évolution, la première chambre civile tentait d'exporter l'action directe en dehors même des chaînes de contrats pour consacrer son existence dans un ensemble contractuel [Note 15]. À l'inverse, la troisième chambre civile restait fidèle à la thèse classique et avait refusé à de nombreuses reprises, d'étendre l'action directe en dehors du domaine des chaînes de contrats translatives de propriété [Note 16]. Le 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière prenait parti sur cette deuxième controverse.

11. - 4 - Le débat portait sur la nature de l'action exercée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, c'est-à-dire dans une chaîne homogène non translative de propriété, alors que l'on se situait au-delà des conditions d'application de l'article 1792 du Code civil. S'agissait-il d'une action de nature contractuelle, comme la première chambre civile l'admettait en se fondant sur la théorie des groupes de contrats ou bien fallait-il considérer, à l'instar de la troisième chambre civile, que l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est de nature délictuelle ? Sous le visa unique de l'article 1165 du Code civil, l'Assemblée plénière a énoncé que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage et a refusé en conséquence l'action directe exercée par ce dernier contre le sous-traitant. Par cette réponse, elle dénouait la polémique élevée entre la première et la troisième chambres civiles en faveur de cette dernière.

12. - Le répit fut néanmoins de courte durée : l'Assemblée plénière avait-elle posé une simple restriction du domaine de l'action directe ou avait-elle nié le principe même de l'action directe dans les groupes de contrats ? Les décisions qui suivirent ont permis de lever ces interrogations. Très vite, c'est à l'unisson [Note 17] que les différentes chambres de la Cour de cassation ont dessiné les contours du "nouveau" domaine de l'action directe. Celui-ci n'est pas anéanti mais est strictement circonscrit aux chaînes de contrats translatives de propriété. Le coup d'arrêt porté à l'action directe est donc limité : l'action perdure mais son existence suppose que l'on distingue parmi les chaînes de contrats, celles qui opèrent un transfert de propriété, pour lesquelles il faut admettre l'existence de l'action directe, de celles dans lesquelles aucun transfert de propriété ne se réalise, pour lesquelles à l'inverse aucune action directe ne doit être admise. Dès lors, on s'accordait pour dire que le fondement de l'action était celui de l'*intuitus rei* ; la controverse paraissait ainsi close.

13. - 5 - Seuls quelques auteurs se sont ensuite intéressés du devenir de ce débat [Note 18]. Est-ce à dire que l'arrêt *Besse* aurait définitivement résolu les problèmes suscités par l'action directe dans les chaînes de contrats ? Il n'en est rien. Dès 1992, de nouvelles affaires mettaient à l'épreuve la jurisprudence qui paraissait si bien établie par l'Assemblée plénière. La question allait prendre une dimension nouvelle. Aux interrogations suscitées par l'existence et par l'opposabilité des clauses limitatives de garantie et de responsabilité s'ajoutent celles relatives aux clauses compromissoires. Aux problèmes de droit interne suscités par le domaine de l'action directe, se juxtaposent ceux de droit international privé. De surcroît, un arrêt rendu le 28 novembre 2001 par la troisième chambre civile [Note 19] engage à ne pas être très optimiste sur l'avenir de l'action directe. Les nouvelles directions prises par l'action directe dans les chaînes de contrats suscitent l'interrogation : plus de dix ans après l'arrêt *Besse*, que reste-t-il de l'action directe dans les chaînes de contrats ?

14. - Le bilan révèle un grand désordre. La désorganisation du régime comme la remise en cause du domaine de l'action directe sont autant d'éléments inédits qui jettent le trouble sur l'action directe. Ces *perturbations dans l'action directe* (**1**) attestent assurément de ses faiblesses. Dès lors, l'action directe n'est-elle pas elle-même en voie de perdition ? Ces perturbations ne sont-elles pas le présage d'une inéluctable disparition de l'action directe dans les chaînes de contrats ? L'analyse de ces perturbations invite à une réflexion sur le bien-fondé de l'action directe dans les chaînes de contrats et ouvre une voie à une *contestation de l'action directe* (**2**).

2. 1 - Les perturbations dans l'action directe

15. -

16. - 6 - Des incertitudes semblent gagner le régime de l'action directe dans les chaînes de contrats (**A**) alors que des menaces pèsent sur son domaine (**B**).

A. - A - Les incertitudes sur le régime

17. -

18. - 7 - La question de l'existence de clauses dans le contrat initial et de leur opposabilité au titulaire de l'action directe est en principe résolue en faveur du cocontractant initial. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Besse* s'est orientée en ce sens, non d'ailleurs sans susciter certaines interrogations. L'opposabilité des clauses limitatives de garantie ou de responsabilité (**1°**) et des clauses de différends (**2°**) en constituent des exemples particulièrement topiques.

8 - **1°** Un consensus jurisprudentiel s'est dégagé en faveur de l'opposabilité des clauses limitatives de garantie ou de responsabilité figurant dans le contrat originaire au bénéficiaire de l'action directe. L'arrêt le plus connu est sans doute l'arrêt*Zurich France*, rendu le 7 juin 1995 par la première chambre civile [Note 20]. En l'espèce, un contrat d'entreprise avait été conclu pour la réalisation de collecteurs d'eau. L'entrepreneur avait commandé des vannes auprès d'un fabricant. Dans ce contrat de vente, figurait une clause limitative de garantie. L'une des vannes ayant éclaté, d'importants dégâts étaient subis par le maître de l'ouvrage. Son assureur, ayant indemnisé le maître de l'ouvrage des dommages subis, assignait alors le fabricant et son assureur en remboursement des sommes versées et en réparation du préjudice subi. Le fabricant lui opposait la clause limitative de garantie figurant dans le contrat originaire. Pour s'y soustraire, le demandeur soulignait que la victime, dans les droits de laquelle il était subrogé, était un professionnel profane : la clause ne pouvait donc lui être opposée. La première chambre civile faisait droit au fabricant et admettait l'opposabilité de la clause au maître de l'ouvrage.

Cette solution résulte du fondement de l'action. Dès lors que l'on retient que l'action directe est un accessoire de la chose, transmis *intuitu rei*, son régime doit être celui de l'action issue du contrat originaire. Par application de la règle *nemo plus juris*..., si une clause limitait l'exercice de l'action initiale, cette clause doit limiter également l'exercice de l'action directe par le maître de l'ouvrage. Concrètement, dès lors que la clause est valable dans le contrat originaire, elle peut être opposée à celui qui exerce l'action directe. La solution n'est pas limitée à l'opposabilité des clauses limitatives de garantie mais vaut, selon les termes mêmes de l'arrêt, pour *"tous les moyens de défense*" opposables au titulaire originaire de l'action.

Aussi justifiée soit-elle eu égard à son fondement, cette solution perturbe l'exercice de l'action directe. Elle passe outre la qualité de la victime, en l'occurrence un professionnel profane, à qui la clause n'aurait pas été opposable s'il avait été le cocontractant direct du fabricant. En faisant fi de cette qualité, elle paraît en complet décalage par rapport à l'évolution de notre droit qui, sous l'influence consumériste, manifeste une certaine méfiance à l'encontre des clauses limitatives de garantie ou de responsabilité. Ainsi, il a été très justement observé l'"*irritante contradiction*" [Note 21] existant entre la protection du cocontractant du débiteur et celle du titulaire de l'action directe. Rappelons, en effet, qu'une clause limitative de garantie ne peut produire ses effets qu'à l'égard d'un professionnel de la même spécialité que le vendeur professionnel. Cette règle est écartée lorsque la clause est transmise dans une chaîne de contrats : le vendeur professionnel peut parfaitement opposer une clause limitative de garantie au sous-acquéreur ou au maître de l'ouvrage, même si celui-ci est un professionnel d'une autre spécialité voire un consommateur ! L'argument est d'ailleurs transposable aux clauses limitatives de responsabilité, à l'égard desquelles la jurisprudence se montre particulièrement suspicieuse [Note 22].

9 - Pour limiter la portée du principe d'opposabilité des clauses, des auteurs ont souligné que leschaînes hétérogènes composées de contrats de vente et de contrats d'entreprise ne sont pas strictement translatives de propriété, mais plus exactement acquisitives de propriété [Note 23]. Selon ses partisans, le principe de transmission de l'action directe en tant qu'accessoire serait ici contestable parce qu'il n'y a pas de transfert principal de la chose, l'action directe devrait être ici refusée au maître de l'ouvrage. La solution des arrêts d'Assemblée plénière du 7 février 1986 devrait ainsi être abandonnée.

Peut-être est-ce la thèse qu'a entendu consacrer la troisième chambre civile le 28 novembre 2001, lorsqu'elle refuse au maître de l'ouvrage une action directe contre le fournisseur du sous-traitant [Note 24]. En l'espèce, le maître de l'ouvrage avait fait effectuer des travaux par un entrepreneur, qui avait lui-même fait appel à un sous-traitant. Le sous-traitant avait fait réaliser certaines pièces par un

fabricant. Des désordres ayant été constatés sur ces pièces, l'assureur du maître de l'ouvrage, subrogé dans ses droits après paiement, agissait directement contre le fabricant sur le fondement de la garantie des vices cachés et de l'inexécution de son obligation de conseil. Selon la troisième chambre civile, seule une action de nature délictuelle peut être engagée par le maître de l'ouvrage contre le fournisseur du sous-traitant. Est-ce parce qu'ici la chaîne de contrats n'est pas strictement translative de propriété que l'action directe du maître de l'ouvrage contre le fournisseur du sous-traitant est refusée ? En limitant de la sorte le domaine de l'action directe, cette solution, si elle se confirmait, limiterait donc considérablement la portée de l'arrêt *Zurich France*. Il semble néanmoins qu'il faille nuancer l'argument. La troisième chambre civile ayant toujours été la plus hostile à l'égard de l'action directe, il n'est pas certain que la première chambre civile suivra cette solution, au risque d'une nouvelle divergence entre les deux chambres ...

10 - **2°** Des perturbations d'un autre type peuvent être observées à propos de l'opposabilité des clauses de différends. La question semble pourtant se poser en des termes identiques : une clause d'attribution de compétence ou une clause compromissoire figurant dans le contrat originaire, pourront-elles être opposées au titulaire de l'action directe ? La réponse est néanmoins plus incertaine.

11 - Des flottements dans la jurisprudence peuvent être observés à propos de l'opposabilité de la clause attributive de compétence : elle est tantôt rejetée [Note 25], tantôt admise [Note 26]. Pour la clause compromissoire, la jurisprudence semble plus nettement évoluer en faveur de sa transmission. Se fondant sur l'autonomie de cette clause, la jurisprudence refusait traditionnellement sa transmission dans les chaînes de contrats et donc son opposabilité au bénéficiaire d'une action directe [Note 27]. Dans un arrêt du 6 février 2001 [Note 28], la première chambre civile a néanmoins écarté cette analyse. La transmission de la clause "*avec l'action contractuelle*" devient le principe, assorti d'une exception lorsque celui qui exerce l'action prouvera son "*ignorance raisonnable de l'existence de cette clause*".

Cette solution, rendue à propos de la transmission d'une clause d'arbitrage international dans une chaîne composée de la succession de contrats de vente, soulève de multiples questions. Est-elle applicable aux clauses d'arbitrage de droit interne et aux clauses attributives de compétence ? Est-elle limitée aux chaînes de contrats homogènes et translatives ou peut-elle être étendue aux chaînes de contrats hétérogènes translatives qui, en principe, suivent le même régime ? L'opposabilité de la clause résulte-t-elle du fondement *intuitu rei* de l'action directe, ou s'inscrit-elle plus modestement dans le mouvement favorable à la circulation de la clause compromissoire constatée même en dehors des chaînes de contrats ? Au surplus, parce qu'il permet au sous-acquéreur de prouver "*son ignorance légitime*" de la clause compromissoire pour en neutraliser l'opposabilité, l'arrêt relance le débat sur l'incidence de la qualité de la victime sur l'opposabilité de la clause. Le consommateur comme le profane ne pourraient-ils pas s'abriter derrière cette exception pour mettre en échec la clause compromissoire [Note 29] ? L'arrêt ne reprend pas sur ce point la solution adoptée pour les clauses limitatives. Cette exception ici posée est-elle propre aux clauses de différends ou bien peut-elle s'étendre à tout autre type de clause ? Si l'on retient cette dernière interprétation, il y aurait un changement radical par rapport à la jurisprudence posée dans l'arrêt *Zurich France*...

Si les hésitations relatives à l'opposabilité des clauses de différends se dissipent en faveur de la transmission de ces clauses, de nombreuses questions nouvelles restent en suspens. L'exercice de l'action directe, non seulement perturbé par les solutions jurisprudentielles défavorables à la victime, se complique d'incertitudes sur son régime. À ces perturbations s'adjoignent des menaces sur le domaine de l'action directe.

B. - B - Les menaces sur le domaine

19. -

20. - 12 - Une hostilité à l'action directe peut être discernée dans les solutions retenues à propos de son existence dans les chaînes internationales de contrats [Note 30]. Ces menaces sur le domaine de l'action directe suggèrent une réflexion sur leur portée en droit interne.

13 - Cette hostilité peut être observée en premier lieu à propos de l'application des règles de conflits de juridictions et en second lieu pour l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

Pour les conflits de juridictions, la question était de savoir si l'article 5. 1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 s'applique à l'action exercée par le sous-acquéreur contre le fabricant. Ce texte offre au demandeur en matière contractuelle une option de compétence entre le domicile du défendeur et le lieu où l'obligation qui fonde l'action a été ou devait être exécutée. Le sous-acquéreur peut-il se prévaloir à l'encontre du fabricant de cette option de compétence, inhérente à la matière contractuelle ? En l'espèce, un système d'aspiration fabriqué par une société allemande, *Jakob Handte*, avait été vendu à une société d'importation française qui l'avait revendu à une autre société française. Ce système s'étant révélé impropre à l'usage auquel il était destiné, le sous-acquéreur avait assigné le fabricant sur le fondement des vices cachés devant les juridictions françaises. La société allemande contestait cette compétence devant la première chambre civile qui posait alors une question préjudicielle à la CJCE. Le 17 juin 1992, la CJCE répondait que l'article 5. 1° de la Convention, relatif à la matière contractuelle, ne s'applique pas à l'action exercée par le sous-acquéreur contre le fabricant [Note 31]. La solution fut reprise fidèlement par la première chambre civile le 27 janvier 1993. Le 18 octobre 1994, la chambre commerciale a même été plus explicite : l'action relève de la compétence de l'article 5. 3° de la Convention relatif à la matière délictuelle [Note 32].

Dans un arrêt du 5 juin 1999 [Note 33], la première chambre civile a refusé l'application de la Convention de Vienne, qui propose des règles uniformes de droit matériel aux ventes internationales de marchandises, à l'action exercée par un sous-acquéreur français contre un fabricant étranger et ce en dépit de son application au contrat originaire. En l'espèce, un transporteur français avait fait l'acquisition d'une remorque frigorifique auprès d'un intermédiaire français, ayant lui-même acquis ce matériel d'un concessionnaire français d'un fabricant américain. Invoquant une défectuosité de ce matériel, il avait assigné directement le fabricant, la société *Thermo-king*. Le sous-acquéreur entendait se prévaloir de la Convention de Vienne à son encontre, qui était applicable dans les relations entre le fabricant et le concessionnaire, ce que lui a refusé la première chambre civile.

14 - Ces solutions dégagées à propos des chaînes internationales de contrats ne menacent-elles pas le domaine de l'action directe en droit interne ?

La condamnation de l'action directe dans l'arrêt *Jakob Handte* est strictement limitée à la question de la compétence juridictionnelle internationale. En effet, le jour même où elle écartait l'application de l'article 5. 1° de la Convention de Bruxelles à l'action directe, la première chambre civile accueillait favorablement en droit interne l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant [Note 34]. L'arrêt crée néanmoins une "schizophrénie" [Note 35] dans la qualification par la dualité de qualification qu'il instaure entre les règles de compétence de droit international et les règles de fond de droit interne.

15 - L'arrêt du 5 juin 1999 permet de pousser plus avant la réflexion. Deux interprétations peuvent en être données.

Selon une interprétation restrictive [Note 36], l'exclusion de la convention résulte simplement de ce que, comme l'affirme l'arrêt, la convention ne régit que "*les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur*". Par conséquent, la Cour ne pouvait admettre son application dans cette espèce, d'abord parce qu'il s'agissait d'une obligation ne liant pas "*le vendeur et l'acheteur*" et ensuite parce qu'il s'agissait d'une convention de garantie entre le garant et le bénéficiaire de la garantie, qui se distingue donc d'une vente.

Selon une autre interprétation [Note 37], la Cour aurait, par ce refus d'appliquer la convention, délibérément condamné l'action directe dans les chaînes internationales de vente. En d'autres termes, en refusant la qualification contractuelle à l'action du sous-acquéreur, le droit français refuserait implicitement l'existence de l'action directe dans les chaînes internationales de contrats.

16 - Quelle que soit l'interprétation que l'on en retienne, il en découle une restriction considérable du domaine de l'action directe dans les chaînes internationales. En outre, cette jurisprudence instaure une divergence de qualification difficilement admissible parce qu'elle oppose des règles de fond de droit interne et des règles matérielles de droit international. L'arrêt *Jakob Handte* constituait peut-être un simple accroc à l'action directe dans les chaînes internationales de contrats à propos des règles de compétence juridictionnelles ; l'arrêt *Thermo-King*, parce qu'il porte sur des règles de droit matériel, témoigne d'une rupture. À l'heure de l'harmonisation européenne voire mondiale, quel avenir peut être réservé à l'action directe dans les chaînes de contrats [Note 38] ? Le juge français, pleinement conscient de cette question, tente de ménager les impératifs internationaux avec la solution française, au prix de divergences de qualification. Mais pour combien de temps encore ?

Ces menaces sur le domaine de l'action directe s'ajoutent aux incertitudes relatives à son régime. Parmi toutes ces hésitations, une certitude subsiste : il est nécessaire de repenser plus fondamentalement le mécanisme de l'action directe dans les chaînes de contrats.

3. 2 - La contestation de l'action directe

21. -

22. - 17 - La contestation du principe même de l'action directe dans les chaînes de contrats passe par la critique de son fondement (**A**), ce qui facilite la remise en cause de son existence (**B**).

A. - A - La critique du fondement

23. -

24. - 18 - De l'arrêt *Besse*, la plupart des auteurs a conclu au rejet de la théorie des groupes de contrats et à la consécration du fondement *intuitu rei*. À l'observation des solutions jurisprudentielles postérieures, la doctrine explique que l'action directe ne peut exister que dans les chaînes de contrats translatives de propriété. Les termes utilisés dans les arrêts paraissent effectivement révéler l'attachement à cette analyse, par la référence, à de nombreuses reprises, aux "*droits et actions attachés à la chose*" [Note 39].

19 - Si une telle analyse est séduisante, quelques doutes persistent cependant.

En premier lieu, ce fondement n'explique pasle domaine de l'action directe. En effet, qu'en est-il du fondement *intuitu rei* lorsque le maître de l'ouvrage exerce une action directe contre le fabricant ? Dans ce type de chaîne de contrats, hétérogène, où se succèdent un contrat de vente et un contrat d'entreprise, est-on véritablement en présence d'un transfert de propriété de la chose au profit du maître de l'ouvrage ? S'il est incontestable que le maître de l'ouvrage acquiert la propriété de la chose, n'est-ce pas, plus que par un transfert, par accession, mode originaire d'acquisition de la propriété [Note 40] ? En conséquence, à défaut de transmission du principal, comment la transmission de l'accessoire pourrait-elle opérer ? Parce que l'accession est un mode originaire d'acquisition de la propriété, le maître de l'ouvrage acquiert "*un droit nouveau, pur de toute charge, mais aussi dépouillé de toute prérogative accessoire*" [Note 41], en conséquence dépourvu de l'action directe. Le fondement de l'*intuitus rei* devrait donc imposer une limitation du domaine de l'action directe aux chaînes de contrats strictement translatives de propriété [Note 42].

En second lieu, si l'action directe était véritablement transmise au créancier extrême de la chaîne, le titulaire initial de l'action perdrait toute action contre son cocontractant direct. Or, ce n'est pas la solution que retient la jurisprudence... [Note 43].

20 - De nouvelles propositions doctrinales ont tenté de dissiper ces doutes.

Pour lever la contradiction existant entre le domaine de l'action et son fondement, une adaptation du fondement *intuitu rei* fut proposée. Pour les uns [Note 44], dans les chaînes hétérogènes de contrats, même en l'absence de transmission de la propriété de la chose au sens strict du terme, la transmission de l'action résulte de l'intention des parties. Un *animus transferendi* justifierait la transmission de l'action directe. Pour les autres [Note 45], il suffirait d'admettre que l'existence de l'action directe n'est pas attachée à un transfert de la propriété mais à toute forme d'acquisition contractuelle

de la propriété. Cette notion, plus large, regroupe à la fois le transfert de propriété et l'accession à la propriété. Pour justifier techniquement l'action directe, il a été proposé d'adjoindre au fondement *intuitu rei*, critère objectif de transmission de l'action, une certaine subjectivité. L'action directe n'est pas transmise par la chose mais par l'effet acquisitif du contrat qui résulte de l'intention des parties.

Pour pallier l'incompatibilité entre le fondement de l'action et son maintien à son titulaire initial, l'on a pu avancer l'idée que la chaîne de contrats ne produit pas un effet translatif de l'action initiale mais un "*effet attributif limité*" Note 46. Par là même, le titulaire initial conserverait une action contre son cocontractant direct.

Ces propositions mettent le doigt sur les faiblesses du fondement *intuitu rei*. Son application oblige la doctrine à débattre, une fois encore, du fondement de l'action.

21 - Dans ses dernières évolutions, la jurisprudence renforce les critiques. Dans l'arrêt rendu le 28 novembre 2001, ce fondement n'est-il pas abandonné par la troisième chambre civile ? En effet, pour refuser le bénéfice d'une action directe au maître de l'ouvrage contre le fournisseur du sous-traitant, l'arrêt énonce que le fournisseur répond de ses actes sur le même fondement que son cocontractant, en l'espèce le sous-traitant. Ainsi, c'est parce que le sous-traitant n'est pas tenu contractuellement à l'égard du maître de l'ouvrage que son fournisseur ne l'est pas. La cour n'examine pas, comme l'imposerait pourtant le fondement *intuitu rei*, si l'action a été transmise au maître de l'ouvrage avec la chose au fil de la chaîne de contrats. Elle raisonne en considération du responsable : si le cocontractant du responsable est tenu contractuellement à l'égard de la victime, l'action directe est possible. Sauf erreur de raisonnement, il y aurait ici un abandon du fondement *intuitu rei* ; l'action directe ne serait plus recueillie par la victime avec la chose au fil des transferts de propriété, son existence dépendrait de la nature des engagements du cocontractant du responsable à l'égard de la victime. À moins, peut-être, que le nouveau critère ainsi posé ne vienne s'adjoindre à celui de *l'intuitus rei*...

La question du fondement de l'action directe dans les chaînes de contrats semble donc loin d'être résolue. Cette fragilité du fondement de l'action semble compromettre son existence.

B. - B - La remise en cause de l'existence
25. -
26. - 22 - Les imperfections du fondement *intuitu rei* révèlent qu'il serait facile pour la jurisprudence de l'abandonner pour renoncer à l'action directe dans les chaînes de contrats. Parce qu'elle déroge au principe de l'effet relatif des conventions, l'action directe doit être fermement justifiée. Or, en la matière, les réflexions ont toutes procédé d'un raisonnement téléologique. Elles partent de l'existence de l'action, pour en rechercher le fondement, afin de la légitimer. Ainsi, c'est le fondement qui est déduit de la reconnaissance jurisprudentielle de l'action directe, et non l'existence de l'action directe qui est déduite d'un quelconque fondement. Il serait donc très facile pour la jurisprudence d'inverser la tendance ; il suffirait simplement qu'elle sache se convaincre de l'opportunité de le faire.

Cette évolution n'est-elle pas d'ailleurs engagée ? Dans les chaînes internationales de contrats, l'action directe est bousculée et pourra difficilement franchir nos frontières. Ainsi, à l'heure où l'on aspire à un *jus commune*, l'action directe pourra difficilement se maintenir en droit interne. Plus encore, l'arrêt rendu le 28 novembre 2001 par la troisième chambre civile n'est-il pas le signe avant-coureur de cette inversion de tendance ? Au demeurant, une telle évolution serait-elle si choquante ?

23 - La reconnaissance de l'action directe conduit en effet à des solutions qui sont à contre-courant par rapport à l'évolution actuelle de notre droit positif.

En principe, l'action directe doit permettre de contourner les conséquences trop arides d'une interprétation rigide de l'article 1165 du Code civil Note 47. Dans les chaînes de contrats, telle n'est plus sa finalité depuis que la jurisprudence a considéré que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant était de nature nécessairement contractuelle Note 48. Sous l'impulsion de la théorie des

groupes de contrats, la protection des droits du titulaire de l'action a cédé le pas à la prévisibilité contractuelle du cocontractant initial. L'analyse de la jurisprudence a montré que seul ce dernier objectif est réellement atteint par l'action directe. La jurisprudence n'est pas parvenue à trouver un point d'équilibre ; le principe d'opposabilité des clauses du contrat originaire en a fourni une illustration saisissante. Au nom de la prévisibilité contractuelle du cocontractant initial, l'action directe peut devenir une véritable "technique d'immunité" [Note 49]. En outre, comment concilier la prise en compte de la qualité du titulaire de l'action directe avec le fondement *intuitu rei* [Note 50] ? Ainsi fondée, l'action directe permet de contourner les solutions légales et jurisprudentielles protectrices des droits des victimes. Cette jurisprudence résistera-t-elle à l'évolution de notre droit de la responsabilité, tourné vers l'indemnisation à tout prix de la victime ? De même, l'avancée du mouvement consumériste n'exigera-t-elle pas d'y renoncer ?

De surcroît, le régime de l'action directe est en contradiction avec une évolution jurisprudentielle récente, particulièrement bienveillante à l'égard des tiers victimes d'une inexécution contractuelle en dehors des chaînes de contrats. En témoigne un arrêt qui a admis que le tiers victime d'une inexécution contractuelle n'a pas à apporter d'autre preuve que celle du manquement contractuel et de son dommage pour engager la responsabilité délictuelle du débiteur contractuel [Note 51]. Par là même, elle dispense la victime d'avoir à prouver une faute pour engager la responsabilité du cocontractant responsable [Note 52] et prive ce dernier, de par la nature de la responsabilité, de la possibilité d'opposer à la victime d'éventuelles clauses limitatives. La différence de régime est particulièrement étonnante selon que le tiers victime est titulaire ou non d'une action directe. Face à un tel contraste, le risque d'une réponse radicale est patent.

24 - Enfin, l'objet même de l'action directe peut être remis en cause.

Par la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation [Note 53], l'intérêt de la reconnaissance de l'action directe risque de s'amenuiser dans son domaine traditionnel, celui de la mise en oeuvre de la garantie des vices cachés du vendeur initial par un sous-acquéreur. En effet, la garantie telle qu'elle résulte actuellement du Code civil s'étend dans le temps ; l'article 1648 du Code civil dispose certes que sa mise en oeuvre doit s'exercer dans un bref délai mais le point de départ de ce délai est la découverte du vice. La transmission de l'action au fil des reventes se justifie ainsi par cette donnée temporelle : l'action en garantie peut s'exercer indépendamment du temps qui s'est écoulé entre la vente initiale et la revente. La directive limite la durée de vie de l'obligation de non-conformité, qui se substitue à la garantie des vices cachés, à un délai très court de deux ans à compter de la vente initiale. Ne faut-il pas déduire que l'intérêt de l'action directe disparaît avec cette réduction de temps ?

25 - Après toute la mobilisation doctrinale et jurisprudentielle suscitée par la question de l'action directe dans les chaînes de contrats, le retour au principe de l'article 1165 du Code civil serait-il inévitable ? Dans l'arrêt rendu le 28 novembre 2001, la troisième chambre civile paraît renouer avec une interprétation stricte de ce principe. Si de nombreuses incertitudes demeurent à propos de la portée de cet arrêt, il semble que l'on soit aujourd'hui au tournant d'une évolution. Aux lendemains de l'arrêt *Besse*, la restauration de l'effet relatif avait été pressentie par un auteur [Note 54]. Plus de dix ans après, ne s'acheminerait-on pas inéluctablement en ce sens ?

Note 1 Bull. civ. ass. plén. n° 5 ; D. 1991, jurispr. p. 549, note J. Ghestin ; JCP G 1991, II, 21743, note G. Viney ; JCP E 1991, II, 218, note C. Larroumet ; RTD civ. 1991, p. 750, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 1992, p. 593, obs. F. Zenati.Note 2 Cass. 3e civ., 28 nov. 2001 : Bull. civ. III, n° 137 ; JCP G 2002, II, 10037, note Mainguy ; Defrénois 2002, p. 255, obs. Libchaber ; D. 2002, inf. rap. p. 45 ; RTD civ. 2002, p. 104, obs. Jourdain.Note 3 C. Jamin, La notion d'action directe, LGDJ, bibl. dr. priv., t. 215, 1991, nos 5 et s.Note 4 M.-L. Izorche, Rép. civ. Dalloz, V° Action directe, 1994, n° 1.Note 5 B. Teyssié, Les groupes de contrats, LGDJ, bibl. dr. priv., t. 139, 1975.Note 6 Ibid., spéc. nos 69 et s.Note 7 Ibid., spéc. nos 174 et s.Note 8 Cass. civ., 25 janv. 1820 : S. 1820, 1, p. 213.Note 9 Cass. civ., 21 juill. 1890 : DP 1891, 1, p. 380.Note 10 Cass. 1re civ., 9 oct. 1979 : Bull. civ. I, n° 241 ; RTD civ. 1980, p. 354, obs. Durry.Note 11 Cours de droit civil français, t. II, 7e éd.,

par P. Esmein, § 176, n° 69.Note 12 B. Teyssié, op. cit. [note 5] ; J. Neret, Le sous contrat, LGDJ, bibl. dr. priv., t. 163, 1979.Note 13 D. 1986, jurispr. p. 293, note Bénabent ; JCP G 1986, II, 20616, note Malinvaud ; RTD civ. 1986, p. 364, obs. Huet, p. 595, obs. Mestre, p. 605, obs. Rémy.Note 14 Cass. 1re civ., 8 mars 1988 : JCP G 1988, II, 21070, note Jourdain ; RJ com. 1989, p. 304, note Delebecque ; RTD civ. 1988, p. 551, obs. Rémy, p. 741, obs. Mestre.Note 15 Cass. 1re civ., 21 juin 1988 : D. 1989, jurispr. p. 5, note Larroumet ; JCP G 1988, II, 21125, note Jourdain ; JCP E 1988, II, 15294, note Delebecque.Note 16 Notamment : Cass. 3e civ., 22 juin 1988 : JCP G 1988, II, 21125, note Jourdain ; RTD civ. 1989, p. 110, obs. Rémy.Note 17 Notamment : Cass. 1re civ., 23 juin 1992 : JCP G 1992, IV, 2445 ; - 7 juill. 1992 : JCP E 1992, pan. 1086. - Cass. 3e civ., 26 mai 1992 : Bull. civ. III, n° 168.Note 18 Notamment : C. Jamin, op. cit. [note 3] ; F. Leborgne, L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, étude de droit interne et de droit international privé, thèse Rennes, 1995 ; M. Bacache-Gibeili, La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, bibl. dr. priv., t. 268, 1996 ; D. Mainguy, La revente, Litec, bibl. dr. ent., t. 35, 1996.Note 19 Supra [note 2].Note 20 D. 1996, jurispr. p. 395, note D. Mazeaud ; D. 1996, somm. p. 14, obs. Tournafond.Note 21 D. Mazeaud, note préc. [note 20] ss Cass. 1re civ., 7 juin 1995, n° 3.Note 22 Cass. com., 22 oct. 1996, Chronopost : JCP G 1997, II, 22881, note D. Cohen ; D. 1997, jurispr. p. 121, note Seriaux ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; D. 1997, somm. p. 175, obs. Delebecque ; Contrats conc. consom. 1997, comm. n° 24, obs. Leveneur.Note 23 Infra n° 19.Note 24 Supra [note 2].Note 25 Cass. com., 10 janv. 1990 : Bull. civ. IV, n° 20.Note 26 Cass. 3e civ., 30 oct. 1991 : JCP G 1992, I, 3570, obs. Jamin ; Contrats conc. consom. 1992, comm. n° 25, obs. Leveneur.Note 27 Cass. 1re civ., 6 nov. 1990 : Bull. civ. I, n° 230.Note 28 Bull. civ. I, n° 22 ; JCP E 2001, p. 1238 et s., note Mainguy et Seube ; Defrénois 2001, art. 37365, n° 42, obs. Libchaber.Note 29 Mainguy et Seube, préc. [note 28].Note 30 Sur cette question, J. Bauerreis, Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats : Rev. crit. DIP 2000, p. 331 et s. ; F. Leborgne, op. cit. [note 18] ; F. Leclerc, Les chaînes de contrat en droit international privé : JDI 1995, p. 267 et s.Note 31 JCP E 1992, II, 363, note Jourdain ; JCP G 1992, II, 21927, note Larroumet ; D. 1993, somm. p. 214, obs. Kullmann ; JCP G 1993, I, 3664, obs. Viney ; I, 3666, obs. Boutard-Labarde ; Rev. crit. DIP 1992, p. 730, note Gaudemet-Tallon ; RTD civ. 1993, p. 173, obs. Jourdain ; RTD eur. 1992, p. 70, note Vareilles-Sommieres ; JCP E 1992, I, 199, n° 6, obs. Raynard.Note 32 Sur cette question, H. Gaudemet-Tallon, note préc. [note 31], spéc. p. 736.Note 33 D. 1999, jurispr. p. 383, note Witz ; RTD civ. 1999, p. 502, obs. Raynard ; JCP G 2000, I, 199, n° 7, obs. Viney ; JCP E 1999, II, 962, note Leveneur ; Rev. crit. DIP 1999, p. 519, note Heuze.Note 34 Cass. 1re civ., 27 janv. 1993, Métrologie : Bull. civ. I, n° 45.Note 35 Ph. le Tourneau et L. Cadiet, Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2000-2001, n° 936.Note 36 Heuze, préc. [note 33].Note 37 Witz, préc. [note 33].Note 38 Seuls la Belgique et le Luxembourg admettent l'action directe contractuelle du sous-acquéreur contre le fabricant.Note 39 Par ex. Cass. 1re civ., 26 mai 1999 : Contrats conc. consom. 1999, comm. n° 153, obs. Leveneur.Note 40 Contra, pour une analyse du contrat d'entreprise en contrat translatif de propriété : P. Puig, La qualification du contrat d'entreprise, préface B. Teyssié, éd. Panthéon Assas, 2002, nos 407 et s.Note 41 P. Jourdain, La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 : D. 1992, chron. p. 149, n° 19.Note 42 Raynard, obs. sur CJCE, 17 juin 1992 : JCP E 1992, I, 199, n° 6.Note 43 Cass. 1re civ., 19 janv. 1988 : Bull. civ. I, n° 20.Note 44 Zenati in RTD civ. 1992, p. 593 et s.Note 45 D. Mainguy, op. cit. [note 18], nos 225 et s.Note 46 M. Bacache-Gibeili, op. cit. [note 18], n° 332.Note 47 C. Jamin, Une restauration de l'effet relatif : D. 1991, chron. p. 257.Note 48 Supra n° 3.Note 49 D. Mazeaud, note ss Cass. 1re civ., 7 juin 1995.Note 50 Supra n° 8.Note 51 Cass. 1re civ., 13 févr. 2001 : JCP G 2001, I, 338, nos 18 et s., obs. Viney ; D. 2001, jurispr. p. 2234, obs. Delebecque ; JCP G 2002, II, 10099, note Lisanti-Kalczynski.Note 52 L'obligation inexécutée était une obligation de résultat.Note 53 V. D. Mainguy, Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : JCP G 2002, I, 183 ; L. Leveneur et G. Paisant, Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? : JCP G, 2002, I, 135 ; G. Viney, Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? : JCP G, 2002, I, 158.Note 54 C. Jamin, op. cit. [note 47].

SEANCE 9

INEXECUTION DU CONTRAT ET RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

I – Jurisprudence

- **Les exonérations de responsabilité : la force majeure**

➢ Civ. 1ère, 12 avr. 1995 : JCP, 1995, II, 22467, note P. Jourdain.
➢ Com., 1er oct. 1997: Bull. Civ. IV, n° 240.
➢ Civ. 1ère, 10 févr. 1998.
➢ Civ. 3ème, 6 oct. 1993 : JCP, 1993, II, 22154, note P. Waquet ; JCP E, 1994, II, 600, note P.-H. Antonmattéi.
➢ Civ. 3ème, 9 mars 1994 : JCP G, 1994, I, 1771, obs. G. Viney.
➢ Ass. Pl., 14 avr. 2006 : JCP, 2006, II, 10087, obs. P. Grosser ; D. 2006, n° 23, Chr., p. 1566, obs. D. Noguero.

- **Les clauses aménageant la responsabilité contractuelle**

➢ Civ. 1ère, 18 nov. 1980 : Bull. Civ. I, n° 297.
➢ Civ. 1ère, 18 janv. 1984 : JCP, 1985, II, 20372.
➢ Com., 22 oct. 1996 : JCP, 1997, II, 22881, note D. Cohen.
➢ Com. 9 juill. 2002 : Bull. Civ., IV, n° 121, p. 129; JCP E, 2003, n° 48, p. 1923, note M. Billiau.
➢ Com. 13 juin 2006 : Bull. IV, n° 143, p. 152.
➢ Com 30 mai 2006 : RLDA, sept. 2006, n° 8.

- **Les clauses pénales**

➢ Civ. 3ème, 26 avr. 1978 ; D. 1978, p. 349.
➢ Ch. Mixte, 20 janv. 1978 ; D. 1978, p. 349.
➢ **Com 22 mars 2011 pourvoi n°09-16660, BICC n°746**

II – Doctrine

➢ P. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD Civ. 1997 p. 323.
➢ D. Mazeaud, *« Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? »*, D. 2010, p. 1832.

III – Exercices

➢ Commentaire d'arrêts groupé : **Com. 22 oct. 1996 et Com. 30 mai 2006**.

I – Jurisprudence

- Les exonérations de responsabilité : la force majeure

➢ **Civ. 1ère, 12 avr. 1995, N° de pourvoi : 92-11975**

Attendu qu'à la suite d'un accouchement par césarienne à la Clinique de l'Essonne, Marie-Laure X... a subi, le 16 mai 1984, une transfusion de trois concentrés globulaires provenant du centre départemental de transfusion sanguine de l'Essonne ; qu'un examen, pratiqué le 27 février 1986, a révélé qu'elle avait été contaminée par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ; qu'elle a assigné en déclaration de responsabilité et en indemnisation le centre, son assureur la Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et la Clinique de l'Essonne ; qu'elle est décédée du SIDA le 8 avril 1992, l'instance étant reprise par ses héritiers ; que l'arrêt confirmatif attaqué a déclaré le centre et la clinique responsables in solidum des dommages résultant de la contamination ;
Sur le moyen unique du pourvoi n° 92-11.950 formé par le centre et son assureur :
Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir accueilli la demande dirigée contre le centre alors qu'en retenant la responsabilité de celui-ci à raison de la présence d'un virus indécelable lors de la fourniture du sang transfusé à Marie-Laure X..., la cour d'appel, qui a méconnu que ce caractère indécelable est exclusif de la responsabilité du centre fournisseur, aurait violé l'article 1147 du Code civil ;
Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que le vice interne du sang, même indécelable, ne constitue pas, pour l'organisme fournisseur, une cause qui lui est étrangère, et que les obligations des centres de transfusion quant à la conservation du sang et à sa délivrance, dont ils ont le monopole, ne les dispensent pas de réparer les conséquences dommageables dues à la fourniture de sang nocif ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;
Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche, du pourvoi n° 92-11.975 formé par la Clinique de l'Essonne :
Vu l'article 1147 du Code civil ;
Attendu que, pour retenir la responsabilité de la clinique, l'arrêt attaqué se borne à énoncer qu'en raison de la confiance que le malade doit nécessairement lui faire, la clinique a l'obligation de fournir des produits sanguins non viciés et qu'en fournissant un sang contaminé par le virus VIH, elle a engagé sa responsabilité ;
Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la clinique, tenue d'une simple obligation de prudence et de diligence dans la fourniture de produits sanguins livrés par un centre de transfusion, avait la possibilité de contrôler la qualité du sang transfusé à Marie-Laure X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième et troisième branches du moyen :
Rejette le pourvoi n° 92-11.950 formée par le centre départemental de transfusion sanguine de l'Essonne ;
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré la Clinique de l'Essonne responsable des dommages résultant pour les consorts X... de la transfusion sanguine reçue par leur auteur le 16 mai 1984, l'arrêt rendu le 28 novembre 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

➢ **Com., 1er oct. 1997, N° de pourvoi: 95-13477**

Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 janvier 1995), qu'après la mise en liquidation judiciaire des sociétés Ibertrans et Iberfrance, le liquidateur a saisi le juge des référés d'une demande d'expertise sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ; que les sociétés Marie, Groupe HBCH, MM. Guez Gérard, Mardochée et Roland et M. Saslawsky, ont relevé appel de l'ordonnance ayant accueilli cette demande ;
Attendu que la société Groupe HBCH, la SCI Marie et MM. Guez Gérard, Mardochée et Roland font grief à l'arrêt d'avoir ordonné une

expertise in futurum, pour rechercher la responsabilité des dirigeants des sociétés Ibertrans et Iberfrance dans leur mise en liquidation judiciaire, alors, selon le pourvoi, qu'une telle mesure ne peut être prise que pour éviter le dépérissement de la preuve de faits ; qu'en l'espèce, le liquidateur était en possession de l'intégralité de la comptabilité des sociétés ; que, par ailleurs, il résulte de la mission confiée à l'expert que celui-ci devait rechercher dans quelle mesure la responsabilité des dirigeants de ces sociétés pouvait être engagée, et qu'il ne lui était pas demandé de simplement constater des faits, dont la preuve pouvait venir à disparaître, mais d'analyser des pièces déjà en possession du liquidateur, de rechercher les causes de la liquidation judiciaire et de donner un avis sur la responsabilité des dirigeants ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir souverainement retenu, par une décision motivée, que le liquidateur avait un intérêt légitime à la mesure demandée, la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile en donnant à l'expert mission " de relever tous faits pouvant entraîner la mise en cause de la responsabilité de tous intervenants dans la gestion, l'exploitation et le financement des sociétés Ibertrans et Iberfrance, ce en vertu tant des dispositions des articles 178 à 195 de la loi du 25 janvier 1985, que du droit commun de la responsabilité civile, sur un plan général, de fournir au tribunal tous éléments de fait lui permettant de statuer ultérieurement au fond, sur les responsabilités éventuellement encourues " ; que le moyen est sans fondement ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 1ère, 10 févr. 1998, N° de pourvoi : 96-13316**

Attendu que Mme Bonjour, après avoir conclu en 1992 avec l'Ecole Saint-Louis un contrat de formation à temps plein aux fins de préparer un CAP de coiffure pendant deux années, pour le prix de 32 000 francs, a informé celle-ci que, pour des raisons de santé, elle ne pouvait plus suivre la formation prévue ; que Mme Bonjour ayant cessé de régler les frais de scolarité, l'Ecole l'a assignée en paiement du solde ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 14 décembre 1995) a rejeté cette demande ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu que l'Ecole Saint-Louis fait grief à l'arrêt d'avoir exonéré Mme Bonjour de son obligation, alors que la maladie de celle-ci qui ne lui était pas extérieure et ne l'empêchait pas de payer le prix de l'inscription, ne pouvait pas être considérée comme un cas de force majeure ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1148 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté qu'en raison de sa maladie, Mme Bonjour n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'Ecole, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur la seconde branche :

Attendu qu'il est encore reproché à l'arrêt d'avoir déclaré abusive la clause du contrat prévoyant que " le contrat devient définitif après la signature, le montant du contrat sera dû en totalité ; aucun motif ne sera retenu pour une éventuelle annulation ", alors qu'en s'abstenant de rechercher dans quelle mesure, en pratique, le désistement d'un élève en cours d'année pourrait préjudicier à l'Ecole Saint-Louis, à défaut d'une telle clause et qu'en ne caractérisant pas l'existence d'un avantage excessif au profit de ce professionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ;

Mais attendu que l'Ecole Saint-Louis n'ayant pas soutenu dans ses conclusions d'appel que le désistement d'un élève en cours d'année pourrait lui préjudicier à défaut de la clause litigieuse, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée ; qu'ensuite, en relevant que ladite clause procurait à l'Ecole un avantage excessif en imposant à l'élève le paiement des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ou causé par un cas fortuit ou de force majeure, la cour d'appel a, par ce seul motif et rejoignant la recommandation n° 91-09 du 7 juillet 1989 de

la Commission des clauses abusives, légalement justifié sa décision ;
PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Ass. Plé., 14 avr. 2006, N° de pourvoi: 02-11168**

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 12 novembre 2001), que M. X... a commandé à M. Y... une machine spécialement conçue pour les besoins de son activité professionnelle ; qu'en raison de l'état de santé de ce dernier, les parties sont convenues d'une nouvelle date de livraison qui n'a pas été respectée ; que les examens médicaux qu'il a subis ont révélé l'existence d'un cancer des suites duquel il est décédé quelques mois plus tard sans que la machine ait été livrée ; que M. X... a fait assigner les consorts Y..., héritiers du défunt, en résolution du contrat et en paiement de dommages-intérêts ;
Sur le premier moyen :
Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts alors, selon le moyen :
1) qu'en estimant que la maladie dont a souffert M. Michel Z... avait un caractère imprévisible, pour en déduire qu'elle serait constitutive d'un cas de force majeure, après avoir constaté qu'au 7 janvier 1998, date à laquelle M. Michel Y... a fait à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, M. Michel Y... savait souffrir, depuis plusieurs mois, d'une infection du poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail et se soumettait à de nombreux examens médicaux, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;
2) qu'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur lorsque ce dernier n'a pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets ; qu'en reconnaissant à la maladie dont a souffert M. Michel Y... le caractère d'un cas de force majeure, quand elle avait constaté que, loin d'informer son cocontractant qu'il ne serait pas en mesure de livrer la machine commandée avant de longs mois, ce qui aurait permis à M. Philippe X... de prendre toutes les dispositions nécessaires pour pallier le défaut de livraison à la date convenue de la machine commandée, M. Michel Y... avait fait, le 7 janvier 1998, à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, soit à une date qu'il ne pouvait prévisiblement pas respecter, compte tenu de l'infection au poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail, dont il savait souffrir depuis plusieurs mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;
Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seul Michel Y... était en mesure de réaliser la machine et qu'il s'en était trouvé empêché par son incapacité temporaire partielle puis par la maladie ayant entraîné son décès, que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces circonstances étaient constitutives d'un cas de force majeure ;
D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
Sur le second moyen :
Attendu que M. X... fait encore grief à l'arrêt d'avoir omis, après avoir prononcé la résolution du contrat, de condamner in solidum les défenderesses à lui payer les intérêts au taux légal, à compter de la date de l'acte introductif d'instance et jusqu'à celle de son versement, sur la somme correspondant aux acomptes qu'il avait versés à son débiteur alors, selon le moyen, que les intérêts au taux légal sont dus du jour de la demande en justice équivalent à la sommation de payer jusqu'à la date de leur

versement sur le prix qui doit être restitué à la suite de l'exécution d'un contrat ; qu'en omettant, après avoir prononcé la résolution du contrat conclu le 11 juin 1997 entre M. Michel Y... et M. Philippe X..., de condamner in solidum Mme Micheline A..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à payer à M. Philippe X... les intérêts au taux légal sur la somme correspondant au montant des acomptes initialement versés à M. Michel Y... par M. Philippe X..., à compter de la date de la délivrance de l'acte introductif d'instance jusqu'à celle de son versement par Mme Micheline A..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à ce dernier, la cour d'appel a violé l'article 1153 du code civil ;
Mais attendu que l'omission de statuer pouvant être réparée par la procédure prévue à l'article 463 du nouveau code de procédure civile, le moyen n'est pas recevable ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ; Condamne M. X... aux dépens.

- **Les clauses aménageant la responsabilité contractuelle**

➢ **Com., 22 oct. 1996, N° de pourvoi: 93-18632**

Sur le premier moyen :
Vu l'article 1131 du Code civil ;
Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué, que la société Banchereau a confié, à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société Chronopost, venant aux droits de la société SFMI ; que ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société Chronopost s'y était engagée, la société Banchereau a assigné en réparation de ses préjudices la société Chronopost ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;
Attendu que, pour débouter la société Banchereau de sa demande, l'arrêt retient que, si la société Chronopost n'a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l'expédition avant midi, elle n'a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat ;
Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 juin 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen.

- **Com. 9 juillet 2002, N° de pourvoi : 99-12554**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 22 octobre 1996, bulletin n° 261), qu'à deux reprises, la société Banchereau a confié à la Société française de messagerie internationale (SFMI), un pli destiné à l'office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'agriculture en vue d'une soumission à une adjudication de viande ; que ces plis n'ayant pas été remis au destinataire le lendemain de leur envoi, avant midi, ainsi que la SFMI s'y était engagée, la société Banchereau n'a pu participer aux adjudications ;
qu'elle a assigné la SFMI en réparation de son préjudice ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;
Sur le premier moyen :
Attendu que la société Chronopost qui vient aux droits de la SFMI, reproche à l'arrêt d'avoir dit que son engagement s'analyse en une obligation de résultat, alors, selon le moyen, que si les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour interpréter la convention des parties en présence de plusieurs stipulations qu'il y a lieu de rapprocher, c'est à la condition de prendre en considération toutes ces stipulations ;
qu'en faisant purement et simplement abstraction de la clause des conditions générales de la société Chronopost précisant que cette société s'engage à déployer tous ses efforts pour livrer ses clients dans les délais, dont la société Chronopost faisait valoir qu'elle était caractéristique d'une simple obligation de moyens, la cour d'appel a dénaturé par omission les stipulations contractuelles en violation de l'article 1134 du Code civil ;
Mais attendu que la cour d'appel, qui s'est bornée à appliquer la doctrine de la Cour de Cassation, n'a pas encouru le grief du moyen ; que celui-ci est irrecevable ;
Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :
Vu l'article 1150 du Code civil, l'article 8, paragraphe II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 et les articles 1er et 15 du contrat type messagerie, établi par décret du 4 mai 1988, applicable en la cause ;
Attendu que pour déclarer inapplicable le contrat type messagerie, l'arrêt retient que le contrat comporte une obligation particulière de garantie de délai et de fiabilité qui rend inapplicable les dispositions du droit commun du transport ;
Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir décidé que la clause limitative de responsabilité du contrat pour retard à la livraison était réputée non écrite, ce qui entraînait l'application du plafond légal d'indemnisation que seule une faute lourde du transporteur pouvait tenir en échec, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la deuxième branche du deuxième moyen et sur le troisième moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 janvier 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

- **Com. 13 juin 2006, N° de pourvoi : 05-12619**

Sur le moyen unique :
Vu l'article 1150 du code civil, l'article 8, paragraphe II, de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 et les articles 1er, 22-2, 22-3 du décret 99-269 du 6 avril 1999, applicable en la cause ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Dole froid service a confié à la société Chronopost l'acheminement d'un pli contenant une soumission pour un marché d'équipement de matériel de rafraîchissement et portant la mention :

"livraison impérative vendredi avant midi" ; que ce délai n'ayant pas été respecté, la société Dole froid service, dont l'offre n'a pu être examinée, a assigné la société Chronopost service en réparation de son préjudice ;
Attendu que pour dire inapplicable la clause légale de limitation de responsabilité du transporteur résultant de l'article 8, paragraphe II, de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 et du contrat type messagerie applicables en la cause et condamner en conséquence la société Chronopost à payer à la société Dole froid service la somme de 6 000 euros en réparation de son préjudice, l'arrêt retient que la société Chronopost, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, s'était obligée de manière impérative à faire parvenir le pli litigieux le vendredi avant midi à Champagnole, localité située à 25 kilomètres du lieu de son expédition, où il avait été déposé la veille avant 18 heures, qu'elle n'avait aucune difficulté à effectuer ce transport limité à une très courte distance et que, au regard de ces circonstances, sa carence révèle une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur, maître de son action, à l'accomplissement de la mission qu'il avait acceptée ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, confirmant le jugement, il a condamné la société Chronopost à verser à la société Dole froid service la somme complémentaire de 6 000 euros à titre de dommages-intérêts, l'arrêt rendu le 2 décembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

- **Com 30 mai 2006, N° de pourvoi : 04-14974**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Vu l'article 1131 du Code civil ;
Attendu, selon l'arrêt déféré, que deux montres, confiées par la société JMB International à la société Chronopost pour acheminement à Hong Kong, ont été perdues pendant ce transport ; que la société JMB International a contesté la clause de limitation de responsabilité que lui a opposée la société Chronopost ;
Attendu que pour débouter la société JMB International de toutes ses demandes, l'arrêt retient que celle-ci, qui faisait valoir le grave manquement de la société Chronopost à son obligation essentielle d'acheminement du colis à elle confié, avait nécessairement admis, en déclarant accepter les conditions générales de la société Chronopost, le principe et les modalités d'une indemnisation limitée en cas de perte du colis transporté ;
Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société Chronopost, qui n'était pas prévue par un contrat-type établi par décret, ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit que l'action de la société JMB International était recevable et n'était pas prescrite, l'arrêt rendu le 11 mars 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;
remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

Cass Com 29 juin 2010 N° de pourvoi: 09-11841

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 novembre 2008), que la société Faurecia sièges d'automobiles (la société Faurecia), alors dénommée Bertrand Faure équipements, a souhaité en 1997 déployer sur ses sites un logiciel intégré couvrant principalement la gestion de production et la gestion commerciale ; qu'elle a choisi le logiciel V 12, proposé par la société Oracle mais qui ne devait pas être disponible avant septembre 1999 ; qu'un contrat de licences, un contrat de maintenance et un contrat de formation ont été conclus le 29 mai 1998 entre les sociétés Faurecia et Oracle, tandis qu'un contrat de mise en oeuvre du "programme Oracle applications" a été signé courant juillet 1998 entre ces sociétés ; qu'en attendant, les sites ibériques de la société Faurecia ayant besoin d'un changement de logiciel pour passer l'an 2000, une solution provisoire a été installée ; qu'aux motifs que la solution provisoire connaissait de graves difficultés et que la version V 12 ne lui était pas livrée, la société Faurecia a cessé de régler les redevances ; qu'assignée en paiement par la société Franfinance, à laquelle la société Oracle avait cédé ces redevances, la société Faurecia a appelé en garantie la société Oracle puis a assigné cette dernière aux fins de nullité pour dol ou résolution pour inexécution de l'ensemble des contrats signés par les parties ; que la cour d'appel a, par application d'une clause des conventions conclues entre les parties, limité la condamnation de la société Oracle envers la société Faurecia à la garantie de la condamnation de celle-ci envers la société Franfinance et rejeté les autres demandes de la société Faurecia ; que cet arrêt a été partiellement cassé de ce chef (chambre commerciale, financière et économique, 13 février 2007, pourvoi n° Z 05-17.407) ; que, statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel, faisant application de la clause limitative de réparation, a condamné la société Oracle à garantir la société Faurecia de sa condamnation à payer à la société Franfinance la somme de 203 312 euros avec intérêts au taux contractuel légal de 1,5 % par mois à compter du 1er mars 2001 et capitalisation des intérêts échus dans les termes de l'article 1154 à compter du 1er mars 2002 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Faurecia fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1°/ que l'inexécution, par le débiteur, de l'obligation essentielle à laquelle il s'est contractuellement engagé emporte l'inapplication de la clause limitative d'indemnisation ; qu'en faisant application de la clause limitative de responsabilité après avoir jugé que la société Oracle avait manqué à l'obligation essentielle tenant à la livraison de la version V 12 en 1999, laquelle n'avait pas été livrée à la date convenue, ni plus tard et que la société Oracle ne démontrait aucune faute imputable à la société Faurecia qui l'aurait empêchée d'accomplir ses obligations, ni aucun cas de force majeure, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi les articles 1131, 1134 et 1147 du code civil ;

2°/ qu'en jugeant que la clause limitative de responsabilité aurait été prétendument valable en ce qu'elle aurait été librement négociée et acceptée et qu'elle n'aurait pas été imposée à Faurecia, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, violant ainsi les articles 1131, 1134, 1147 du code civil ;

3°/ qu'en jugeant que la clause, qui fixait un plafond d'indemnisation égal au montant du prix payé par Faurecia au titre du contrat des licences n'était pas dérisoire et n'avait pas pour effet de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de

toute substance cette obligation, la cour d'appel a violé les articles 1131, 1134, 1147 du code civil ;

Mais attendu que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications ; que la cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Faurecia fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, qu'après avoir constaté que la société Oracle n'avait pas livré la version V 12, en considération de laquelle la société Faurecia avait signé les contrats de licences, de support technique, de formation et de mise en oeuvre du programme Oracle applications, qu'elle avait ainsi manqué à une obligation essentielle et ne démontrait aucune faute imputable à la société Faurecia qui l'aurait empêchée d'accomplir ses obligations, ni aucun cas de force majeure, la cour d'appel a jugé que n'était pas rapportée la preuve d'une faute d'une gravité telle qu'elle tiendrait en échec la clause limitative de réparation ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant les articles 1134, 1147 et 1150 du code civil ;

Mais attendu que la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les deuxième et quatrième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

- **Les clauses pénales**

➢ **Civ. 3ème, 26 avril 1978, N° de pourvoi : 76-11424**

Sur le moyen unique : attendu qu'il est reproche a l'arrêt attaque (paris, 18 décembre 1975) d'avoir condamne la société européenne de promotion immobilière, bénéficiaire d'une promesse de vente en date du 16 février 1973, a payer a la société civile immobilière pantin-davoust, promettante, l'indemnité forfaitaire "d'immobilisation" conventionnellement prévue en cas de non-réalisation de la vente aux conditions et

délais stipules et que l'arrêt attaque a qualifiée de "peine", alors, selon le moyen, "que, dans ses conclusions d'appel demeurées sans réponse, la société européenne de promotion immobilière, demandant l'application des nouvelles dispositions des articles 1152 et 1231 du code civil, faisait valoir que "l'indemnité d'immobilisation" s'analysait en une clause pénale conventionnelle destinée a réparer le préjudice éprouve par le vendeur du fait de l'obligation de rechercher un nouvel acquéreur, que la convention litigieuse avait reçu exécution de sa part, a l'exception d'une notification de pure forme, que seul le vendeur était responsable de la non-réalisation de la vente et qu'il avait vendu le 19 juillet 1974 l'immeuble en cause, 150.000 francs de plus que le prix fixe dans la promesse de vente, qu'il n'avait donc subi aucune perte" ; mais attendu que si, lorsqu'ils modifient un contrat en modérant ou augmentant la peine qui y est stipulée, les juges du fond doivent préciser en quoi le montant de celle-ci est "manifestement excessif", ou "dérisoire", ils n'ont pas a motiver spécialement leur décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, ils refusent de modifier le montant de la "peine" qui y est forfaitairement prévue ; que des lors la cour d'appel, en énonçant qu'elle "ne trouvait pas dans la cause d'éléments lui permettant de qualifier d'excessive la peine prévue dans la promesse de vente et de la modérer", a répondu aux conclusions et légalement justifie sa décision ; d'ou il suit que le moyen ne peut être accueilli ; par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 18 décembre 1975 par la cour d'appel de paris.

- **Ch. Mixte, 20 janv. 1978, N° de pourvoi : 76-11611**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche : attendu que la société coffrâtes reproche a l'arrêt attaque d'avoir, en application de l'article 1152 du code civil, tel que modifie par la loi du 9 juillet 1975, réduit le montant d'une clause pénale insérée dans le contrat qui la liait a la société auto culture champenoise, malgré l'absence de toute demande sur ce point de la part de cette dernière; mais attendu que la société coffrâtes avait pris l'initiative de demander aux juges d'appel de se refuser a réduire le montant de ladite clause, et qu'ainsi l'application de l'article 1152 du code civil se trouvait dans le débat; d'ou il suit que la première branche du moyen ne peut être accueillie; mais sur la deuxième branche de ce moyen : vu l'article 1152 du code civil tel que modifie; attendu que, pour réduire de deux tiers le montant de l'indemnité résultant de la clause susvisée, la cour d'appel s'est bornée a énoncer qu'il était " un peu élève "; qu'en statuant ainsi sans rechercher en quoi ce montant était manifestement excessif, elle n'a pas donne de base légale a sa décision; par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen : casse et annule, dans la limite ainsi admise du moyen, l'arrêt rendu entre les parties le 22 janvier 1976 par la cour d'appel de Reims; remet, en conséquence, quant a ce, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy.

Com 22 mars 2011

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par Mme X..., la société Cabinet Y... B..., M. Z..., MM. Nicolas, Romain, Laurent et Jacques B... que sur le pourvoi incident relevé par Mmes Olivia et Manuela Z...- B...,

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 1er décembre 2006, M. Laurent B..., directeur et actionnaire de la société Y... B..., agissant tant en son nom personnel qu'au nom et pour le compte des autres associés, Mme X..., M. Z..., MM. Nicolas, Romain,

Laurent et Jacques B... (les consorts B...) et Mmes Olivia et Manuela Z...- B..., a promis de céder à la société Immobilière bord de Seine (la société IBS) qui l'a accepté, l'ensemble des actions de la société Y... B..., moyennant le prix de 252 000 euros révisable en fonction des actifs nets de la société au 1er janvier 2007 ; que le société IBS n'ayant pas versé le solde du prix dans le délai stipulé, les consorts Y... B..., Mme Olivia et Manuela Z...- B... et la société Y... B... ont, le 2 mai 2007, assigné la société IBS pour obtenir la caducité de la vente et sa condamnation au paiement de diverses sommes ; que le 8 novembre 2007, la société IBS a été mise en liquidation judiciaire et la société Bécheret, Thierry, Sénéchal et Gorrias (la société BTSG) a été nommée liquidateur ;

Sur les premier et troisième moyens des pourvois principal et incidents, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

Mais sur le deuxième moyen de ces pourvois, rédigés en termes identiques, pris en leur première branche, réunis :

Vu l'article 1226 du code civil ;

Attendu que la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties ;

Attendu que pour rejeter la demande des consorts B... et de Mmes Olivia et Manuela Z...- B..., l'arrêt retient que M. B... est mal fondé à demander la fixation de sa créance au titre de la clause pénale compte tenu de la caducité de la promesse qui a été constatée ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a infirmé le jugement condamnant la société IBS à payer à Mme X..., M. Z..., MM. Nicolas, Romain, Laurent et Jacques B... et Mmes Olivia et Manuela Z...- B... la somme de 31 470 euros au titre de la clause pénale, l'arrêt rendu le 9 juin 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Bécheret, Thierry, Sénéchal et Gorrias, ès qualités, aux dépens ;

<u>II – Doctrine</u>

- **P. Rémy, La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997 p. 323.**

1. Depuis un siècle environ, l'habitude s'est prise de traiter l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité civile - une « responsabilité contractuelle », certes distincte de la responsabilité délictuelle, mais construite à son image. Exprimant cette idée moderne de la « responsabilité contractuelle », le doyen Carbonnier écrit ainsi que « le débiteur a l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par sa faute (art. 1382-1383) » (1). Ce concept d'une « responsabilité contractuelle » ayant une fonction de réparation des dommages injustement causés s'oppose absolument à la doctrine du code, selon laquelle les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat sont un effet des obligations contractées et remplissent donc une fonction d'exécution par équivalent(2). La doctrine classique me paraît plus exacte, à beaucoup d'égards, que la doctrine moderne. M. Huet, dans une thèse remarquable (3), soutient que la responsabilité contractuelle combine aujourd'hui ces deux fonctions ; cette opinion décrit certes assez exactement le droit positif et, dans une certaine mesure, permettrait de réordonner la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ; mais la fin poursuivie par cet auteur - « soumettre les situations qui sont semblables en fait à des règles juridiques identiques » - serait plus sûrement atteinte si la fonction de réparation était uniformément assurée par la responsabilité délictuelle, la « responsabilité contractuelle » revenant à sa fonction simple de paiement forcé. En vérité, ce retour à la doctrine classique de l'inexécution du contrat permettrait, non de confirmer la distinction des deux « ordres » de responsabilité, mais de l'abolir, en débarrassant le contrat de fonctions qui ne sont pas les siennes et en redonnant par conséquent à la responsabilité délictuelle compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés - spécialement pour les dommages causés à la personne. Les avantages d'une telle remise en ordre seraient considérables. M. Tallon a montré comment le concept contemporain de « responsabilité contractuelle » empêchait de bâtir une présentation cohérente des remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution du contrat (4). De leur côté, MM le Tourneau et Cadiet, dans leur récent traité de la responsabilité, mettent clairement en relief les difficultés résultant de l'intrusion, dans le régime de la défaillance contractuelle, de schémas empruntés, plus ou moins consciemment, à la responsabilité délictuelle (5). Partageant beaucoup de ces critiques (6), nous nous attacherons à décrire ici comment s'est opéré ce changement de concept (I), quelles conséquences en ont résulté (II) et quel avenir il pourrait avoir (III) (7).

I. - NAISSANCE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

2. Ce que nous appelons aujourd'hui « responsabilité contractuelle » est réglé, au titre III du code civil (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), dans un chapitre III intitulé De l'effet des obligations. En tête du chapitre, le célèbre article 1134 ; puis viennent le effets de l'obligation de donner (S.II, art. 1136 et s.) et ceux de l'obligation de faire ou de ne pas faire (S.III, art. 1142 et s.) ; enfin la section IV traite des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (art. 1146 et s.). A la suite de Pothier, le code a donc traité le droit du créancier à des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat comme un effet de l'obligation contractée ; on serait même tenté de dire que les dommages et intérêts sont la forme que prend ordinairement l'obligation contractuelle, lorsque le créancier recourt à la contrainte, faute de pouvoir réclamer (ou obtenir) l'exécution en nature (8). Ainsi, l'effet de l'obligation de faire ou de ne pas faire est de « se résoudre » (se payer) en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142), sauf les cas où la loi autorise l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144). Ainsi encore, l'article 1147 dispose que le débiteur est condamné à des dommages et intérêts « à raison de l'inexécution » et non à raison du dommage causé au créancier par sa faute. Enfin, la fonction d'exécution forcée des dommages et intérêts résulte clairement de l'article 1150 : sauf en cas de dol, le débiteur est tenu, non de rétablir le créancier en l'état où il se trouverait si un dommage ne lui avait pas été injustement causé, mais de lui procurer l'équivalent de l'avantage qu'il attendait (ou pouvait légitimement attendre) du contrat. Tout, dans ce régime des dommages et intérêts, est donc étranger à l'idée

d'une vraie « responsabilité contractuelle », taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle, et partageant avec elle une fonction de réparation.
3. Le plan général du code interdit d'ailleurs toute confusion entre les dommages et intérêts des articles 1146 et suivants et la dette de responsabilité : l'obligation de réparer le dommage injustement causé à autrui est une variété d'« engagement formé sans convention » (L.III, Tit.4) réglée, à deux cent cinquante articles de distance des « obligations conventionnelles en général », au chapitre des délits et quasi-délits. Ce plan traduit simplement la distinction fondamentale des sources ou « causes » d'obligations (comme disait Pothier) (9). Selon le code, comme selon Pothier, la summa divisio des causes d'obligations oppose seulement les conventions aux « autres causes », parmi lesquelles les délits et quasi-délits. Il ne s'agit donc pas là de la distinction des deux responsabilités à laquelle la systématique moderne nous a habitués ; plus radicale, la thèse classique est que l'inexécution du contrat n'est pas la cause d'une obligation nouvelle ; c'est le contrat lui-même qui est la cause de la dette de dommages et intérêts, au cas d'inexécution. C'est pourquoi, comme le disait Eugène Gaudemet (10), il y a une opposition irréductible entre le cas où un lien d'obligation préexiste à la dette de dommages et intérêts et le cas des articles 1382 et suivants, où il n'y a pas d'obligation préexistante résultant d'un lien de droit déterminé. Or la doctrine moderne, même lorsqu'elle tient à la distinction des deux ordres, présente l'inexécution du contrat comme un fait générateur de responsabilité - donc comme la source d'une obligation nouvelle, distincte de l'obligation contractuelle primitive (11), et dont elle serait le « prolongement » ou le « remplacement ». Ce qui suppose que l'inexécution de l'obligation a, à la fois, un effet extinctif de la dette primitive et un effet créateur de la dette de dommages-intérêts. Dans la doctrine du code au contraire, l'inexécution (ou la mauvaise exécution) n'opère pas cette espèce de novation de la dette contractée en dette de réparation : l'obligation inexécutée n'est pas éteinte par le seul fait de l'inexécution ; c'est précisément l'exécution par équivalent que réclame le créancier lorsqu'il prétend à des dommages et intérêts (12) et le débiteur qui prétend échapper aux dommages et intérêts doit prouver« le fait qui le libère », c'est-à-dire l'extinction de son obligation (art. 1147, 1148, 1245, 1246, 1302, 1315 c. civ.). Certes, la satisfaction du créancier ne sera obtenue qu'en argent, comme est procurée en argent, en général, la réparation des dommages injustement causés ; mais c'est simplement parce que l'argent est bon à tout : exécuter le contrat comme réparer un dommage, ou restituer un enrichissement injuste - toute obligation, quelle que soit sa cause, doit être liquidée en vue de l'exécution, lorsque celle-ci ne se fait pas in specie. Mais ce mode d'exécution de l'obligation n'en modifie pas la nature parce qu'il ne modifie pas sa cause - qui reste le contrat. D'une cause d'obligation à l'autre, la théorie classique des sources n'admet ni contamination, ni confusion, ni métamorphose : l'inexécution du contrat n'est pas une variété de délit civil et l'exécution forcée du contrat ne se ramène donc pas à la réparation d'un dommage injustement causé. Les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution sont un « remède » offert au créancier (comme disent les Anglais), non une nouvelle obligation du débiteur (13). Si l'on ne trouve pas trace de « responsabilité contractuelle » dans les textes relatifs aux dommages et intérêts, c'est bien parce qu'un tel concept ne peut entrer dans le système classique des sources d'obligations. Les dommages et intérêts ne constituent d'ailleurs pas le seul remède à l'inexécution, comme le suggèrerait l'idée de réparation, ni même le remède principal : l'action en dommages et intérêts s'articule, en droit commun des contrats, avec l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144), l'exception d'inexécution, la résolution (art. 1184), et le cas échéant la réfaction du contrat, qu'on ne saurait ramener à des modes de réparation d'un dommage.
4. Que le code ne traite pas l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité, c'est ce qui ressort enfin de la réglementation des contrats spéciaux (L.III, T.VI et s.). D'abord parce que, lorsque le contrat porte sur le transfert d'un droit ou la fourniture d'une chose (vente, louage de choses) les principales actions ouvertes au créancier sont les actions en garantie, qui n'ont aucun trait commun avec l'action en responsabilité. La doctrine moderne s'efforce certes

de définir la garantie en termes de responsabilité, comme « l'obligation incombant à une personne d'indemniser une autre d'un dommage qui, de son point de vue, a une cause fortuite » ; mais c'est pour y voir aussitôt une obligation « dérogatoire au droit commun » - entendez le droit commun de la « responsabilité contractuelle », comprise comme la « sanction des fautes » du débiteur. Il faut alors donner à ces garanties légales des justifications plus ou moins artificielles (14). Dans une vue classique des contrats spéciaux, ces garanties (qui sentent encore très fort le Digeste, L.21, T.1 et 2) sont au contraire l'effet normal de ce type de contrat : rien d'étonnant à ce que l'obligation de livrer la chose (praestare rem, id est tradere) emporte, sauf convention contraire, la garantie que l'acheteur ne souffrira pas d'éviction et qu'il « aura utilement la chose », comme disait Pothier (15). Il n'y a, dans cet effet typique de certains contrats aucune « dérogation au droit commun » - on ne voit pas pourquoi les effets principaux des contrats les plus usuels seraient ainsi qualifiés. Si particularisme il y a, il consiste bien plutôt en ce que les actions en garantie ne comportent en général pas de droit à dommages et intérêts, mais seulement des restitutions (c'est encore un souvenir du Droit romain : art. 1630 et s., 1644 et 1646) (16). Ni l'action rédhibitoire ni l'action quanti minoris ne ressemblent à des actions en responsabilité. Il y a plus. Les diverses actions en dommages et intérêts, telles que les règle le code à propos de chaque contrat, obéissent elles aussi en effet à un principe de typicité qui empêche qu'on les confonde avec l'action atypique en responsabilité pour les dommages injustement causés. Il y a dans le code des actions contractuelles nommées, comme il y a (parce qu'il y a) des contrats nommés. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, les civilistes, encore élevés au lait des Institutes et du Digeste, donnent fréquemment à ces actions contractuelles spéciales leurs noms romains : actions « empti » et « venditi » pour les actions nées de la vente, actions « locati » et « conducti » pour les actions nées du louage de choses, actions « mandati directa » et « mandati contraria » pour les actions relatives au mandat, etc. Le lecteur des titres VI et suivants du livre III constatera que ces actions participent de l'économie propre à chaque contrat et se rattachent même, dans chaque contrat, à un cas particulier d'inexécution d'une obligation déterminée. Le code énonce ainsi, contrat-type après contrat-type, les cas dans lesquels les dommages et intérêts sont dus par le débiteur de telle ou telle obligation, ceux dans lesquels il en est exonéré, et même, à l'occasion, la façon de les mesurer. Des textes disent, bien sûr, que le débiteur « répond » ou « est responsable » de telle perte, ou de tel fait, ou de telle défaillance ; mais ce vocabulaire, employé comme le faisait Pothier, n'évoque la « responsabilité » que pour un esprit contemporain ; d'autres textes disent d'ailleurs bien mieux que tel contractant est (ou n'est pas) « chargé » de tel ou tel cas (fortuit ou non), ou qu'il « supporte » telle perte ou qu'il est « tenu » des dommages et intérêts dans tel événement : dans ces textes-là, le code détermine, non la « responsabilité » du débiteur, mais l'étendue des obligations contractées par lui. La typicité des actions contractuelles, dans le code, traduit donc simplement la diversité concrète des obligations contractuelles : rien de plus normal, dès lors que les actions contractuelles en dommages et intérêts ne tendent en vérité qu'à procurer au créancier l'équivalent des avantages escomptés du contrat. On ne saurait faire entrer ces actions contractuelles typiques dans un schéma de « responsabilité » : dans le système du code, la « responsabilité contractuelle » n'existe pas encore.

5. Jusque vers 1870, on n'utilise d'ailleurs guère cette expression (17). Le traité de Sourdat, premier ancêtre de tous les traités de responsabilité, annonce dans son titre même qu'il ne traitera que de « l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats » (18) ; la responsabilité, en cet âge classique, est encore en-dehors des contrats. De même, la Jurisprudence générale Dalloz traite des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat au mot « Obligations » (19) et ne traite, au mot « Responsabilité », que de la responsabilité délictuelle, en se contentant d'observer sobrement, et comme une évidence, qu'« on n'a pas à s'occuper ici de ce qui a trait à l'inexécution des conventions » (20) - la responsabilité ne naît que du délit. La frontière du contrat et du délit est aussi la frontière du contrat et de la responsabilité.

6. L'invention de la « responsabilité contractuelle », sous sa figure actuelle, constitue donc une

mutation fondamentale de notre droit des obligations. A ses origines, il y a certainement la notion antique et vague de « faute contractuelle » (A) ; mais le facteur déterminant dans la fabrication du nouveau concept a été, me semble-t-il, la querelle des années 1880-1900 sur l'admission de cas de responsabilité sans faute : Planiol est alors celui par qui la « responsabilité contractuelle » advient véritablement (B).

7. A. - La « faute contractuelle » est bien antérieure à la « responsabilité contractuelle ». Son histoire est longue et embrouillée. La mémoire du droit des contrats remonte ici encore au droit romain de l'époque classique, à l'époque où le praestare culpam chasse le praestare custodiam dans les contrats de bonne foi, puis au droit romano-byzantin, qui systématise la gradation des fautes (21) selon le critère de l'utilitas contrahentium. Ce mouvement est repris par le droit romain médiéval (22) et ne se perdra plus jusqu'à la fin de l'Ancien Régime : d'Accurse et Alciat à Pothier (23), on suit le fil de la « prestation des fautes » et les infinies subtilités de son critère à trois branches. On sait que cette très antique doctrine a été critiquée pour sa complexité par Doneau, Thomasius et Lebrun (24), qui prétendent restituer ici la « pureté » du « vrai » Droit romain (ce que fera à nouveau Hasse au début du XIXe siècle) (25). La « prestation des fautes » est enfin abandonnée par les rédacteurs du code, pour un excellent motif : « la division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique : il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débiteur est plus ou moins stricte, quel est l'intérêt des parties, comment elles ont entendu s'obliger, quelles sont les circonstances... elle ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L'équité elle-même répugne à ces idées subtiles » (26). Ce refus de la prestation des fautes (des trois fautes) est en toutes lettres à l'article 1137 alinéa premier : les « soins du bon père de famille » serviront de standard général pour déterminer l'étendue de l'obligation de conserver la chose d'autrui ; de même que le débiteur d'une chose déterminée quant à son espèce seulement se libère (sauf convention particulière) en la fournissant de qualité moyenne (art. 1246), de même le débiteur de l'obligation de conserver la chose d'autrui se libère en général en fournissant des soins de qualité moyenne. Mais naturellement, cette obligation est « plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent » (art. 1137 al. 2). La fausse question des degrés de la faute est ainsi remplacée par la vraie question : celle de l'étendue des obligations contractées, qui suppose toujours l'analyse du contenu du contrat - car la question que soulève la « responsabilité contractuelle » est toujours (et seulement) de savoir si le débiteur a exécuté le contrat.

8. Pourtant, comme le montre un très intéressant article de M. Desrayaud récemment paru dans cette Revue(27), l'article 1137, rapproché des articles 1382 et 1383, offrait en 1804 une nouvelle tentation à une doctrine imprégnée de jusnaturalisme (28) et volontiers moralisante : s'il n'y a plus, en matière contractuelle, qu'une seule « faute », il est tentant de comprendre cette unique « faute contractuelle » comme une simple espèce de la faute civile que sanctionnent les articles 1382 et 1383 - ces « principes de droit naturel », fondés « sur ce précepte sublime de la morale divine, ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même » (29). L'idée d'une « responsabilité civile » unique, sanctionnant les mêmes fautes de comportement dans les rapports contractuels et « extra- contractuels », se trouve évidemment en germe dans une telle théorie de la « faute contractuelle » que l'on trouve chez Toullier (30). Faut-il chercher encore plus haut les racines de l'unité des fautes, et notamment chez Domat, comme on le fait parfois ? Il est vrai qu'après avoir posé un principe général de responsabilité pour faute, Domat en donne pour exemple « le défaut de s'acquitter d'un engagement », qui « est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages et intérêts dont on sera tenu » (31). Mais chez Domat, cette allusion reste isolée ; selon un système qui annonce celui de Pothier, Domat traite des dommages et intérêts à propos des conventions et les analyse explicitement comme « un effet des engagements », indépendamment de toute idée de responsabilité ou de faute (32). Il est donc abusif de faire de Domat l'inventeur du concept moderne de « responsabilité contractuelle » (33) ; mais on pressent à le lire que la généralité de la responsabilité pour faute

pousse instinctivement au rapprochement de la « faute contractuelle » et de la faute délictuelle, et par conséquent à l'idée que l'inexécution du contrat est un cas de responsabilité.

9. L'opposition absolue de la « faute contractuelle » et de la « faute délictuelle » est pourtant encore un leitmotiv doctrinal des années 1850-1870 (34). Il est alors couramment enseigné que la « faute contractuelle », à la différence de la faute délictuelle, est présumée et que le débiteur, pour s'exonérer, doit prouver la cause étrangère, le cas fortuit ou la force majeure ; on harmonise ainsi, sans les états d'âme ultérieurs, les articles 1137 et 1147. On respecte aussi le droit commun du paiement : le créancier ayant prouvé sa créance (art. 1315, al. 1), c'est au débiteur qui se prétend libéré de justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315, al. 2). On dit donc que la « faute contractuelle » cesse là seulement où commence le cas fortuit, et l'on ne trouve pas de difficulté à lire, à l'article 1302, que l'obligation est éteinte si la chose due a péri sans la faute du débiteur (al. 1), mais que celui-ci doit prouver le cas fortuit qu'il allègue (al. 3). Les difficultés de lecture de ces textes ne commenceront que lorsque l'inexécution du contrat sera comprise comme un vrai cas de responsabilité : la « faute contractuelle », perçue alors comme le fait générateur d'une obligation nouvelle de réparation, deviendra le « fait personnel » du débiteur ; la présomption d'une « faute » du débiteur paraîtra alors évidemment contraire au droit commun de la responsabilité ; à supposer qu'il y ait présomption de faute, on trouvera illogique qu'elle ne puisse être renversée que par la preuve du cas fortuit. Ce renversement moderne de perspective - ce contresens sur la « faute contractuelle » - s'opèrera lorsque Planiol défendra « l'unité de la faute » : c'est seulement dans le dernier quart du XIXe siècle, et pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la théorie générale du contrat, que l'on verra naître, dans un même mouvement, « l'unité de la faute » et le concept moderne de « responsabilité contractuelle ».

10. B. - Les années 1880-1900 constituent à bien des égards une époque cruciale de notre histoire doctrinale. Outre les turbulences politiques (qui ont dû compter), plusieurs mouvements s'y combinent, qui entrent en résonance. En premier lieu, le code a vieilli, et trois générations de commentateurs en ont tiré toute la substance ; beaucoup disent qu'il faut aller « au-delà du code » ; la préparation et la promulgation du BGB montrent d'ailleurs les progrès qu'on peut espérer d'un renouvellement de la « science juridique » more germanico. En second lieu, les accidents industriels (avant les accidents de la circulation) font craquer les principes classiques de la responsabilité ; il entre d'ailleurs, dans cette question, beaucoup plus que de la froide technique juridique : les accidents du travail sont en effet un aspect de la « question ouvrière » ou de la « question sociale » (35). Enfin l'époque est à la création prétorienne - c'est le moment des « grands arrêts » (et des grands arrêtistes). Ces trois crises - crise du code, crise de la responsabilité, crise des sources et des méthodes - bouillonnent ensemble. C'est de là que sortira la figure moderne de la « responsabilité contractuelle ».

11. Le facteur décisif est, me semble-t-il, l'absolue généralité des articles 1382-1383 (36), au moment où se pose la question des accidents du travail. En forgeant un délit civil unique, sur l'unique fondement de la faute, au lieu d'un système de délits spéciaux, le code et plus encore ses commentateurs n'ont en effet laissé que deux voies à la responsabilité sans faute prouvée du patron à l'égard de l'ouvrier victime d'un accident du travail : ou changer le principe même de la responsabilité délictuelle - c'est ce que propose Saleilles, avec la théorie du risque - ou transporter la réparation du terrain du délit au terrain du contrat - c'est ce que propose le belge Sainctelette, avec la théorie de la « garantie » (37). On sait que la chambre civile préfèrera en 1896 la voie délictuelle à la voie contractuelle, en inventant la responsabilité du fait des choses (38) avant que la loi du 9 avril 1898 ne vienne régler la question des accidents du travail. Mais cette loi ne vide pas la querelle, qui conserve un aliment avec les accidents de transport (39). Dans le même chaudron où mijote la responsabilité du fait des choses (en attendant les accidents d'automobile), la question de la « garantie » contractuelle chauffe ainsi jusqu'à la Grande guerre. L'un de ses protagonistes les plus marquants est Planiol ; c'est à lui qu'on peut

imputer l'invention de la responsabilité contractuelle de l'âge moderne.
12. Comme on sait, l'objectif de Planiol est de « sauver la faute » (40). Pour cela, il lui faut défendre sur le double front ouvert d'un côté par Saleilles et de l'autre par Sainctelette : repousser à la fois la théorie du risque en matière de délits et celle de la garantie en matière de contrats. Sur ce second point, on pouvait se contenter de dire qu'il était artificiel de faire entrer dans le contrat une obligation que l'une des parties n'avait certainement pas entendu assumer (41) et plus encore de transformer en obligation contractuelle le devoir général de ne pas nuire à la personne d'autrui. Mais la défense de la faute conduit la démonstration de Planiol sur une tout autre voie. Traitant de l'obligation du patron d'assurer la sécurité de l'ouvrier, Planiol commence certes par dire que cette obligation « ne peut avoir une origine conventionnelle, parce que c'est la loi elle-même qui la crée, et que, lorsqu'une obligation est légale, elle ne devient pas contractuelle par cela seul que des particuliers l'expriment dans leur convention... En effet, cette obligation n'est pas autre chose que le devoir de ne pas compromettre la vie d'autrui par négligence. Ce n'est pas le contrat qui oblige le patron à prendre des précautions pour ne pas tuer des passants ; le contrat n'a donc pas besoin de créer cette obligation au profit des ouvriers » (42). Cet argument aurait suffi à convaincre que la réparation des dommages corporels n'appartient pas au contrat. Mais l'objectif de Planiol n'est point de défendre le régime du contrat, mais la nécessité de prouver la faute du patron ; aussi ajoute-t-il que « la controverse sur la nature délictuelle ou contractuelle de l'obligation... ne conduit nullement à trancher la question du fardeau de la preuve » (43). Contre « l'opinion commune » (à la fin du XIXe siècle) selon laquelle la « faute contractuelle » serait présumée, Planiol soutient alors que « la différence que l'on prétend établir entre les deux espèces de fautes manque entièrement de base ; ce n'est qu'une sorte d'illusion résultant d'un examen superficiel : l'une et l'autre faute créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé ; l'une et l'autre supposent également l'existence d'une obligation antérieure ; l'une et l'autre consistent également en un fait qui est la violation de cette obligation... traiter d'une manière différente deux débiteurs qu'on peut supposer tenus d'obligations semblables par leur objet, l'un en vertu de la loi, l'autre en vertu d'une convention... serait un caprice sans motifs, une absurdité législative » (44). C'est parce qu'en général les obligations « légales » ont pour objet une abstention alors que, le plus souvent, les obligations contractuelles sont « positives » qu'on a « l'illusion » d'une différence dans le régime de la preuve des « deux fautes ». Au vrai, il y a « unité de la faute » (45). D'où la construction, dans le Traité élémentaire, d'une « notion générale de la faute », dans un titre « des obligations non contractuelles » qui embrassera « indifféremment » la violation des obligations légales et des obligations conventionnelles (46) : « point très important », mais « qui est presque universellement mal compris » (47). Ce que l'on comprend mal, en effet, lorsqu'on se tient aux catégories classiques, ce sont les mystérieuses « obligations légales préexistantes ». Esprit limpide, Planiol explique : on se fait « facilement une idée sommaire » des obligations conventionnelles, parce que les types des principaux contrats « sont fixés depuis longtemps » ; s'il n'en va pas de même pour les « obligations légales », c'est parce que l'article 1382, texte purement sanctionnateur (« l'équivalent de ce qu'est l'article 1142 pour les obligations conventionnelles »), ne dit pas « quand l'auteur du dommage est en faute ». Il faut « dresser le tableau des obligations légales dont l'article 1382 est la garantie, mais ce travail n'a jamais été entrepris ». Voici donc ce tableau des obligations légales : « 1°) s'abstenir de toute violence envers les choses ou envers les personnes ; 2°) s'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte irrégulier et trompeur destiné à léser autrui ; 3°) s'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habileté que l'on ne possède pas au degré voulu ; 4°) exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereuses qu'on possède ou sur les personnes dont a la garde (enfants, fous, etc.) » (48). On trouvera, à la Revue critique de 1905 (49), un autre catalogue - cherché « dans la jurisprudence, ce grand recueil de l'expérience humaine, ce livre toujours ouvert » - des fautes « contre l'honnêteté, contre l'habileté, contre la légalité » : fautes du séducteur, du pâtissier, du conservateur des hypothèques, du chef de gare,

du patron d'établissement insalubre, tableau baroque et chatoyant où se mêlent évidemment les « fautes contractuelles » et délictuelles. Le même article fournit explicitement le présupposé de cette doctrine des fautes : « il faut sous entendre, dans la constitution de toute société humaine, une double règle légale qu'on pourrait formuler ainsi : « défense d'être malhonnête, défense d'être maladroit » ». Ces deux défenses ne sont elles-mêmes que la traduction d'un neminem laedere fondamental. De telles « obligations légales » sont évidemment bien loin des exemples modestes d'obligations légales fournis par l'article 1370 - obligations entre propriétaires voisins ou obligations des tuteurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. A la vérité, le système de Planiol joue sur l'ambiguïté sémantique de « l'obligation » que le langage courant, mais non le langage juridique - confond avec le « devoir » (50). Ainsi naît ce qu'on pourrait appeler la pantimétique : à supposer « toute société humaine » constituée sur ces devoirs généraux transformés en « obligations légales », l'essence unique du Droit devient la sanction des fautes et tout y est réparation des torts (le neminem laedere chasse le suum cuique tribuere) (51) ; la responsabilité pénètre partout - spécialement dans le contrat.

13. Il faut relier cela à la doctrine des sources d'obligations que Planiol, à la même époque, élabore dans un célèbre article de la Revue critique(52). On sait que, pour Planiol, toutes les obligations dérivent de deux sources seulement : le contrat et la loi - qui embrasse les délits, quasi-délits, quasi-contrats et obligations légales stricto sensu. A première vue, cette classification dualiste des sources d'obligations se raccorde mal à la doctrine de l'unité de la responsabilité(53) ; mais, à y mieux regarder, on perçoit leur parfaite cohérence. La classification de Planiol efface en effet l'antithèse classique du contrat et des engagements formés sans convention pour lui substituer l'antithèse de deux « volontés créatrices » - Planiol le dit ainsi : la volonté des parties et la volonté du législateur. Ces deux volontés sont les sources primaires des obligations ; mais la « contravention » à ces obligations primordiales a pour effet de les transformer toutes en une nouvelle obligation de réparation, sous forme de dommages et intérêts. Délit et quasi délit (mais aussi quasi-contrat) que, dans la « nomenclature classique », on aperçoit comme des sources primaires d'obligations, ne sont en vérité que des sources secondes, ou dérivées (54), « la transformation en argent d'une obligation légale primordiale, par l'effet d'une contravention ou inexécution » (55). Homothétiquement, le contrat est donc vu lui aussi comme une source d'obligations « primordiales » qui se transformeront en une obligation nouvelle de dommages-intérêts par l'effet d'une « contravention ». Quelle que soit la source des obligations « primaires », il n'y a ainsi qu'une « faute civile » donnant naissance dans tous le cas à une nouvelle et même obligation, celle de réparer le dommage causé. C'est donc bien la dualité des sources d'obligations, comme la voit Planiol, qui commande au fond l'unité de la responsabilité. On reste étonné d'une telle construction, chez un auteur qui met si fort en garde ses lecteurs contre le mos geometricus dans la matière des obligations (56). Il n'est pas impossible que Planiol ait puisé une part de son inspiration dans les travaux préparatoires du code civil allemand : il a en tout cas lu Jhering sur la faute (57), et loue le BGB d'en avoir donné une définition plus complète que celle du code (58) ; de même, son parti de traiter des dommages-intérêts non avec les contrats (comme le fait le code français), mais comme une partie de la théorie générale des obligations « considérées en elles-mêmes », est aussi un emprunt à la méthode du BGB (59), dont Saleilles avait fait connaître les travaux préparatoires.

14. A la différence du monisme extrême [celui de Grandmoulin (60) et de Lefebvre (61)] selon lequel l'inexécution du contrat est un délit, la thèse de Planiol n'efface pas l'opposition de la loi et du contrat ; mais elle la déplace considérablement : la loi qui jusque là n'était qu'une modeste source immédiate d'obligations (celles du tuteur, celles des voisins) est prise ici à la fois comme source immédiate d'une foule innombrable d'obligations « primordiales » et comme source médiate de toutes les obligations « dérivées » , puisqu'elle impose de réparer les contraventions à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source primaire. Planiol discute habilement les « mauvais arguments » de Lefebvre et de Grandmoulin (62), dont les thèses assimilent le contrat

à une loi ou inversement la loi à une espèce de contrat pour en tirer le principe d'une responsabilité unique ; ces arguments, dit Planiol, sont inutiles, dès lors que « la nature de l'obligation violée reste sans influence sur la faute » (63).
15. On voit quelles séductions la doctrine de Planiol a pu exercer : l'opposition de la loi et du contrat comme « volontés » antithétiques satisfait à la fois le positivisme légaliste et la doctrine de l'autonomie de la volonté (c'est un mariage courant à la fin du XIXe) ; la dualité des obligations primaires, en dépit de l'équivoque du mot « obligations », est un trompe l'oeil assez esthétique ; enfin l'unité de la faute s'accorde merveilleusement au moralisme congénital de notre droit des obligations. Pourtant, presque tout en tombera ; la théorie des « obligations légales préexistantes » disparaîtra ; la responsabilité délictuelle admettra un très large secteur de responsabilité sans faute ; la « responsabilité contractuelle » sera utilisée, au moins dans ses commencements, comme un procédé dispensant la victime de faire la preuve d'une faute du débiteur. Mais il subsistera, de cet effort rhétorique, ce à quoi peut-être Planiol tenait le moins, au fond : l'espèce de métaphore selon laquelle, l'inexécution de contrat étant une « faute » de même nature que le délit, cette faute fait naître une obligation de réparer qui succède à l'obligation contractuelle inexécutée - la réparation évinçant ainsi l'exécution forcée.

II. - LA « RESPONSABILITE CONTRACTUELLE » : SUITES

16. Dans la première moitié de notre siècle, la filiation doctrinale de Planiol est aisée à repérer, aussi bien chez les partisans de l'unité que chez ceux de la dualité de la responsabilité. Ainsi Esmein, qui assimile complètement les fondements des deux responsabilités, prolonge la thèse de Planiol en disant que, même dans la responsabilité contractuelle, la faute apparaît comme l'inexécution d'une obligation légale (puisque c'est la loi qui nous oblige à exécuter les engagements que nous avons assumés) (64) : la « faute » étant la même, la « sanction » doit être la même, sauf différences de détail à justifier dans chaque cas ; on est ici à la pointe de la doctrine pantimétique. La doctrine « dualiste » est simplement plus prudente : Henri et Léon Mazeaud (65) soutiennent qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux responsabilités (elles sont mêmement fondées sur la faute), mais seulement des différences « accessoires » tenant à la source (volontaire ou légale) des obligations violées. Une seule nature, mais des différences de régime plus ou moins justifiables selon qu'on est ou non volontariste : ce compromis flottant deviendra l'opinion majoritaire (66). La consolidation définitive du concept actuel de « responsabilité contractuelle » viendra de deux faits jurisprudentiels presque concomitants : l'irruption de l'obligation contractuelle de sécurité, puis le succès de la distinction des obligations de moyens et de résultat. D'une part, l'introduction de l'obligation de sécurité dans les contrats a définitivement ancré la « responsabilité contractuelle » dans sa fonction de réparation, où elle concurrence désormais la responsabilité délictuelle (A). D'autre part, la distinction des obligations de moyens et de résultat a organisé la coexistence de deux régimes de « responsabilité contractuelle », l'un fondé sur la faute prouvée, l'autre plus « objectif », ce qui accentue le parallèle avec les deux régimes typiques de la responsabilité délictuelle (B). Ainsi se verrouille, dans les années 1910-1930, le concept de « responsabilité contractuelle » : de l'espèce de métaphore élaborée par Planiol à des fins rhétoriques, on est passé à la confusion des fonctions puis à l'assimilation des régimes.
17. A. - Au tournant du siècle, la « responsabilité contractuelle » est, on l'a vu, une voie offerte au contractant victime d'un dommage corporel pour échapper à la nécessité de prouver la faute de l'auteur du dommage : on imagine donc de « forcer » le contrat pour y faire entrer une « garantie » de sécurité ; la victime invoquera l'inexécution du contrat plutôt que le délit et l'article 1147 la dispensera de prouver la faute du « débiteur de sécurité ». La contractualisation de ce type de dommage apparaît donc comme un procédé d'« objectivation » de la responsabilité, comme on dirait aujourd'hui. La concurrence que fait la « responsabilité contractuelle » à la responsabilité délictuelle répond ainsi, dans ses débuts, à un objectif clair de faveur à la victime. Tout s'embrouille - et très vite - quand d'un côté l'obligation contractuelle

de sécurité voit son régime se diversifier, tandis que d'un autre côté l'invention de la responsabilité du fait des choses ouvre un très vaste champ de responsabilité délictuelle sans faute. De l'invention primitive de la « créance de sécurité » à la situation actuelle, la concurrence des voies contractuelle et délictuelle de la réparation a ainsi perdu toute cohérence.

18. Comme on sait, l'obligation de sécurité pénètre d'abord le contrat de transport. Cela est compréhensible : l'accident de transport est, avec l'accident du travail, l'autre grand type d'accident de la société « machiniste ». La doctrine de Sainctelette visait d'ailleurs explicitement à couvrir de la « garantie » contractuelle aussi bien les accidents de transport que les accidents du travail. Au surplus, en matière de transport, l'article 1782 fournissait le modèle d'une obligation accessoire de « conservation des choses qui... sont confiées » au voiturier, celui-ci étant tenu de la perte et des avaries, sauf à prouver le cas fortuit ou la force majeure (art. 1784). Il était tentant d'étendre cette obligation de conservation, a pari ou a fortiori, au transport de personnes. Pourtant, la jurisprudence de la fin du siècle refuse la voie contractuelle à la victime de l'accident de transport, comme elle l'avait refusée à l'ouvrier victime d'un accident du travail (67). Ses raisons sont fortes ; d'abord, l'article 1784 (comme l'article 103 c. com.) se rattache au dépôt nécessaire de corps certains (arg. art. 1782) et les personnes transportées ne sauraient être considérées comme des choses déposées entre les mains du transporteur ; on ne voit ensuite pas pourquoi on ferait entrer prétoriennement dans le contrat une obligation à laquelle l'une des parties au moins n'entendait sans doute pas s'astreindre ; enfin, accepter la voie contractuelle, c'est aussi admettre les exclusions et limitations conventionnelles de responsabilité. Le revirement des années 1911-1913 (68) est donc bien le signe que s'acclimate, en droit positif, l'idée que la « responsabilité contractuelle » et la responsabilité délictuelle partagent une même fonction, et ont une même « nature » (69). Le paradoxe est que ce qui est alors recherché, c'est l'avantage probatoire que confère à la victime le régime du contrat par rapport au régime du délit ; derrière l'identité des fonctions, c'est en même temps la dualité des régimes qui s'affirme. Ainsi se justifie politiquement le compromis auquel s'arrêtera la doctrine dominante : il y a bien une seule responsabilité, mais avec des différences « techniques » qu'on peut utiliser pour mieux protéger les victimes.

19. Le procédé est si commode qu'il gagne très rapidement, en jurisprudence, d'autres contrats que le transport. Vingt ans plus tard, Lalou (70) et Josserand (71) décrivent ce mouvement jurisprudentiel principalement alimenté, jusque dans les années 30, par des décisions de juges du fond. Josserand (c'est lui qui baptise, semble-t-il, l'obligation de sécurité) en donne une analyse fort intéressante ; il recense d'abord les « échecs » du procédé (dans le louage de services, le contrat d'enseignement, la responsabilité des notaires, des médecins et chirurgiens) avant de dénombrer les cas où « le concept contractuel a fait reculer devant lui et a vaincu le concept délictuel » (transports, hôtellerie, accidents locatifs) ; ce « forçage » du contrat - qu'il approuve pour d'autres obligations - lui paraît ici contestable : l'introduction de l'obligation de sécurité, faux « enrichissement du concept contractuel », constitue en réalité un simple transvasement dans le contrat d'une obligation de nature extra- contractuelle(72). Ce témoin du premier moment a donc très exactement vu, dans le développement de l'obligation de sécurité, trois phénomènes liés : le gonflement artificiel du contrat, le refoulement de la responsabilité délictuelle, et la multiplication des conflits de frontières entre les deux ordres de responsabilité.

20. Les mouvements de notre question deviennent ensuite beaucoup plus difficiles à saisir. C'est que la concurrence du délit et du contrat se complique alors de deux façons. Du côté du délit, le triomphe d'un principe général de responsabilité du fait des choses donne fréquemment aux victimes d'accidents corporels le même avantage probatoire que celui qu'on cherche à leur offrir avec la « créance de sécurité » ; or, dans maintes situations contractuelles le dommage est causé à l'une des parties par une chose appartenant à l'autre partie, ou fournie par elle, ou manipulée par elle (73). Du côté du contrat, la distinction des obligations de moyens et de résultat se répand elle aussi à une vitesse étonnante et beaucoup d'« obligations

contractuelles de sécurité » ne seront traitées ni comme des garanties, ni comme des obligations de résultat, mais comme des obligations de moyens. Les voies contractuelle et délictuelle de la réparation se dédoublent ainsi chacune en deux régimes, l'un plus favorable, l'autre moins favorable à la victime ; les choix se ramifient donc. On le voit dans la querelle du transport bénévole (74), où le choix de la solution contractuelle peut servir aussi bien à faciliter la réparation qu'à l'exclure, de même que le choix de la solution délictuelle peut être commandé par l'intention de faire jouer soit l'article 1384 soit les articles 1382 et 1383 (75). On le verra mieux encore lorsque, l'existence d'une relation contractuelle étant incontestable, l'accident se produira sur les franges du contrat : accidents d'avant et d'après transport (le quai, la montée, la descente), accidents de magasin (où l'on peut raffiner les distinctions selon que l'accident a lieu avant ou après l'emplette, qu'il a été causé par la chose achetée ou par une des innombrables choses se trouvant dans le magasin, de l'escalier mécanique à la feuille de salade). C'est alors, au gré des espèces, la valse-hésitation des responsabilités contractuelle et délictuelle.

21. On note, depuis une quinzaine d'années, un certain reflux de l'obligation de sécurité(76) : les juges comprennent que la « créance de sécurité » est une « créance » bien paradoxale, lorsqu'elle prive le « créancier de sécurité » de l'avantage qu'il aurait à invoquer l'article 1384 alinéa 1er s'il n'était créancier de rien du tout ! Mais ce n'est pas à dire que la jurisprudence ait entrepris pour autant de dégonfler le contenu du contrat de cette encombrante obligation « accessoire » ; comme le montre la jurisprudence des accidents de magasin ou de transport, le juge ne renonce pas à l'obligation contractuelle de sécurité ; pour retrouver le régime délictuel, il préfère dire ou qu'il n'y a pas contrat, ou que son exécution n'a pas encore commencé, ou qu'elle est déjà achevée. La frontière du délit et du contrat se déplace, mais la « responsabilité contractuelle » conserve sa fonction de réparation des dommages corporels.

22. Le réflexe contractualiste a d'ailleurs resurgi, plus récemment, avec la réparation des dommages causés par les produits défectueux. Ici encore, le plus simple, de lege ferenda, aurait été de construire un régime uniforme de responsabilité délictuelle objective des fabricants - ce serait aujourd'hui la façon la plus économique d'appliquer la directive européenne de 1985. Mais, dans le silence de la loi (et bien avant la directive), la jurisprudence a suivi la pente, évidemment plus facile pour elle, de la contractualisation des dommages. Le contrat en cause étant la vente, le « forçage » a d'abord pris naturellement la voie de la garantie des vices cachés du produit. Avec plusieurs inconvénients, qui se sont révélés au fil des espèces, et qui ont été corrigés avec plus ou moins d'artifice. Premier inconvénient : le vendeur ne doit de dommages et intérêts à l'acheteur que s'il connaissait les vices de la chose (art. 1645) ; qu'importe : en tant que professionnel, il sera tenu de connaître les vices affectant la chose vendue - c'est l'apport du malheureux boulanger de Pont-Saint-Esprit au système moderne de sécurité du consommateur (77). Deuxième inconvénient : accrochée à la garantie des vices, l'action de l'acheteur victime est enfermée dans un bref délai (art. 1648) ; qu'importe : on finira, en 1991, par découvrir que l'obligation contractuelle de sécurité est, dans la vente, une « obligation autonome » (78), soumise au délai de prescription de l'action contractuelle de « droit commun ». Un dernier inconvénient de la solution contractuelle se trouve dans le principe de relativité des conventions, fort gênant dans le cas de la responsabilité du fait des produits, où le dommage se produit au bout de la chaîne de distribution ; à vrai dire, demi-inconvénient seulement, puisque précisément le droit de la vente admet depuis un siècle la transmission de la garantie des vices aux acquéreurs successifs de la chose ; la garantie des vices transportera donc avec elle l'obligation de sécurité jusqu'au bout de la chaîne des ventes ; et quand l'on en viendra, pour cause de trop brève prescription, à détacher l'obligation de sécurité de la garantie (1991), la transmission de plano de toutes les actions contractuelles en responsabilité aura déjà été admise (1986). Cet assouplissement de l'effet relatif des contrats par les actions contractuelles directes a certainement fait beaucoup pour le succès de la solution contractuelle en matière de responsabilité du fait des produits. Mais la transmission des actions contractuelles est un procédé limité : comment faire profiter de l'obligation contractuelle de

sécurité d'autres personnes que l'acquéreur final ? On a pu songer un temps que le développement des « actions contractuelles directes » ferait tomber ce dernier obstacle au rayonnement de l'obligation « contractuelle » de sécurité vers les tiers victimes ; avec un peu d'indulgence, on aurait pu voir dans beaucoup de situations-types d'accidents domestiques des « groupes de contrats » et des victimes n'ayant « souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial » : l'époux, les enfants, les amis utilisateurs du produit défectueux auraient bien pu invoquer un prêt de l'acheteur final. Mais le célèbre arrêt Besse, en restaurant l'effet relatif, a enrayé cet ultime développement. S'étant ainsi privée de la ressource de l'action contractuelle directe, la Cour de cassation vient de recourir à un procédé plus étonnant encore en disant, dans son style admirablement bref, que « le vendeur professionnel... tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes... en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur » (79). Ainsi, l'inexécution d'une obligation contractuelle (livrer un produit exempt de vice) constitue ipso facto une faute délictuelle à l'égard des tiers : on saute donc l'obstacle de l'effet relatif, puisque l'action du tiers reste une action délictuelle, fondée sur l'article 1382 ; mais on voit bien que la faute délictuelle du vendeur, définie comme le manquement à son obligation contractuelle de livrer un produit non défectueux, n'est pas « détachable du contrat » (80) : sa faute délictuelle est en réalité une « faute » purement contractuelle. Voici donc une action délictuelle directement et uniquement fondée sur une « faute contractuelle » ; on se dit que Grandmoulin finira par avoir raison. Voici aussi une nouvelle complication dans la structure de notre système de réparation des dommages corporels ; les tiers auront avantage à accrocher chaque fois qu'ils le pourront leur action délictuelle à la violation d'une obligation contractuelle de sécurité plutôt qu'à la vieille « garde de structure » qui leur permettait elle aussi de rechercher, mais dans des conditions plus étroites, la responsabilité du fabricant (plus problématiquement celle du vendeur) ; pour ces tiers, l'article 1382 devient donc un texte plus favorable que l'article 1384 alinéa 1er : allez expliquer cela aux mânes de Planiol !

23. Après la jurisprudence des « chutes dans l'escalier » (81), puis celle des accidents de quai ou de magasin, la jurisprudence des accidents du fait des produits montre aujourd'hui que le choix de la voie contractuelle a toujours pour effet d'introduire le désordre dans notre système de réparation des dommages corporels. L'idée d'offrir à la victime un « parapluie contractuel » est donc, expérience faite, une fausse bonne idée : mieux vaudrait redonner au délit sa compétence naturelle sur les affaires de « bras cassés et de morts d'homme » (82), et « décontractualiser » l'obligation de sécurité (83), si l'on veut en construire un régime cohérent (84). Dans le cas de la sécurité des produits, il est clair que la pseudo-obligation contractuelle de sécurité ne fait que répéter une règle légale précise (art. 1er L. 21 juill. 1983, art. L. 221-1 c. consom.) : il serait donc possible de construire là dessus une responsabilité uniformément délictuelle, en débarrassant la vente de cette encombrante obligation accessoire de sécurité.

24. L'obligation contractuelle de sécurité est pourtant en passe de gagner un nouveau territoire, en devenant « obligation de sécurité quant aux biens ». L'expression est déjà courante (85), et la jurisprudence l'utilise notamment en matière de responsabilité du fait des produits ; elle a été précédée par une partie de la doctrine (86). Il faut ici se garder d'une confusion. Beaucoup de contrats font naître, à titre principal (dépôt, contrats de gardiennage ou de surveillance) ou à titre accessoire (entreprise, bail, sous des formes aussi variées que le sont ces deux contrats) l'obligation de conserver la chose d'autrui - il arrive d'ailleurs que cette obligation accessoire soit elle-même considérée comme résultant d'un dépôt (art. 1782, pour le transport ; art. 1952 pour l'hôtellerie ; L. du 6 juill. 1992 pour le dépôt hospitalier). L'étendue de cette obligation est naturellement variable selon l'économie du contrat, et nos « petits contrats » nommés comportent bien souvent un régime précis de cette obligation accessoire de conservation (ex. : art. 1788 et s. ; art. 1880 et s.) ; à défaut, une jurisprudence abondante taille elle-même ce régime (87). Il est certes abusif de baptiser cette obligation « obligation de sécurité quant aux biens », mais cela ne tire pas à conséquence : l'obligation de veiller sur la chose a, dans tous ces

cas, un caractère contractuel - la vraie difficulté étant, selon les espèces, de qualifier le contrat et de déterminer l'étendue de cette obligation. Il n'en va pas de même lorsque le dommage est causé à des biens qui n'ont pas été confiés, à titre principal ou accessoire, par un contractant à l'autre : le rattachement au contrat d'une obligation de sécurité quant aux biens a alors pour conséquence de contractualiser un dommage dont la nature est délictuelle. Il en résulte, comme pour la réparation des dommages corporels, d'incertains conflits de frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ; on trouvera des exemples de cette incertitude dans les cas où un entrepreneur cause, dans l'exécution du contrat, un dommage aux biens du maître de l'ouvrage chez qui il travaille (88). Ici encore, l'expansion de la responsabilité contractuelle est due à un gonflement artificiel du contrat ; ici encore se brouille la distinction du contrat et du délit.

25. B. - L'invention par Demogue, à la fin des années vingt, de la distinction des obligations de moyens et de résultat a, de son côté, considérablement renforcé l'analogie de la responsabilité délictuelle et de la « responsabilité contractuelle ». D'une part en effet, l'existence d'obligations « de moyens » conforte l'idée que la « faute contractuelle » est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle (89) ; d'autre part, les obligations « de résultat » apparaissent alors comme des cas de « responsabilité sans faute » parallèles aux cas de responsabilité délictuelle objective. « Responsabilité contractuelle » et responsabilité délictuelle sont ainsi formellement construites selon un même schéma ; cette analogie formelle des structures de responsabilité renforce incontestablement l'idée qu'il n'existe qu'une responsabilité « civile » sous deux figures, et que le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective(90).

26. La distinction des obligations de moyens et de résultat possède sans doute un grain de vérité : les obligations contractuelles n'ont pas toutes la même étendue, ou pas la même intensité, alors même qu'à première vue elles auraient, abstraitement, le même objet ; c'est ce que dit très clairement l'article 1137 alinéa 2 de l'obligation de conserver la chose d'autrui. Les précieux « petits contrats » du code civil fournissent maint exemple de cette variabilité concrète d'obligations ayant pourtant un même objet, jusque dans des contrats très proches (91).

27. Cela dit, on voit bien qu'une summa divisio, quelle qu'elle soit, ne peut prétendre rendre compte de cette diversité naturelle des obligations contractuelles. Voilà ce qu'on objecte souvent à la distinction des obligations de moyens et de résultat, à la suite d'Esmein (92) ; d'où les raffinements contemporains : introduction des garanties au degré supérieur de la classification (93) et sous-distinctions (obligations de moyens « renforcées » ou obligations de résultat « atténuées »). Une autre objection est l'incertitude du critère de distinction. Le critère de Demogue (94), qui opposait les professions libérales (le professionnel libéral ne promettrait que des « moyens », parce qu'il est indépendant) aux métiers (les techniciens devraient des résultats), apparaît bien contestable aujourd'hui (95) et on lui préfère un faisceau de critères combinant la dose d'aléa de la promesse faite et le « rôle (actif ou passif) de la victime » (96) : mais ces critères sont eux-mêmes flottants et la jurisprudence ne paraît pas s'y tenir avec une grande constance. Plus profondément, les incertains exercices de qualification auxquels cette distinction conduit les juges nous paraissent purement rhétoriques : la question étant toujours - et seulement - de savoir si le débiteur a convenablement exécuté l'obligation, il faut toujours - et seulement - se demander ce qui était concrètement in obligatione pour y comparer ce qui a été fait ; le passage par une « qualification » aussi imprécise et sommaire est un embarras inutile. Reste le rôle qu'on prête en général à la célèbre distinction quant à la charge de la preuve ; mais, en vérité, quelle que soit l'étendue de l'obligation, c'est toujours au créancier qui réclame l'exécution forcée d'établir qu'il n'a pas reçu la prestation promise (art. 1315 al. 1) et c'est toujours au débiteur qui se prétend libéré de prouver le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315 al. 2) (97) ; simplement, l'objet concret de la preuve à faire par l'un et par l'autre dépend de ce qui a été promis - ce qui rend la preuve plus ou moins difficile pour l'un ou pour l'autre. On a d'ailleurs fort justement relevé que, contrairement à une idée

académique, la preuve de l'inexécution d'une obligation « de résultat » n'est pas toujours plus facile que la preuve de l'inexécution d'une obligation de moyens (98). Tous arguments examinés, MM le Tourneau et Cadiet reconnaissent pourtant à « la célèbre dichotomie... une valeur suggestive certaine (qui explique son succès rapide et persistant) » (99). Mais c'est précisément de cette « valeur suggestive » qu'il faut se défier, me semble-t-il.

28. C'est en effet à ce caractère « suggestif » que l'on doit d'abord l'idée selon laquelle cette distinction serait la summa divisio de toutes les obligations, quelle que soit leur source - et pas seulement des obligations contractuelles. On sait que cette thèse a été défendue par Henri Mazeaud dans un article historique et qu'elle est encore soutenue (100). La filiation de Planiol s'y retrouve : si la responsabilité, délictuelle comme contractuelle, découle toujours de la violation d'une « obligation préexistante », il est tentant d'opérer, dans les « obligations légales » une « classification comparable » à celle qu'on découvre dans les obligations contractuelles(101) : il y aurait donc des obligations légales de résultat (ou déterminées) et des obligations légales de moyens (ou de prudence et diligence). Et c'est ce parallélisme qui justifierait la construction, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, de deux régimes semblables de responsabilité l'un pour faute prouvée, l'autre sans faute prouvée. Ainsi s'achève, dans le système d'Henri Mazeaud, la métaphore de Planiol : la distinction des deux types d'obligations « primordiales » commande, indépendamment de leur source, le régime de la responsabilité qui en procède. Il est évidemment fort difficile, après cela, de maintenir une distinction des ordres de responsabilité fondée précisément sur la source des obligations violées.

29. L'autre effet de cette distinction « suggestive » est de donner au contrat une double figure : promesse d'un avantage, lorsque l'obligation est « de résultat », ou simple promesse d'un certain comportement, lorsque l'obligation est de moyens. Il est bien vrai que ces deux figures du contrat sont concevables, comme le montrent, en droit comparé, les exemples de la common law d'un côté et du BGB de l'autre (102). Ce qui se traduit par deux traitements fort différents de l'inexécution contractuelle. Dans l'un, la faute n'entre aucunement dans la définition du breach of contract ; dans l'autre au contraire, il n'y a de responsabilité du débiteur que pour inexécution fautive, en vertu d'un principe général de culpabilité (§ 276 BGB) (103) ; mais, dès lors que le créancier a prouvé l'impossibilité d'exécuter en nature, c'est au débiteur de prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable (§ 282 BGB) ; quant aux garanties, elles sont fermement mises à part (104). Ce n'est pas le lieu de débattre des mérites intrinsèques de chacun de ces systèmes. Qu'il nous soit permis de dire que nous préférons sur ces questions la vue simple de la common law à la construction du BGB, où se repère la filiation de la trop savante Ecole pandectiste ; Outre-Rhin, on exprime d'ailleurs la même préférence (105). Le sûr en tout cas est que chacun de ces systèmes repose clairement sur un seul principe ; seul le droit français contemporain les amalgame - si bien que les comparatistes le classent comme « dualiste » (Constantinesco) ou comme « intermédiaire » (Treitel), ce qui est la façon scientifique d'exprimer une certaine perplexité (106).

30. L'étonnant est que cette caractéristique du système français se soit cristallisée si tard. On retrouve ici les méandres de la « faute contractuelle ». On a vu plus haut que la doctrine du XIXe siècle tenait que la « faute contractuelle » était « présumée », et raccordait cela aux articles 1147 et 1148 : ce qui ne constitue que l'application de l'article 1315 à l'exécution forcée par équivalent (107). On ne perçoit donc pas alors d'antinomie entre les articles 1137 et 1147 - prouver le cas fortuit, c'est prouver l'absence de « faute contractuelle » (arg. art. 1302 al. 1 et 3). Mais dès l'instant que la « faute contractuelle » se modèle sur la faute délictuelle et devient une faute de comportement, prouver le cas fortuit est évidemment autre chose que prouver la simple conduite normalement diligente. Dans l'entre-deux de la faute démontrée et du cas fortuit identifié, il y a les cas douteux : qui en a la charge ? A Saleilles, qui soutenait que l'inexécution du contrat n'est même pas « la faute présumée (mais) la faute réalisée », Planiol objecte précisément qu'il ne saurait y avoir « faute réalisée » dans les cas où la cause demeure inconnue (108). Il faut donc bien « concilier » les deux textes, et c'est de cet effort qu'est née la

« suggestive » distinction de Demogue : l'article 1137 aurait donc été écrit pour les obligations de moyens, et l'article 1147 pour les obligations de résultat ; on voit par là que le passage de la doctrine française sous la bannière de l'Ecole « scientifique » n'avait aucunement entamé ses capacités exégétiques (109).

31. Il n'est pas sûr qu'en dépit de son succès ce système dualiste soit tout à fait stabilisé. M. Tunc a notamment présenté une autre « conciliation » des articles 1137 et 1147, qui fait descendre la force majeure jusqu'à l'absence de faute (110), ce qui lui « permet d'affirmer que la responsabilité contractuelle proprement dite (111) repose exclusivement sur la faute ». Au bout de cette démonstration, il y aurait logiquement la permission pour le débiteur de se libérer, même dans le cas des obligations de résultat, par la preuve d'une absence de faute ; les obligations de résultat deviendraient toutes des obligations de moyens « renforcées » (112). La position intermédiaire du droit français n'est donc pas seulement peu claire ; elle est aussi instable, car le concept moderne de « responsabilité contractuelle » pousse inévitablement l'analyse de l'inexécution du contrat vers la « responsabilité du fait personnel »(113). Ce premier pas accompli, d'autres suivront, quasi mécaniquement : alignement, aussi complet que possible, des « faits générateurs » de responsabilité contractuelle sur les faits générateurs de responsabilité délictuelle ; puis l'absorption de l'une par l'autre.

III. - LA « RESPONSABILITE CONTRACTUELLE » : AVENIR

32. Le schéma d'une « responsabilité contractuelle du fait personnel » une fois imposé, d'autres « faits générateurs » de responsabilité délictuelle sont en voie de gagner le terrain du contrat. Il y a là du mimétisme : « la responsabilité contractuelle est devenue doctrinalement tributaire de la délictuelle » (114). Mais l'invention de ces nouveaux faits générateurs de responsabilité contractuelle répond aussi à une nécessité - plus impérieuse encore en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, car la faute personnelle du débiteur, prise comme procédé d'imputation, est un principe trop étroit pour couvrir la très grande diversité des causes de dommages en matière contractuelle ; on voit donc se constituer une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » et une « responsabilité contractuelle du fait des choses » (A). Cet alignement des faits générateurs de responsabilité paraît à beaucoup insuffisant : la concurrence anarchique de deux systèmes de réparation, dont l'un reste soumis au régime contractuel engendre tant de « bizarreries et d'injustices » (115) qu'une doctrine autorisée prône l'unification des responsabilités c'est-à-dire, en réalité, l'absorption complète du régime de l'inexécution contractuelle par le régime du délit (B). Il me semble qu'on ne gagnera rien à ce brouillage définitif des causes d'obligations ; mieux vaudrait retourner aux principes classiques (C).

33. A. - « Responsabilité contractuelle du fait d'autrui » et « responsabilité contractuelle du fait des choses » sont des procédés d'imputation inutiles si l'on s'en tient à la doctrine classique : on n'est contractuellement responsable ni du fait d'autrui, ni du fait d'une chose (116) ; on doit des dommages et intérêts parce qu'on est débiteur d'une obligation inexécutée ; c'est le contrat qui fait le débiteur, et il est indifférent que l'inexécution du contrat ait sa cause dans le « fait d'autrui » ou dans le « fait d'une chose », dès lors que ces faits ne constituent pas pour le débiteur l'un des faits libératoires énoncés par les articles 1147 et 1148. C'est le sens commun : les moyens d'exécuter les promesses sont l'affaire de celui qui a promis ; les contrats sont très fréquemment exécutés non par le débiteur en personne mais par des auxiliaires ou des substituts que le débiteur choisit, et leur exécution s'accomplit bien souvent au moyen de « choses » que le débiteur met en oeuvre ou qu'il fournit. Mais il n'y a pas à rechercher dans « le fait d'autrui » ou dans le « fait de la chose » des « faits générateurs de responsabilité » tant que la cause des dommages et intérêts reste le contrat lui-même.

34. La démonstration de l'inutilité de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » a été faite par Becqué lui-même, à qui l'on doit pourtant l'introduction de cette regrettable expression dans le vocabulaire doctrinal français (117). Becqué part certes de la constatation

que notre code n'énonce, à la différence du BGB (§ 278), aucun principe général de responsabilité du débiteur pour « la faute commise par son représentant légal et par les personnes dont il se sert pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle » , mais seulement des dispositions particulières assez nombreuses (art. 1245, 1735 (118), 1797, 1953, 1994) à partir desquelles on peut inférer l'existence d'un tel principe, « en suspension dans le code ». Mais, arrivant au fondement, Becqué explique très simplement la « responsabilité contractuelle pour autrui », en droit français, comme « l'application pure et simple du droit commun » alors qu'en droit allemand elle « apparaît comme une exception aux principes généraux qui dominent la matière des obligations ». C'est parce qu'en droit allemand l'inexécution de l'obligation est traitée comme une responsabilité pour faute (§ 276 BGB) qu'il a fallu compléter cette règle par une « responsabilité pour la faute commise par les personnes dont (le débiteur) se sert pour exécuter son obligation » (§ 278). Rien de tel dans le système français, du moins selon la doctrine du code : le débiteur de l'obligation inexécutée doit des dommages et intérêts, sauf à établir la cause étrangère qui le libère ; or le fait du tiers volontairement introduit par le débiteur dans l'exécution du contrat, comme auxiliaire ou substitut, ne pourra qu'exceptionnellement être considéré comme un cas de force majeure (119) ; il est donc inutile de faire appel à la « responsabilité du fait d'autrui » pour justifier le droit du créancier à des dommages et intérêts. Pour le cas d'exécution par des préposés, la Cour de cassation a clairement rappelé la doctrine classique à la fin des années soixante en approuvant une cour d'appel d'avoir décidé que « les termes de l'article 1147 ne permettent pas d'établir une distinction suivant que le débiteur exécute lui-même ou fait exécuter par un ou plusieurs de ses préposés » (120). Dans le cas de substitution dans l'exécution (par sous-contrat ou cession de contrat), il est également inutile d'évoquer la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » : tant qu'il n'est pas libéré, le débiteur primitif répond de l'inexécution tout simplement parce qu'il est toujours débiteur ; et lorsqu'il est libéré (hypothèse d'une cession « parfaite ») il ne peut être « responsable », sauf à avoir promis sa garantie - auquel cas la prétendue « responsabilité du fait d'autrui » est encore une obligation personnelle. Construire une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est donc inutile, tant qu'on en reste au régime de l'inexécution du contrat tel que le conçoit le code : on ne répond pas du fait d'autrui quand l'on paye simplement ce que l'on doit. En revanche un tel mécanisme devient indispensable lorsqu'on raisonne en termes de « responsabilité », chaque fois qu'on ne peut établir une « faute » du débiteur. Il faut alors, pour fonder ce qui apparaît comme une exception à une responsabilité du fait personnel, chercher des justifications plus ou moins aisées, la plus artificielle étant certainement la « représentation » du débiteur dans l'exécution du contrat par ses aides ou substituts. Outre ce défaut de simplicité, le détour de la « responsabilité contractuelle pour autrui » présente, par rapport à la solution classique, deux inconvénients (121).

35. Une première difficulté est de faire accepter cette « responsabilité pour autrui » lorsque l'obligation inexécutée apparaît comme une « obligation de moyens ». Un éminent auteur regrette « la méconnaissance, à peu près générale en doctrine », de la « responsabilité contractuelle pour autrui » (122) ; mais des résistances semblables à celle de Rodière (123) sont inévitables dès lors que l'inexécution du contrat s'assimile à un cas de responsabilité pour faute : on tentera (après avoir mis à part les cas où la loi elle-même impose une « garantie du fait d'autrui ») de ramener la « prétendue responsabilité contractuelle pour autrui » à des cas de « faute personnelle » du débiteur - fautes in eligendo ou in vigilando, faute d'organisation de l'entreprise, ou faute consistant à se substituer un tiers alors que l'exécution devait être personnelle (art. 1994-1°). Inévitables sont aussi les prudences des juges : pour un coup d'audace déjà ancien (124), combien d'arrêts préfèrent user d'expédients peu honnêtes, comme la disqualification d'un dépôt en entreprise, pour pouvoir faire jouer l'article 1797, alors qu'il suffisait d'appliquer tout droit au dépositaire lui-même les règles du dépôt (125).

36. Un second inconvénient de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est d'appeler

l'application analogique de l'article 1384, alinéa 5, alors qu'il n'y a point d'analogie(126). On sera tenté de transposer en matière contractuelle l'exonération du commettant par l'abus de fonctions du préposé ; or l'abus de fonctions du préposé peut précisément constituer l'inexécution d'une obligation contractuelle du commettant (le préposé du dépositaire vole, détourne ou incendie le bien confié en dépôt) ; absoudre le débiteur, c'est alors considérer que l'inexécution du fait du préposé le libère, sans considération du point de savoir s'il y avait ou non force majeure (127). La Cour de cassation elle-même, dans sa formation la plus autorisée, a succombé à cette tentation (128), avant de revenir à l'analyse contractuelle classique (129). Comme l'a très bien vu M. Rebut dans un récent article (130), il n'est pas nécessaire, pour échapper à cette contamination de la responsabilité contractuelle par la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, de prétendre à son « autonomie », comme le dit parfois la doctrine contemporaine ; il suffit - c'est plus simple et plus exact - de ne pas voir dans l'inexécution du contrat un cas de responsabilité pour faute du débiteur.

37. La « responsabilité contractuelle du fait des choses » appelle une démonstration analogue : le fait que l'inexécution du contrat soit due à une chose fournie par le débiteur ou maniée par lui est strictement indifférent, dès lors que ce fait ne présente pas pour le débiteur les caractères d'une cause exonératoire. Mais ici encore, le parallélisme des responsabilités appelle l'introduction, dans la responsabilité contractuelle, de cet autre fait générateur - qui vient corriger, comme dans la responsabilité délictuelle, l'étroitesse d'une responsabilité d'abord fondée sur la faute du débiteur.

38. A la différence de « la responsabilité contractuelle du fait d'autrui » , la « responsabilité contractuelle du fait des choses » n'a pas d'inventeur clairement déterminé. Ses commencements ont en effet été obscurcis par la question du cumul : à l'époque où l'article 1384, alinéa 1, était encore d'invention récente on se demandait seulement si ce texte était applicable entre contractants (131). L'interdiction de l'option condamne évidemment ce procédé, dès lors que la victime invoque l'inexécution d'une obligation contractuelle : ce qui ne se perçoit très bien qu'à partir des années quarante, au moment où la Cour de cassation ferme la responsabilité contractuelle du médecin (grand utilisateur de choses dangereuses pour le corps des patients) à l'invasion de l'article 1384, alinéa 1 (132). Mais, la voie délictuelle se trouvant ainsi fermée par le principe de non-cumul, il reste la possibilité du décalque contractuel de l'article 1384 ; on propose donc l'admission d'une « responsabilité contractuelle du fait des choses livrées » d'une part, et « du fait des choses mises en oeuvre pour l'exécution du contrat » d'autre part. Ce cheminement intellectuel se repère très bien dans les grands traités de responsabilité contemporains (133). L'intégration de ce nouveau fait générateur de responsabilité contractuelle apparaît spécialement utile pour les contractants victimes d'un dommage corporel. On constate en effet que l'application du régime contractuel conduit fréquemment à voir dans l'obligation de sécurité une simple obligation de moyens, alors même que le dommage est causé par une chose utilisée par le débiteur pour l'exécution du contrat ou livrée par le débiteur en exécution du contrat. Pour retrouver ici l'équivalent du régime délictuel, il faut donc inventer une responsabilité contractuelle du fait des choses : le principe de non-cumul est formellement respecté, et la diversité naturelle des obligations contractuelles « de sécurité » se trouve effacée par ce subterfuge.

39. Un arrêt très commenté de la première chambre civile du 17 janvier 1995 (134) a consacré cette invention, en posant que, « contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en oeuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle ». Il est vrai que depuis, la Cour de cassation n'a pas repris ce procédé de renforcement de l'obligation de sécurité, alors qu'elle aurait eu plusieurs occasions de le faire - ce qui suscite évidemment bien des interrogations (135). Peut-être que la Cour de cassation se repense, après tout ; en tout cas, avant que se cristallise cette nouvelle invention, redisons qu'elle est inutile, si on exclut du contrat la pseudo-obligation «

contractuelle » de sécurité : on pourra alors, sans heurter le principe de non-cumul, appliquer s'il y a lieu l'article 1384, alinéa 1, au contractant victime d'un tel dommage.
40. B. - Le concept moderne de responsabilité contractuelle n'a donc pas encore achevé sa course, ni produit toutes ses conséquences. Outre l'imparfait alignement des « faits générateurs », la doctrine de la réparation est en voie d'atteindre plusieurs autres points du régime de l'inexécution du contrat.

41. En premier lieu, la mesure des dommages et intérêts : le principe de réparation intégrale, propre au délit, tend à gagner le terrain du contrat, en dépit de l'article 1150 du code civil, selon lequel le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts que l'on pouvait prévoir lors de la conclusion du contrat (136). La doctrine classique explique simplement ce texte par la nature même des dommages et intérêts, qui procurent au créancier réclamant cette forme de satisfaction l'équivalent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature - mais rien de plus (137). La doctrine moderne y voit au contraire une dérogation difficilement justifiable au principe de réparation intégrale du dommage injustement causé et propose soit de l'abroger (138), soit de le maintenir seulement comme « instrument d'une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts » (139). L'effacement de l'article 1150 par le principe de réparation est depuis longtemps à l'oeuvre. On rappellera que pour Pothier, les dommages-intérêts prévisibles s'entendaient des « dommages-intérêts intrinsèques », c'est-à-dire ceux que « le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens (dommages et intérêts extrinsèques). C'est pourquoi dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet de l'obligation, damni et interesse, propter ipsam rem non habitam »(140). Et c'était bien ainsi que l'entendaient les rédacteurs de l'article 1150 (141). La « prévisibilité », dans cette définition, est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation : le « dommage prévisible » n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée - l'avantage promis et non reçu. L'explication moderne de ce texte fait au contraire de la prévisibilité une notion psychologique, en justifiant l'exigence de prévisibilité par la « volonté » implicite des parties qui auraient « prévu l'inexécution et tacitement envisagé ses conséquences » (142). Dans le système moderne, c'est donc le « caractère volontaire de l'obligation violée » qui fonde l'article 1150, alors que dans le système classique, c'est tout simplement la fonction de payement des dommages-intérêts. Cette interprétation volontariste de l'article 1150 produit deux séries de conséquences. Premièrement, au lieu de mesurer les dommages-intérêts sur l'avantage promis par le débiteur (ou raisonnablement escompté par le créancier) on les mesurera sur les conséquences prévisibles de l'inexécution, ce qui peut être très différent, et explique la difficulté, constante en pratique, à distinguer la prévisibilité du dommage de son caractère simplement direct. Certes, la prévisibilité n'a pas encore été ramenée à la simple prévisibilité de la cause du dommage ; on sait que la Cour de cassation a nettement affirmé que l'article 1150 « ne fait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage » et en a tiré cette conséquence que « le débiteur, hors le cas de dol, n'est tenu que des dommages-intérêts dont la quotité a pu être prévue par lui lors du contrat » (143) : on continue donc d'exiger que l'étendue du dommage ait été prévisible, et pas seulement sa cause ; mais nul ne songe plus à invoquer l'article 1150 pour limiter la nature du dommage réparable par la voie contractuelle à l'objet même de l'obligation inexécutée - propter ipsam rem non habitam. Deuxièmement, l'interprétation « volontariste » du texte en facilite la critique : pourquoi traite-t-on mieux celui qui s'était volontairement obligé que l'auteur d'une faute délictuelle (144) ? Le déclin du rôle de la volonté dans le contrat ne conduit-il pas naturellement au « déclin parallèle » de l'article 1150 (145) ? Au vrai, l'effacement de ce texte est inscrit dans l'idée moderne d'une responsabilité contractuelle ayant une fonction de réparation des dommages injustes ; en attendant la disparition de l'article 1150, rien d'étonnant si on

l'oublie souvent.
42. Plus largement, c'est toute l'exécution forcée du contrat qui tend à s'absorber dans la « réparation ». Un auteur (146) a très bien décrit ce mouvement en analysant la classification des modes de réparation présentée dans le Traité de la responsabilité de MM Mazeaud et Tunc (147) : ordonner l'exécution du contrat refusée par le défendeur, ou la livraison de l'objet vendu, ou la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement (art. 1143), ou l'exécution par le créancier aux dépens du débiteur (art. 1144), tout devient procédé de « réparation en nature » par simple opposition aux dommages et intérêts présentés comme un procédé de « réparation par équivalent ». Toute l'exécution forcée du contrat tend à devenir ainsi réparation, parce que l'inexécution du contrat est comprise comme un cas de responsabilité. Seuls échappent encore à l'emprise de la « réparation », dans la systématique contemporaine, la résolution, l'exception d'inexécution et la réfaction du contrat (148). Il en résulte que la présentation de l'inexécution est aujourd'hui fréquemment rompue en deux morceaux : celui de la « responsabilité contractuelle », rattaché à la responsabilité en général, et celui qui reste rattaché aux contrats synallagmatiques. L'articulation des divers remèdes, leurs combinaisons, le rôle respectif du créancier et du juge sont alors très mal perçus (149).
43. Il y a plus : l'absorption du régime de l'inexécution par la réparation entame profondément notre conception de la force obligatoire du contrat. Car si toute l'exécution forcée devient réparation, il n'y a plus d'exécution que volontaire (150). La doctrine de Planiol découvre ici sa pointe philosophique : le contrat réduit à sa fonction de source « primaire » d'obligations n'est fait que pour être exécuté volontairement ; le droit d'exiger l'exécution se transforme en droit d'exiger réparation (à la condition qu'il y ait eu faute et dommage) ; les actions dont les pactes sont munis (art. 1134) disparaissent dans le brouillard de l'action générale en responsabilité. L'existence d'obligations contractuelles préexistant au fait dommageable ne sert qu'à décider s'il y a ou non responsabilité(151).
44. Cette absorption des règles de l'inexécution par les règles de la réparation prépare l'unification de la responsabilité civile, vigoureusement souhaitée par une doctrine autorisée (152). Les critiques portées contre la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle sont connues : différences de régime sans justification rationnelle, difficultés à situer le dommage dans le champ ou à l'extérieur du contrat, absurdité des résultats quand un même dommage survenu dans les mêmes circonstances est traité contractuellement à l'égard de certaines victimes et délictuellement à l'égard d'autres victimes. Le tout couronné par la conception rigide (et spécifiquement française) du principe de non-cumul. La critique est spécialement forte quand le dommage dont il s'agit est causé à la personne du contractant : ni les différences de faits générateurs, ni les différences quant à la preuve, ni la différence des prescriptions, ni la différence du régime des clauses d'exonération ne sont alors justifiables. Il faudrait donc, pour supprimer ces « bizarreries et injustices », unifier le régime des deux responsabilités(153) - et, en attendant, assouplir notre principe de non-cumul, ou y renoncer. Cette solution, préconisée par d'excellents esprits, me paraît contestable.
45. C. - Certes, notre droit de la responsabilité est devenu bizarre, peu cohérent, et souvent incertain ou injuste ; mais l'unification des responsabilités me paraît être un remède inadéquat à ces maux. Il faut d'abord comprendre que l'unification est impossible. Même déformée par sa fonction moderne de réparation, la « responsabilité contractuelle » conserve nécessairement une fonction de payement(154). Cette fonction de payement s'applique à toutes les obligations qui expriment les utilités attendues du contrat par l'une ou l'autre partie : l'acheteur qui ne paye pas le prix, le vendeur qui ne livre pas ou qui livre une chose non-conforme ne sont pas des auteurs de dommages fautifs à qui on demanderait réparation, mais bien des débiteurs qu'on contraint à exécuter exactement. Quelque déformation qu'on leur fasse subir, les règles du délit ne peuvent s'appliquer à l'inexécution de telles obligations : les plus convaincus partisans de l'unification reconnaissent par exemple l'inapplicabilité de l'article 1384, alinéa 1, aux « dommages... provoqués par le défaut d'utilité de la chose, la non-conformité au sens strict »

(155) ; c'est que les « dommages provoqués par le défaut d'utilité de la chose » ne sont rien d'autre que les avantages escomptés par l'acheteur et non reçus (ipsa res non habita) ; si au contraire la transposition de l'article 1384, alinéa 1, est envisageable pour les dommages causés à la personne ou aux biens de l'acheteur par les défauts de la chose achetée, c'est parce que l'atteinte à la personne de l'acheteur ou à ses biens est d'abord artificiellement entrée dans le champ de la responsabilité contractuelle. Ce qui est vrai des « faits générateurs » de responsabilité est vrai pour l'ensemble du régime de l'inexécution du contrat : il est certes contestable de soumettre l'action en réparation du dommage causé par un défaut du produit vendu à des délais de prescription différents selon que la victime est l'acheteur ou un tiers ; mais, pour corriger cette bizarrerie, il serait absurde de soumettre l'action en garantie ou l'action en délivrance au délai de prescription de l'action délictuelle. Le vrai est que l'unification des responsabilités ne peut toucher que les fausses actions contractuelles (celles qui tendent à la réparation des dommages injustes) ; les vraies actions contractuelles (celles qui tendent à l'obtention des avantages escomptés du contrat) ne peuvent être soumises au régime de l'action délictuelle(156) ; la distinction de la « responsabilité contractuelle » d'avec la délictuelle retrouve son véritable sens quand elle recouvre la distinction du payement forcé et de la réparation. C'est cette distinction naturelle que le concept actuel de « responsabilité contractuelle » a fait oublier ; c'est donc elle qu'il faut retrouver.

46. Les « bizarreries et injustices » de notre droit positif, justement dénoncées, procèdent toutes, en effet, du faux concept d'une « responsabilité contractuelle » construite aujourd'hui comme un système de réparation concurrent de la responsabilité délictuelle. C'est l'attribution au contrat d'une fonction de protection d'intérêts extra- contractuels qui est la cause, historique et logique, de nos difficultés actuelles. En « forçant » ainsi le contrat, on brouille nécessairement ses rapports avec le délit, lequel en retour contamine le régime de l'inexécution du contrat. On ôte du même coup au principe de non-cumul sa justification profonde : ce principe d'ordre, aisément compréhensible lorsqu'il empêche le droit du délit de venir troubler le régime du contrat (157) devient évidemment critiquable lorsqu'il empêche la victime d'un dommage artificiellement contractualisé de recourir aux règles de la responsabilité délictuelle. Donner au contrat la fonction d'assurer des intérêts normalement protégés par le droit du délit, notamment la sécurité des personnes et celle des biens, c'est créer la concurrence de deux systèmes de réparation qui ont forcément un régime différent puisque l'un d'eux, même tordu par cette fonction de réparation dont on l'a chargé, reste fondamentalement un régime d'exécution forcée des conventions. La correction à opérer ne consiste donc pas dans une unification impossible des deux responsabilités, mais dans la disparition de l'une des deux - la fausse « responsabilité contractuelle ».

47. Ceci n'implique aucune réforme législative, mais seulement un retournement doctrinal - un retour au code. Il n'est pas sûr que cette conversion soit aisée. Fondamentalement, elle suppose que le contrat soit ramené à sa figure originelle : la promesse d'un avantage déterminé, plutôt que la promesse d'un certain comportement du débiteur, y compris lorsque ce qui est dû est un service (et non un bien ou un droit déterminé). On évitera donc de parler de « faute contractuelle » lorsqu'on visera seulement l'inexécution du contrat (158). Puis on dépouillera le contrat de sa fonction de réparation en le débarrassant de l'obligation de sécurité ; une telle obligation constitue en réalité, comme le dit Mlle Viney, une « norme générale de comportement qui existe en dehors de tout contrat », étrangère par conséquent aux utilités spécialement recherchées par ceux qui contractent. Enfin on tentera d'oublier la pseudo summa divisio des obligations de moyens et de résultat. Ce resserrement du contrat réduirait du même coup la « responsabilité contractuelle » à sa fonction d'exécution forcée (159) ; au délit, on redonnerait ainsi compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés - spécialement pour les dommages causés à la personne. On pourrait alors, sans toucher au régime des contrats, construire des règles spéciales de réparation des dommages corporels, par types d'accidents (domestiques, de la route, médicaux, etc.), ou même le droit général des

accidents que plusieurs souhaitent (160). Il me semble que le droit de la responsabilité ne retrouvera sa cohérence que débarrassé de la fausse « responsabilité contractuelle », et que le droit de l'inexécution contractuelle ne retrouvera sa simplicité que déchargé de sa fausse fonction de réparation.
48. Je ne plaide donc pas pour le maintien de la distinction des deux responsabilités, ni pour la « tyrannie » d'un « parti pris dualiste » (161), mais pour la distinction de la réparation et du payement forcé. Cette distinction respecte l'opposition classique du contrat et du délit mais abolit la distinction des « deux responsabilités » en faisant disparaître le faux concept de « responsabilité contractuelle ». Derrière la distinction traditionnelle des causes d'obligations, on perçoit mieux alors la dualité des principes premiers de l'ordre civil : exécuter les promesses, d'une part, et réparer les dommages injustement causés à autrui d'autre part. C'est à cette remise en ordre (en ordre naturel) qu'il faudrait s'essayer, me semble-t-il, plutôt qu'à l'effacement de la doctrine classique des sources d'obligations (162).

- **D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », D. 2010, p. 1832.**

1 - Bien fol celui qui affirmera que l'arrêt, rendu le 29 juin 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, constitue à coup sûr l'épilogue de la fameuse saga jurisprudentielle relative au sort réservé aux clauses de responsabilité qui aménagent la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle(1) !
Non pas que cette décision souffre de la moindre ambiguïté quant à son sens et à sa portée, tant sa lettre est claire et son esprit lumineux, mais chaque observateur sait que, dans ce domaine, souvent Cour de cassation a varié, comme en témoigne suffisamment un rapide résumé des épisodes précédents pour ceux des lecteurs du Recueil qui auraient manqué le début de ladite saga.
2 - Episode n° 1 : l'« illustrissime » arrêt Chronopost dans lequel la Cour de cassation(2) a, au nom de la cause, réputé non écrite la clause limitative de réparation, stipulée en faveur du transporteur rapide, qui fixait un plafond dérisoire de réparation en cas de manquement à son obligation essentielle de ponctualité, de célérité et de fiabilité, parce qu'elle « contredisait la portée de l'engagement pris » par celui-ci. La leçon de ce premier arrêt était donc que les clauses qui fixent un plafond dérisoire de réparation en cas de manquement à une obligation contractuelle essentielle doivent être réputées non écrites, parce qu'en réduisant excessivement la sanction de l'inexécution, elles permettent au débiteur de se soustraire à son engagement en toute impunité.
Episode n° 2 : les arrêts rendus par une chambre mixte en 2005(3), puis par la chambre commerciale en 2006(4) et 2007(5), par lesquels la Cour de cassation a décidé que devaient être supprimées du contrat les clauses limitatives de réparation au seul motif qu'elles aménageaient les suites de l'inexécution d'une obligation essentielle. Avec cette nouvelle règle, le sort de la clause limitative ne dépendait plus de son effet sur l'engagement souscrit par le débiteur, mais uniquement de l'objet du manquement visé par la clause ; il suffisait que celui-ci réside dans une obligation essentielle pour que la clause soit boutée hors du contrat.
Episode n° 3 : cette jurisprudence, qui sonnait le glas des clauses limitatives de réparation en droit commun, et a fortiori celui des clauses élusives de responsabilité (étant entendu que les unes et les autres n'ont plus droit de cité dans les contrats de consommation depuis le décret du 18 mars 2009(6)), a par la suite connu un certain fléchissement avec de nouvelles décisions de la chambre commerciale(7) qui ont laissé entendre qu'une clause qui aménage la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle n'est plus fatalement réputée non écrite et que, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'elle emporte une contradiction avec la portée de l'engagement souscrit par le débiteur. Concrètement, une clause limitative de réparation est menacée d'être supprimée du contrat, non pas lorsqu'elle porte sur l'inexécution d'une obligation essentielle,

mais parce qu'elle vide de toute substance cette obligation.
3 - Statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris(8), entrée en résistance contre la jurisprudence liberticide susvisée, précisément contre l'arrêt du 13 février 2007(9), l'arrêt rendu le 29 juin dernier était donc attendu avec impatience puisqu'il appartenait au fond à la chambre commerciale de décider de l'avenir des clauses qui aménagent la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle. Deviendraient-elles de simples leurres contractuels privés de la moindre efficacité ou redeviendraient-elles un précieux instrument de gestion du risque d'inexécution, sous réserve qu'elles ne privent pas l'obligation essentielle de sa substance ?
Tel était, en somme, l'enjeu pour la Cour de cassation qui, en l'espèce, devait donc statuer sur la validité d'une clause limitative de réparation qu'invoquait un contractant dont le manquement à son obligation contractuelle essentielle était avéré. A dire vrai, même si l'arrêt commenté n'est pas franchement innovant, tant en ce qui concerne la règle selon laquelle « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » que celle aux termes de laquelle « la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur », il est probable qu'il fera date. En effet, il fixe avec une grande netteté les contours de la contradiction illégitime (I) et de la faute lourde (II) susceptibles de neutraliser une clause de responsabilité qui aménage les suites de l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle.

I - La contradiction illégitime
4 - On ne peut pas reprendre d'une clause ce que l'on a promis de l'autre !
Telle est au fond l'idée appliquée par la Cour de cassation dans cet arrêt qui marque indiscutablement un retour à l'esprit de la jurisprudence inaugurée par la chambre commerciale en 1996(10) et qui constitue un ralliement à la lettre de la décision rendue par celle-ci le 18 décembre 2007(11). Non seulement, en effet, seules les clauses qui privent de sanction l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle et lui ôtent alors sa force contraignante sont réputées non écrites, mais encore c'est lorsqu'une clause a « pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle » qu'est caractérisée « la contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit »(12) par le débiteur. Même si on retiendra sans doute de cet arrêt qu'il a restauré la prévisibilité des clauses de responsabilité en droit commun et renforcé la sécurité juridique, son intérêt est aussi d'ordre pédagogique. En premier lieu, la Cour de cassation met au point, de façon limpide, la règle (A) qui règne désormais en la matière. En second lieu, la motivation de son arrêt offre de très utiles informations sur la mise en oeuvre (B) de celle-ci.
A- La règle mise au point
5 - « (...) Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Avec cette formule, il est clair qu'à l'instar des juges du fond de la cour de Paris, la Cour de cassation opte définitivement pour l'éviction de la règle liberticide, qui irriguait le pourvoi, selon laquelle la liberté contractuelle bute inéluctablement sur l'obligation essentielle. Elle retient une règle de validité infiniment plus nuancée et plus subtile sur laquelle la liberté ne vient pas s'échouer mais qui en neutralise les excès et les dérives. Une règle morale en somme, en vertu de laquelle s'engager à exécuter une obligation contractuelle essentielle et s'affranchir, via une clause de responsabilité, des conséquences de son inexécution ne vaut !
6 - On comprend donc sans peine que la Cour de cassation réinsuffle une importante dose de vitalité aux clauses de responsabilité en mettant fin à la séquence jurisprudentielle des années 2005-2007 puisqu'il ne suffit plus désormais que la clause litigieuse aménage la sanction du manquement à une obligation essentielle pour être neutralisée, il est nécessaire qu'elle vide cette obligation de sa substance et contredise, dès lors, la portée de l'engagement souscrit par le

débiteur. Le critère qui doit conduire le juge à décider si la clause est valable ou réputée non écrite ne réside pas dans la nature de l'obligation dont elle aménage la sanction de l'inexécution, mais dans l'effet que produit la clause sur la portée de l'engagement contractuel du débiteur. En définitive, on peut dorénavant tenir probablement pour acquis que la liberté contractuelle a retrouvé des lettres de noblesse dans notre domaine et qu'elle bute, non plus sur le caractère essentiel de l'obligation inexécutée, mais sur l'exigence du maintien du caractère obligatoire et contraignant de l'engagement souscrit par le débiteur qui se prévaut de la clause. Lorsque l'effet de la clause consiste à désactiver l'engagement souscrit, à neutraliser le caractère contraignant de l'obligation essentielle, à enlever sa force à l'obligation en privant de sanction son inexécution, elle doit être réputée non écrite parce qu'elle permet au débiteur de ne pas exécuter son obligation essentielle.

7 - A priori, il en va concrètement ainsi, outre évidemment les clauses d'allègement d'une obligation essentielle, d'une part, des clauses élusives de responsabilité qui excluent la responsabilité du débiteur alors même qu'il est avéré qu'il n'a pas exécuté son obligation essentielle. Une telle clause qui dispense le débiteur d'exécuter son obligation essentielle prive de toute évidence celle-ci de sa substance ; elle la frappe d'inconsistance, elle la prive de toute force en excluant toute sanction en cas de manquement. D'autre part, il en ira aussi ainsi, et pour les mêmes raisons finalement, des clauses qui fixent un plafond dérisoire de réparation parce qu'elles dispensent, faute de sanction effective, le débiteur de l'exécution de son obligation essentielle.

On relèvera que le domaine ainsi esquissé de la règle mise au point par la Cour est en phase avec son inspiration causaliste. En effet, au nom de la cause, ne sont annulés que les engagements contractuels souscrits en l'absence de contrepartie ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire. Dès lors, seules les clauses qui privent, en cas de manquement du débiteur à son obligation essentielle, l'engagement du créancier d'une contrepartie ou d'une contrepartie réelle doivent être réputées non écrites, à savoir les clauses qui ont pour objet d'exclure toute responsabilité du débiteur et les clauses qui, en fixant un plafond de réparation dérisoire, ont ce même effet.

Reste à observer comment cette règle est concrètement mise en oeuvre en l'espèce.

B - La mise en oeuvre de la règle

8 - La motivation de l'arrêt commenté révèle que la Cour a parfaitement acté l'idée que les clauses limitatives de réparation ne sont pas toujours le produit d'un rapport de forces inégales et le ferment d'une injustice contractuelle qui se cristallise dans le montant dérisoire du plafond de réparation, mais qu'elles constituent aussi parfois le fruit d'une répartition librement négociée des risques de l'inexécution

Pour refuser, contrairement à ce que suggérait le pourvoi, de réputer non écrite la clause limitative de réparation prévue en cas de manquement du débiteur à son obligation essentielle, la Cour, en se retranchant derrière les constatations des juges du fond, paraît procéder en deux temps.

9 - Dans un premier temps, elle se livre à un examen spécifique de la clause appréhendée isolément. A cet égard, elle reprend les motifs de la cour de Paris qui portaient sur le contexte et le contenu de la clause litigieuse. Les juges du fond avaient en effet relevé, d'une part, que le plafond de réparation avait été négocié via « une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque », d'autre part, que « le montant » de ce plafond, qui correspondait au prix payé par le créancier, n'était pas dérisoire. En somme, à ce seul stade du test de licéité de la clause, il apparaît que celle-ci ne vide pas l'obligation de sa substance et ne contredit pas l'engagement du débiteur, parce qu'elle a été librement négociée dans la perspective, comme sa lettre l'indiquait, d'une répartition des risques regardée comme équitable par les contractants.

10 - Dans un second temps, la licéité de la clause est appréciée à l'aune de l'économie générale du contrat, à savoir non plus isolément mais en contemplation de son environnement

contractuel. Le message de la Cour de cassation semble alors être qu'il convient, pour décider si elle est valable ou si elle doit être réputée non écrite, de rechercher si, indépendamment de son seul contenu et du contexte dans lequel elle a été stipulée, la clause litigieuse a une contrepartie, une justification, une... cause. Autrement dit, le juge doit, pour se prononcer, se demander si le contrat qui comporte la clause litigieuse est un contrat sur mesure, dont l'économie générale a été conçue en contemplation de la clause litigieuse, et dont le contenu serait donc différent en l'absence de celle-ci. C'est bien ainsi qu'avait procédé la cour de Paris qui avait relevé que le débiteur avait, en contrepartie de la clause limitative, consenti une remise de 49 % au créancier, auquel était en outre accordé toute une série d'avantages et de « privilèges » au cours de l'exécution du contrat. Et la chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir déduit de cette analyse globale du contrat la validité de la clause litigieuse, qui était causée par la situation contractuelle spécifique du créancier et le statut que lui accordait le contrat, tant et si bien que la clause ne vidait pas de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et ne contredisait donc pas la portée de son engagement.

11 - En définitive, il n'est pas interdit de penser que même les clauses élusives de responsabilité, comme les clauses limitatives de réparation qui fixent un plafond dérisoire d'indemnisation, ne sont peut-être pas vouées inéluctablement à être supprimées du contrat. Certes, il existe en présence de telles clauses une très forte probabilité, si ce n'est une véritable présomption de contradiction illégitime, mais il n'en reste pas moins que le débiteur pourrait réactiver la clause litigieuse en apportant la preuve que cette contradiction, qui apparaît illégitime si l'on s'en tient à une simple appréciation isolée de la clause, n'est qu'apparente et s'efface si on contemple cette clause à travers le prisme de son environnement contractuel, par référence à l'économie générale du contrat dont elle constitue un des éléments parmi d'autres, dont certains peuvent représenter sa juste contrepartie et constituer sa cause.

Pour conjurer le mauvais sort que réservait le demandeur au pourvoi à la clause limitative de réparation, la Cour de cassation a dû aussi prendre parti sur la notion de faute lourde.

II - La faute lourde

12 - On ne peut pas se prévaloir d'un contrat auquel on a gravement manqué !

Telle est au fond l'idée qui sous-tend l'influence néfaste de la faute lourde sur une clause de responsabilité dont le débiteur réclame le bénéfice et que reprenait à son compte le demandeur au pourvoi, mais en se fondant sur l'objet du manquement (A) imputable au débiteur. Argument qui connaît le même sort que le précédent puisque la Cour de cassation profite de cet arrêt pour revenir à une conception subjective de la faute lourde, fondée sur la gravité du comportement du débiteur (B).

A - L'objet du manquement

13 - Pour neutraliser la clause limitative de réparation, le demandeur au pourvoi avait « ressorti de ses cartons » une jurisprudence qui avait prospéré avant le début de la sagaChronopost et l'exploitation de la notion de cause pour mettre fin aux clauses de responsabilité abusives entre professionnels, et qui se traduisait par une objectivisation de la faute lourde. Naguère, en effet, la Cour de cassation avait décidé que le débiteur commettait une faute lourde, qui emportait la neutralisation des clauses élusives de responsabilité et des clauses limitatives de réparation, lorsque l'inexécution qui lui était imputable avait pour objet une obligation contractuelle considérée comme essentielle(13), fondamentale(14) ou substantielle(15). La liberté contractuelle était alors d'autant plus mise à mal par cette définition objective de la faute lourde que la notion d'obligation essentielle est insaisissable, et que la volonté des contractants suffit à imprimer un tel caractère à une obligation objectivement accessoire.

A la fin du XX siècle, cohabitaient donc deux conceptions de la faute lourde. La conception subjective, d'une part, fondée sur l'attitude du débiteur, dans laquelle elle est classiquement définie comme la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qui lui a été confiée. La conception objective, d'autre part, assise sur l'attente légitime du créancier et dont le centre de gravité

réside dans l'objet du manquement.
14 - A l'aube du XXI siècle, le destin de cette extension de la notion de faute lourde faisait débat.
D'abord, on pouvait légitimement la considérer comme caduque en raison de la règle initiée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1996 et prorogée ensuite avec le succès que l'on sait, qui la privait de sa raison d'être.
Ensuite, certains auteurs s'étaient élevés contre ce gauchissement de la notion. Christian Larroumet, par exemple, critiquait l'objectivation de la faute lourde en ces termes : « (...) une imprudence ou une négligence dans l'exécution d'une obligation, quel que soit le caractère essentiel de cette obligation, n'est pas nécessairement une faute lourde. Le critère de la faute lourde ne se trouve pas dans l'importance de l'obligation inexécutée, mais dans le comportement du débiteur »(16).
Enfin, la Cour de cassation, elle-même, semblait revenir sur sa propre jurisprudence dont on a compris qu'elle n'avait plus guère d'intérêt, comme le révèlent les arrêts qu'elle avait rendus, dans l'affaire Chronopost, en 2005(17). Statuant sur la notion de faute lourde susceptible de faire échec au plafond légal de réparation dont se prévalait le transporteur rapide, elle avait affirmé que « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat-type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle » et que « seule une faute lourde caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret ». Restait tout de même à savoir si la sentence sonnait définitivement le glas de la conception objective de la faute lourde ou si sa portée devait être limitée, réservée aux seules clauses limitatives réglementaires prévues dans un contrat-type, établi par décret ? Sur ce point, le doute était d'autant plus permis qu'il avait été entretenu par l'arrêt du 18 décembre 2007(18) qui, à la question de savoir si le manquement à une obligation essentielle constitue une faute lourde privant d'efficacité un plafond conventionnel de réparation, avait botté en touche(19). Tel n'est pas le cas de l'arrêt commenté dans lequel la Cour de cassation prend très clairement et nettement position.
B - La gravité du comportement
15 - Pour balayer l'argumentation quelque peu désespérée du demandeur au pourvoi qui se raccrochait avec l'énergie du désespoir à une jurisprudence dont la caducité était pourtant probable, la Cour de cassation décide que « la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ».
Comme l'avaient donc justement prédit certains, cette « déformation », opportune lors de la période « pré-Chronopost », de la notion de faute lourde mais « qui n'avait plus d'intérêt que pour les plafonds de responsabilité d'origine légale, a été abandonnée par une chambre mixte du 22 avril 2005 »(20).
La notion de faute lourde est donc désormais recentrée sur la gravité du comportement imputable au débiteur et fondée sur l'idée simple mais juste que l'incurie et l'impéritie du débiteur dans l'accomplissement de sa mission contractuelle excluent, à titre de sanction, qu'il puisse tirer profit d'une clause modérant la sanction d'une telle faute.
L'ordre règne donc désormais dans le régime des clauses de responsabilité.

SEANCE 10

EXTINCTION DU CONTRAT

I. – Jurisprudence

- **Les effets de la nullité**

- Cass. com., 23 juin 1992 : JCP, II, 21974.
- Cass. soc., 7 nov. 1995, JCP 1996, II, 22626.
- Cass. com. 19 mars 1996 : D. aff., 1996, p. 581.
- Cass. civ. 1ère, 16 juill. 1998 ; D. 1999, p. 361, note Fronton ; RTD Civ., 1999, p. 620 ; JCP E, 1999, supplément n° 4, p. 29, note O. Leroy.
- Cass. civ. 1ère, 16 mars 1999 ; Bull., Civ., I, n° 95.
- Cass. civ. 3ème, 13 juin 2001 : CCC, nov. 2001, p. 12.
- Cass. Cass. Com., 28 janv. 2003 ; Bull. Civ., IV, n° 11.

- **La résolution unilatérale du contrat**

- Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998 : D. 1999, p. 197.
- Cass. civ. 1ère, 20 févr. 2001: D. 2001, p. 1568.
- Cass. civ. 1ère, 14 janv. 2003 : CCC, juin 2003, p. 15.
- Cass. civ. 1re, 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-14524, RDC, 01 avril 2010 n° 2, P. 690, obs. C. PELLETIER

II. – Doctrine

- M. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001, n° 39, p. 1568.
- V. Dai DO et M. CHANG, *La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation*, Petites affiches, 09 avril 2004 n° 72, P. 3

III. – Exercices

- Analyse des différents arrêts.
- Correction du partiel.

I. – Jurisprudence

- **Les effets de la nullité**

➢ **Com., 23 juin 1992.**

N° de pourvoi : 90-18951
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, par conventions des 7 et 14 avril 1983, la société Esso SAF (société Esso) a confié à la société Bertron l'exploitation d'une station-service située à Dampierre, sous le régime du mandat pour la distribution des produits énergétiques et sous celui de la location-gérance pour celle des autres produits et des activités de diversification ; que les parties ont résilié amiablement ces conventions et les ont remplacées, les 6 et 23 août 1984, par des conventions de même nature portant sur une station-service située à Gasville ; que la Caisse centrale de crédit mutuel du Centre (la Caisse) s'est constituée caution, envers la société Esso, des dettes de la société Bertron à concurrence de 160 000 francs, M. et Mme Bertron se portant à leur tour caution, envers la Caisse, des dettes de la société Bertron ; qu'après rupture des relations contractuelles, la société Bertron a, sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, assigné la société Esso en annulation des conventions conclues ; que la société Esso a poursuivi reconventionnellement la condamnation de la société Bertron au paiement des produits livrés et a attrait la Caisse dans la procédure ;
Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :
Vu l'article 1234 du Code civil ;
Attendu qu'après avoir prononcé la nullité des conventions conclues les 7 et 14 avril 1983 ainsi que les 6 et 23 août 1984, la cour d'appel, pour " limiter les effets de cette nullité à ces seuls contrats-cadre " et pour rejeter les demandes tendant à l'annulation " des diverses opérations successives réalisées entre les sociétés Bertron et Esso ", retient que la nullité " des contrats litigieux ne saurait priver rétroactivement de toute efficacité les diverses opérations effectuées successivement dans le cadre de la gérance et dans celui du mandat, alors que lesdits contrats sont normalement arrivés à leur terme, après une exécution sans réserve de ses obligations par chacune des parties " ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en raison de la nullité dont les contrats-cadre étaient affectés, la société Esso était fondée à obtenir paiement non pas du prix au tarif qu'elle demandait et qui aboutissait à l'exécution des contrats nuls, mais de la valeur réelle des produits livrés, en excluant tout bénéfice pour elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a limité les effets de la nullité des conventions conclues les 7 et 14 avril 1983 ainsi que les 6 et 23 août 1984 à ces seuls contrats-cadre, en ce qu'il a rejeté les demandes tendant à la nullité des diverses opérations successives réalisées entre les société Bertron et Esso, et en tous les chefs du dispositif dépendant de ces dispositions, l'arrêt rendu le 7 juin 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bourges

➢ **Soc., 7 nov. 1995, JCP 1996, II, 22626.**

N° de pourvoi : 93-18620
Sur le moyen unique :
Attendu selon l'arrêt attaqué (Metz, 22 avril 1993), qu'entre le 13 avril et le 10 mai 1987, la société SNI, entreprise de travail temporaire, a mis du personnel à la disposition de M. Divoux, entrepreneur en serrurerie, pour l'exécution d'un chantier ;

que, les factures correspondant à ces prestations n'ayant pas été réglées, la société Les Assurances du crédit, qui était devenue titulaire des créances de la SNI, a fait assigner M. Divoux en paiement devant le tribunal de grande instance de Metz ;
Attendu que M. Divoux fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné au paiement des factures alors que le contrat liant l'utilisateur à l'entrepreneur de travail temporaire doit être passé par écrit, à peine de nullité absolue, d'ordre public dudit contrat ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué qu'aucun écrit n'était produit, la cour d'appel précisant que " l'absence " d'un tel contrat écrit n'avait " aucune influence " ; qu'en condamnant M. Divoux, utilisateur, à régler les factures correspondant à l'exécution du contrat, qui était nul faute pour l'entrepreneur de travail temporaire ou son ayant droit de produire le contrat écrit qu'il aurait dû détenir et dont l'existence était contestée, la cour d'appel a violé l'article L. 124-3 du Code du travail ;
Mais attendu qu'un contrat atteint de nullité étant réputé n'avoir jamais eu d'existence, les choses doivent, dans l'hypothèse où il a été exécuté, être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution ; que, lorsque cette remise en état se révèle impossible en raison de la nature des obligations résultant du contrat, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'il ne peut restituer doit s'acquitter du prix correspondant à cette prestation ;
Que M. Divoux, ayant employé sur son chantier le personnel mis à sa disposition par la société de travail temporaire en exécution d'un contrat nul, a été à bon droit condamné à verser, au cessionnaire de la créance de cette société, la somme correspondant aux rémunérations versées aux salariés en contrepartie du travail effectué et qui n'étaient pas susceptibles de répétition ;
Que le moyen n'est pas fondé ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

- **Com. 19 mars 1996.**

N° de pourvoi : 94-11677
Attendu, selon l'arrêt déféré, que la société à responsabilité limitée Godelot a conclu, le 28 décembre 1981, avec la société Esso, un contrat de mandat pour la distribution des carburants et de location-gérance pour la distribution des lubrifiants ainsi que pour les activités de diversification; que les parties sont convenues de mettre fin à leurs relations à compter du 19 février 1986; que, par un premier arrêt, la cour d'appel a prononcé la nullité du contrat et ordonné une expertise en vue de recueillir les éléments permettant de déterminer les sommes dues à la suite du prononcé de cette nullité;
Sur le deuxième moyen :
Attendu que M. Billioud ès qualités et M. Godelot reprochent encore à l'arrêt d'avoir rejeté la demande tendant, en conséquence de la nullité des contrats, à faire fixer la valeur des produits pétroliers restituables à la société Esso à leur valeur réelle, abstraction faite de tout bénéfice, alors, selon le pourvoi, qu'en raison de la nullité affectant le contrat, ses dispositions ne pouvaient recevoir aucune application; que, par ailleurs, la restitution des produits pétroliers vendus étant impossible en nature, la société pétrolière n'avait droit qu'à la restitution de leur valeur réelle, abstraction faite de tout bénéfice pour elle; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1234 du Code civil;
Mais attendu que l'arrêt retient que "la nullité du contrat liant le pétrolier au pompiste n'affecte pas la licéité des ventes au consommateur final, ni par conséquent la légitimité du profit que le pétrolier ou le pompiste, vendeur, ont pu tirer de ces opérations; que le pompiste a fourni, dans le cadre de ces ventes, une prestation en qualité d'intermédiaire; qu'il convient en conséquence d'indemniser seulement l'éventuelle perte d'exploitation du pompiste, entendue de telle sorte que le pétrolier ne tire aucun enrichissement indu du concours apporté par ce dernier et que le pompiste ne subisse aucun appauvrissement injustifié qui résulterait de l'exécution du contrat annulé";

que, par ces motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision; que le moyen n'est pas fondé;
PAR CES MOTIFS :
CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que les sommes à restituer à la société Esso portaient intérêts à compter de leur versement, l'arrêt rendu entre les parties le 18 novembre 1993, par la cour d'appel de Paris;

- **Civ. 1ère, 16 juill. 1998.**

N° de pourvoi : 96-18404
Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :
Attendu, selon les énonciations des juges du fond (Douai, 5 février 1996), que M. Ducrocq, notaire, a souscrit, les 3 et 4 décembre 1985, une part dans le capital de la société civile de moyens Groupement notarial de négociation de l'agglomération de Lille (GNNAL) ; qu'en 1992, cette société s'est fait autoriser à pratiquer, en garantie de sa créance de cotisations des années 1989 à 1993, saisie-arrêt entre les mains de la Chambre départementale des notaires du Nord qui détenait des fonds provenant de la cession de l'étude de M. Ducrocq ; que le GNNAL ayant ensuite assigné son débiteur en validité de saisie-arrêt, Mme Ducrocq est intervenue pour opposer une exception de nullité relative à l'apport fait par son mari à la société demanderesse ; que l'arrêt attaqué a accueilli cette exception de nullité et condamné M. Ducrocq à payer au GNNAL une certaine somme au titre de l'indemnisation des prestations reçues de celui-ci ;
Attendu que M. et Mme Ducrocq font grief à l'arrêt de s'être ainsi prononcé alors que, d'une part, l'exception de nullité n'entraîne aucun anéantissement rétroactif du contrat, de sorte qu'en décidant que l'exception de nullité, valablement opposée en défense par l'épouse commune en biens à l'action en exécution du contrat litigieux, devait donner lieu, sous la forme d'une indemnité, à la restitution des prestations antérieurement fournies au mari par le cocontractant, la cour d'appel aurait violé les articles 1427, alinéa 2, et 1832-2 du Code civil ; et alors que, en condamnant le mari à restituer en valeur les prestations reçues en exécution d'un contrat dont elle avait préalablement constaté la nullité, la cour d'appel aurait violé l'article 1427 du Code civil ;
Mais attendu, d'abord, que la nullité, qu'elle soit invoquée par voie d'action ou par voie d'exception, emporte, en principe, l'effacement rétroactif du contrat ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel, après avoir constaté la cause de nullité qui affectait l'acte d'apport en société consenti par M. Ducrocq, a décidé que celui-ci était tenu de restituer les prestations qui lui avaient été fournies en exécution de cet acte ; qu'ensuite, l'article 1427 n'établit, pour la nullité qu'il édicte, aucune restriction au principe selon lequel la nullité a pour effet de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé ; que la cour d'appel a donc justement énoncé que les parties devaient être remises dans l'état où elles étaient avant la conclusion de l'apport en société irrégulier et que, la restitution matérielle des prestations reçues par M. Ducrocq étant impossible, cette restitution devait se faire sous la forme d'une indemnité ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi formé à titre éventuel par le GNNAL :
REJETTE le pourvoi ;

- **Civ. 1ère, 16 mars 1999.**

N° de pourvoi : 97-12930

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu que, par acte sous seing privé du 20 décembre 1991, Mme Cheguillaume a vendu à la société Thébault des arbres plantés sur une parcelle de terre lui appartenant, leur coupe devant être effectuée par l'acquéreur avant le 1er mai 1992 ; qu'après l'exécution du contrat, Mme Cheguillaume a assigné la société Thébault en nullité de la vente pour vileté du prix et, la restitution en nature étant impossible, en paiement d'une indemnité égale à la différence entre la valeur vénale des arbres et le prix payé ; qu'elle a en outre demandé réparation du préjudice d'exploitation résultant de la tardiveté de la remise en état des lieux par la société Thébault ;

Attendu que la société Thébault fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 11 décembre 1996) de l'avoir, réformant partiellement le jugement entrepris, condamnée à payer à Mme Cheguillaume une somme égale à la différence entre la valeur réelle des arbres et le prix payé, avec les intérêts au taux légal depuis l'assignation et une somme en réparation de son préjudice, avec les intérêts au taux légal à compter du jugement, alors, selon le moyen, d'une part, que si une vente mobilière peut être annulée pour défaut de prix réel et sérieux, le refus de prononcer cette annulation, pourtant explicitement sollicitée par Mme Cheguillaume dans ses conclusions d'appel, interdisait à la cour d'appel de se substituer aux parties et de fixer elle-même un prix, différent de celui convenu le 20 décembre 1991 ; qu'en accordant à Mme Cheguillaume un supplément de prix, différentiel ou non, l'arrêt attaqué a violé les articles 1134 et 1591 du Code civil ; alors, d'autre part, que, ne pouvant constituer une différence de prix, puisque non convenue, cette somme n'aurait pu représenter qu'une indemnité réparatrice d'une faute d'exécution, ce qui excluait, en tout état de cause, qu'elle soit génératrice d'intérêts moratoires avant sa fixation par le juge ; qu'en faisant courir ces intérêts à compter de l'assignation du 25 mars 1993, la cour d'appel a violé l'article 1153 du Code civil ; alors, enfin, que Mme Cheguillaume, poursuivant l'annulation de la vente pour vileté de prix, ne pouvait plus prétendre bénéficier des obligations prévues au contrat ; qu'en lui accordant une indemnité de 9 130 francs pour " perte d'une année de pousse " des arbres, l'arrêt attaqué a violé, par fausse application, les articles 1134 et 1591 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, que, dans le cas où un contrat nul a cependant été exécuté, les parties doivent être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution ; que, lorsque cette remise en état se révèle impossible, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'elle ne peut restituer doit s'acquitter du prix correspondant à cette prestation ; qu'ayant retenu la vileté du prix de la vente, la cour d'appel a constaté que la société Thébault avait pris livraison des arbres ; qu'une restitution en nature étant impossible, la cour d'appel, qui a exactement décidé que Mme Cheguillaume était en droit d'obtenir paiement de la valeur réelle des arbres livrés, a, par ces seuls motifs légalement justifié sa décision ;

Attendu, ensuite, qu'en toute matière, l'article 1153-1 du Code civil permet au juge de fixer le point de départ des intérêts à une date antérieure au prononcé du jugement, et spécialement à compter du jour de la demande ; qu'en fixant à une autre date que celle de sa décision le point de départ des intérêts, la cour d'appel n'a fait qu'user de la faculté remise à sa discrétion par ce texte ;

Attendu, enfin, qu'en allouant des dommages-intérêts à Mme Cheguillaume, la cour d'appel a justement réparé le préjudice d'exploitation causé à cette dernière par l'exécution défectueuse du contrat nul par la société Thébault ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Et attendu que le pourvoi revêt un caractère abusif ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- **Civ. 3ème, 13 juin 2001.**

N° de pourvoi : 99-18676
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 8 juin 1999), que la société Toulouse réseau parc, venant aux droits de la société Jean Rodier, a, par acte sous seing privé du 8 octobre 1992, donné à bail à la société Impression des locaux à usage commercial ;
que, par acte du 21 mai 1997, elle l'a assignée pour lui demander paiement d'une certaine somme au titre des charges ;
Attendu que la société Toulouse réseau parc fait grief à l'arrêt de dire que le bail est entaché de nullité pour erreur et dol, alors, selon le moyen : (…)

Mais sur le moyen unique du pourvoi n° V 99-18.676 :
Vu l'article 1109 du Code civil, ensemble l'article 1234 du même Code ;
Attendu qu'il n'y a point de consentement valable si le consentement a été donné par erreur ;
Attendu que, pour dire que le bail est résilié à compter du 1er novembre 1998, l'arrêt retient que, ce contrat étant à exécution successive, son annulation ne peut intervenir qu'à compter de la date de sa dénonciation, sans qu'elle puisse être rétroactive ;
Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que le bail du 8 octobre 1992 a été résilié le 1er novembre 1998, l'arrêt rendu le 8 juin 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

- **Cass. Cass. Com., 28 janv. 2003.**

N° de pourvoi : 00-12149
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Hesston Braud, actuellement dénommée New Holland Braud et la société Fiat Agri France actuellement dénommée New Holland France, aux droits desquelles se trouvent la société CNH France (les sociétés New Holland) , respectivement propriétaire et licenciée d'un brevet français déposé le 7 avril 1977, intitulé "procédé de bottelage et ramassage-presse correspondante", ont poursuivi judiciairement en contrefaçon de la revendication n° 52 de ce brevet, la société Rivierre Casalis, filiale de la société Renault agriculture, aux droits de laquelle se trouve la société Greenland France, actuellement dénommée Kverneland Orléans (société Greenland) ; que par arrêt du 8 novembre 1989, la cour d'appel a rejeté la demande d'annulation de la revendication, a déclaré la société Greenland coupable de contrefaçon du brevet, lui a fait interdiction de poursuivre la commercialisation des machines contrefaisantes et avant dire droit a ordonné une expertise sur l'évaluation du préjudice ; que le 16 février 1990, les parties ont conclu une "transaction" aux termes de laquelle la société Greenland acceptait de verser aux sociétés New Holland une indemnité de 10 227 220 francs pour tous dommages, pertes et dépenses supportées par celles-ci jusqu'à la date du "jugement" et (notamment afin d'éviter les dépenses liées à la nouvelle procédure visant à établir le montant du préjudice résultant de la contrefaçon) ; que pour permettre à la société Greenland de poursuivre la fabrication et la vente des machines, la société New Holland Braud lui a consenti une licence non exclusive d'exploitation du brevet, moyennant le versement d'une redevance ; que la cour d'appel, dans une procédure opposant les sociétés New Holland à un autre contrefacteur, a, par arrêt du 24 janvier 1995 devenu irrévocable après rejet du pourvoi, annulé la revendication n° 52 du brevet pour défaut d'activité inventive ;

qu'invoquant l'effet absolu de cette annulation, la société Greenland a mis en demeure les sociétés New Holland de lui restituer les sommes versées en exécution du protocole d'accord puis les a assignées en nullité de celui-ci ;
Sur le moyen unique du pourvoi principal formé par les sociétés New Holland, pris en sa première branche :
Attendu que les sociétés New Holland font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nul le contrat de licence qu'elles ont consenti le 16 février 1990 à la société Greenland, alors, selon le moyen, que si la décision d'annulation d'un brevet a un effet absolu, elle n'autorise pas le tiers déclaré contrefacteur par un précédent arrêt à remettre en cause l'autorité de la chose jugée attachée à celui-ci ; que la transaction conclue après cet arrêt pour lui permettre, au moyen d'une licence prévoyant le paiement de redevances, d'échapper à la mesure d'interdiction prononcée n'est donc privée ni d'objet ni de cause par l'annulation ultérieure du brevet, qui n'annule pas la mesure d'interdiction que cette transaction avait pour objet d'écarter ; qu'en déclarant cet accord nul pour défaut d'objet, la cour d'appel a violé ensemble les articles L. 613-27 du Code de la propriété intellectuelle, 480 du nouveau Code de procédure civile et 1126 et suivants du Code civil ;
Mais attendu, qu'aux termes de l'article L. 613-27 du Code de la propriété intellectuelle, la décision d'annulation d'un brevet a un effet absolu ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a prononcé l'annulation du contrat de licence portant sur le brevet, consenti par les sociétés New Holland à la société Greenland, peu important la transaction antérieure à l'annulation du titre, ayant autorisé cette société à poursuivre la commercialisation des produits couverts par le brevet ;
que ce moyen n'est pas fondé ;
Sur le moyen unique du pourvoi incident relevé par la société Renault agriculture, pris en ses trois branches :
Attendu que la société Renault agriculture reproche à l'arrêt d'avoir validé la transaction du 16 février 1990 et refusé la restitution des sommes versées à ce titre, alors, selon le moyen :
1) qu'un arrêt annulant un brevet postérieurement à une transaction y relative, est un titre nouvellement découvert permettant de constater qu'une des parties à la transaction n'avait aucun droit au sens de l'article 2057, alinéa 2, du Code civil, qui impose l'annulation de la transaction dans ce cas ; qu'en décidant au contraire que l'arrêt du 24 janvier 1995 qui a annulé le brevet n'existait pas à la date de la transaction en 1990 et ne saurait être assimilé à un titre nouvellement découvert de nature à remettre en cause la transaction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

2) qu'en tout état de cause, on ne peut transiger sur les matières qui intéressent l'ordre public ; que dès lors en l'espèce, en validant une transaction portant sur la nullité d'un brevet, matière qui intéresse l'ordre public, la cour d'appel a violé l'article 2046 du Code civil ;
3) qu'en vertu de l'article 1351 du Code civil, il ne peut y avoir autorité de la chose jugée en l'absence d'identité des demandes ;
que dès lors, qu'ayant constaté qu'il n'y avait pas d'identité d'objet entre l'objet de la demande ayant donné lieu à l'arrêt du 8 novembre 1989 et celui de la présente instance, la cour d'appel qui a décidé que la demande de restitution des sommes réglées dans le cadre de la transaction remettait en cause les effets résultant de l'autorité de la chose jugée attachée à cet arrêt, a violé le texte susvisé ;
Mais attendu que l'arrêt relève que la transaction avait eu pour objet de mettre fin au litige concernant les conséquences pécuniaires résultant de l'arrêt ayant condamné la société Greenland pour contrefaçon de brevet ; que c'est à bon droit, dès lors que la transaction ne portait pas sur la nullité du brevet comme allégué à la deuxième branche, et que l'arrêt rendu en 1995 ne constituait pas un titre nouvellement découvert, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu l'autorité de la chose jugée, a statué comme elle a fait, peu important l'annulation ultérieure de la revendication n°

52 du brevet ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
Sur le moyen unique du pourvoi incident formé par la société Greenland, pris en ses deux branches :
Attendu que la société Greenland reproche à l'arrêt d'avoir déclaré valable la transaction ayant mis fin au différend ayant opposé les parties sur les conséquences pécuniaires d'un arrêt ayant retenu des actes de contrefaçon, alors, selon le moyen :
1) que le jugement qui se borne dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée ; qu'en affirmant que la demande en restitution de l'indemnité transactionnelle pour contrefaçon se heurtait à des dispositions définitives concernant la réparation du préjudice subi, quant cette question n'avait fait l'objet que d'une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé l'article 480 du nouveau Code de procédure civile ;

2) que toute transaction peut être rescindée si elle a été faite en exécution d'un titre nul ; qu'en omettant de vérifier ainsi qu'elle y était invitée, que la question d'annulation du brevet sur le fondement duquel les parties avaient transigé était de nature à justifier l'anéantissement de la transaction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2054 du Code civil ;
Mais attendu que l'arrêt qui tranche au principal une partie du litige a autorité de la chose jugée ; qu'ayant relevé que la transaction avait eu pour objet l'exécution de l'arrêt de 1989, lequel avait condamné la société Greenland pour contrefaçon d'une revendication du brevet et n'avait ordonné une mesure d'instruction que pour évaluer le montant du préjudice en résultant, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu la validité de la transaction portant sur les conséquences pécuniaires de la condamnation, peu important l'annulation partielle ultérieure du brevet ;
que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
Mais sur la seconde branche du moyen unique du pourvoi principal :
Vu les articles L. 613-27 du Code de la propriété intellectuelle et 1134 du Code civil ;
Attendu que pour ordonner la restitution des redevances versées par la société Greenland en exécution du contrat de licence annexé à la transaction du 16 février 1990, l'arrêt relève que l'effet absolu attaché à l'annulation du brevet entraîne l'annulation des concessions de licence portant sur ce titre pour défaut d'objet ; qu'il en déduit que l'avantage retiré par la société Greenland du contrat de licence ne saurait faire échec à la restitution des redevances versées ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'invalidité d'un contrat de licence résultant de la nullité du brevet sur lequel il porte, n'a pas, quelque soit le fondement de cette nullité, pour conséquence de priver rétroactivement de toute cause la rémunération mise à la charge du licencié en contrepartie des prérogatives dont il a effectivement joui, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais en ses seules dispositions ayant ordonné la restitution des redevances dues en exécution du contrat de licence antérieurement au prononcé de l'annulation du brevet, l'arrêt rendu le 8 décembre 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;
remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Douai ;
Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

- **<u>La résolution unilatérale du contrat</u>**

➢ **Civ. 1ère, 13 oct. 1998.**

N° de pourvoi : 96-21485
Attendu que, exerçant depuis le 1er juillet 1980 la profession de médecin anesthésiste réanimateur au sein de la Clinique des Ormeaux au Havre, M. X... s'est vu consentir, par un contrat du 30 janvier 1986, à compter du 1er janvier 1986, en même temps que d'autres anesthésistes avec lesquels il était associé au sein d'une société civile de moyens, dite Groupement médical anesthésique des Ormeaux, dit GMAO, l'exclusivité des actes de sa spécialité pour une durée de trente ans ; qu'il a acquis en contrepartie des actions de la société anonyme Clinique des Ormeaux (la Clinique) ; qu'après l'avoir convoqué à la réunion du conseil d'administration du 27 janvier 1995, pour l'entendre sur son comportement professionnel, la Clinique lui a notifié, par une lettre du 30 janvier 1995, sa décision de mettre un terme à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois ;
Sur le premier moyen du pourvoi principal de M. X..., pris en ses deux branches :
Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Rouen, 11 septembre 1996), de l'avoir débouté de ses demandes tendant à voir déclarer abusive la rupture unilatérale du contrat d'exercice par la Clinique, et en conséquence, à la voir condamner à lui payer une indemnité complémentaire de préavis et des dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que, d'une part, le " contrat d'anesthésie-réanimation " a été passé entre, d'un côté, la clinique, et, de l'autre, conjointement, M. Y..., M. Z..., M. A..., M. X..., associés dans le GMAO, se réservant la possibilité de se substituer une société civile professionnelle constituée entre eux, qu'il est exposé que la clinique accorde conjointement aux associés du GMAO un contrat d'exercice de la profession d'anesthésiste-réanimateur, qu'aux termes de l'article 1, il est concédé conjointement aux associés du GMAO le droit d'exercer leur activité à titre exclusif, que selon l'article 3, les médecins du GMAO auront la possibilité de se faire assister par tout collaborateur de leur choix, que les autres clauses visent également " les médecins du GMAO ", que le contrat qui a été ainsi conclu non entre la clinique et quatre personnes physiques prises chacune individuellement, mais entre deux parties uniques, dont l'une est une partie simple la clinique et dont l'autre est une partie plurale les médecins anesthésistes-réanimateurs du GMAO rassemblés par un même intérêt défini par rapport à l'objet de l'acte , est, partant, un contrat conjonctif ne pouvant que continuer entre tous ou disparaître entre tous, et qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a dénaturé le contrat litigieux ; alors que, d'autre part, la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... faisant valoir que les dirigeants de la Clinique pouvaient d'autant moins faire valoir qu'il ne s'agissait pas d'un contrat collectif, qu'ils n'ont eu de cesse de vouloir y mettre un terme pour lui substituer des contrats individuels conclus avec chaque médecin ;

Mais attendu que c'est sans dénaturer le contrat que la cour d'appel, par une interprétation rendue nécessaire par le terme même de " conjoint ", qui est susceptible de plusieurs acceptions, dont celle d'obligation plurale dans laquelle chacun des débiteurs n'est obligé que pour sa part, et au vu des autres clauses du contrat, spécialement l'article 10 permettant une cession du contrat à un successeur qualifié, a jugé que la clinique était habile à résilier individuellement le contrat du 30 janvier 1986, en justifiant de sa décision devant le juge ;
Et attendu que le rejet de la première branche rend la seconde inopérante ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
Sur le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en ses deux branches :
Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir débouté M. X... de ses demandes, alors, selon le moyen, que, d'une part, en relevant

que la clinique avait, à juste titre, fixé à six mois la durée du préavis accordé à M. X..., et que le conseil de l'ordre avait seulement sanctionné le 27 janvier 1996 par un blâme certains faits reprochés à M. X..., ce qui excluait que les fautes et manquements allégués à l'encontre de celui-ci depuis 1981, fussent d'une gravité telle qu'ils pussent justifier une résolution immédiate du contrat sans décision judiciaire préalable, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences qui en résultaient, et a ainsi violé les articles 1134 et 1147 du Code civil ; alors que, d'autre part, l'article 1184 du Code civil précise que le contrat n'est point résolu de plein droit, et que la résolution doit être demandée en justice, et qu'en déclarant justifiée, par application de cet article, la décision de la clinique de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée la liant à M. X..., la cour d'appel a violé ce texte ;

Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et, sur les troisième, quatrième, et cinquième moyens, du pourvoi principal, pris en leurs diverses branches :

Attendu que la cour d'appel retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le contrat imposait à M. X... de ne pratiquer tous les actes relevant de l'exercice de sa profession qu'à l'intérieur de la clinique, que cependant M. X... a passé outre une mise en demeure de respecter cette clause et continué à consulter en dehors, et ce malgré les inconvénients en résultant pour les patients qui devaient sortir de la clinique, qu'à différentes reprises, des chirurgiens se sont plaints par lettres du comportement de M. X... qui a refusé d'accomplir des actes liés à sa qualité d'anesthésiste, notamment en manquant de disponibilité lorsqu'il était de garde, qu'un chirurgien a souligné qu'en 1993, 1994 et 1995, sont survenus des incidents caractérisés, soit par un manque de disponibilité pouvant avoir des répercussions graves sur la santé des personnes opérées, soit même des états d'énervement et de brutalité à l'égard de certains malades qui s'en sont plaints, qu'une pétition a été signée le 22 décembre 1994 par trente praticiens critiquant le comportement de M. X..., que les témoignages versés aux débats par celui-ci sont contredits par les attestations et autres pièces du dossier qui démontrent qu'en de nombreuses circonstances et depuis 1981, il a gravement manqué à ses obligations de médecin anesthésiste, y compris en compromettant la santé des patients ; que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, répondant aux conclusions dont elle était saisie, et qui n'a ni méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, ni violé l'article 59 du Code de déontologie médicale, ni inversé la charge de la preuve, a pu déduire, sans dénaturer le contrat, ni des lettres de la Clinique des 10 décembre 1993 et 16 septembre 1994, justifiant légalement sa décision, que ces violations graves et renouvelées des obligations contractuelles permettaient à la Clinique de résilier le contrat de M. X... ;

D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident de la Clinique des Ormeaux, pris en ses six branches : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi principal

- **Civ. 1ère, 20 févr. 2001.**

N° de pourvoi : 99-15170

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1134 et 1184 du Code civil ;

Attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que

l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ;
Attendu que la société Europe expertise (la société) a confié, pour une période de trois ans à compter du 25 septembre 1995, à M. Fanara, expert en automobiles, la réalisation d'expertises préalables à la reprise par le constructeur de tous véhicules sur lesquels avait été consentie une vente avec faculté de rachat à un loueur professionnel ; que la société a résilié leur convention le 25 octobre 1995 ;
Attendu que pour rejeter la demande de M. Fanara en indemnisation des conséquences de la rupture unilatérale du contrat par la société, l'arrêt attaqué retient par motifs propres et adoptés que le manquement par M. Fanara à ses obligations contractuelles pouvait entraîner la rupture prématurée des relations contractuelles ;
Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher si le comportement de M. Fanara revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :
CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 mars 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Bastia ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier.

- **Civ. 1ère, 14 janv. 2003 : CCC, juin 2003, p. 15, N° de pourvoi : 00-19815**

Sur le moyen unique, tel qu'énoncé au mémoire en demande et reproduit en annexe :
Attendu que, contestant l'interruption puis la résiliation unilatérales par la Caisse de Crédit mutuel d'Epinay-sur-Orge (la CCME), les 26 novembre et 20 décembre 1993, d'un contrat d'audit conclu les 21-26 octobre 1993, la société Audit et assistance (la société) en a assigné les liquidateurs, MM. Le X..., Y..., Z..., en paiement d'honoraires et dommages-intérêts ; qu'ell a été déboutée ;

Attendu que pour statuer ainsi, l'arrêt attaqué (Paris, 16 juin 2000) relève que dès le 17 novembre 1993, jour où elle n'avait pas encore réclamé l'acompte convenu mais avait achevé le premier examen des pièces demandées par elle à la Fédération des caisses, la société avait déjà décelé la situation grandement conflictuelle opposant les dirigeants de sa cliente à ses instances de contrôle, notamment la décision prise par ces dernières depuis 1991 de lui retirer ses délégations de crédit, et la plainte pénale qu'elles avaient déposée contre son directeur, démis du reste de ses fonctions la veille de la convention litigieuse dont s'agit et à l'origine de laquelle il se trouvait ; qu'en déduisant de ces constatations qu'à cette date, la société avait su, d'une part, que la Fédération éprouvrait les plus grandes réticences à lui procurer les renseignements nécessaires à sa mission, et d'autre part, que son devoir déontologique d'indépendance professionnelle était à l'évidence en péril, la cour d'appel a caractérisé la faute grave consistant en la poursuite de sa prestation, et autorisant l'administrateur de la CCME mettre immédiatement fin au contrat ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

- **Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2009, n° de pourvoi: 08-14524**

Sur le moyen unique :

Attendu que la société Panzani qui avait conclu le 15 mai 2000 un contrat triennal de fourniture industrielle portant sur des pâtes fraîches avec la société Dauphipate, aujourd'hui dénommé société Saint Jean, après avoir informé cette dernière le 23 septembre 2002 de son intention de ne pas reconduire le contrat au delà du 31 mars 2005, a, le 23 juin 2003, en invoquant des problèmes de qualité et la présence de staphylocoques pathogènes dans les fabrications de sa contractante, informé celle ci de ce qu'elle rompait le contrat le 1er juillet 2003 ; que la société Saint Jean a sollicité la réparation du préjudice qu'elle aurait subi du fait de cette rupture brutale du contrat ;

Attendu que le pourvoi fait grief à l'arrêt de débouter la société Saint Jean de sa demande, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat de fourniture industrielle liant les sociétés Panzani et Saint Jean stipulait qu'une partie ne pourrait mettre fin au contrat de manière anticipée, au motif de l'inexécution par l'autre partie de ses obligations, qu'après une mise en demeure notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception, demeurée infructueuse pendant un mois ; qu'en écartant toute faute de la société Panzani dans la rupture anticipée du contrat en raison d'une prétendue multiplication des non conformités des produits fournis par l'exposante, quand il était constant que la société Panzani n'avait jamais mis en demeure la société Saint Jean à propos de telles non conformités conformément aux prévisions du contrat, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 du code civil ;

2°/ qu'une partie au contrat ne peut, sans

commettre de faute, le résilier unilatéralement de manière anticipée, au mépris du terme fixé par le contrat lui même, sauf à établir un comportement ou un manquement d'une particulière gravité imputable à son cocontractant ; qu'en l'espèce, ainsi que le soulignait la société Saint Jean, les non conformités alléguées par la société Panzani à l'appui de la rupture anticipée du contrat n'avaient donné lieu de la part de cette dernière à aucune des mesures prévues au contrat ; qu'il était en particulier constant que la société Panzani n'avait pas mis en oeuvre l'article 6.4 du contrat, spécialement dédié aux non conformités, et n'avait pas rappelé plusieurs produits dont elle a pourtant par la suite excipé de la non conformité pour rompre brutalement le contrat ; qu'il était également avéré que la société Panzani n'avait jamais délivré de mise en demeure à l'encontre de la société Saint Jean, ce qu'elle n'aurait pas manqué de faire si elle avait réellement considéré que les non conformités constatées au cours de l'année 2003 étaient graves, de nature à compromettre la santé publique, et partant susceptibles de justifier une rupture anticipée du contrat ; qu'en écartant néanmoins tout caractère fautif de la rupture, sans prendre en considération comme elle le devait ces éléments déterminants, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, 1147 et 1184 du code civil ;

3°/ qu'une partie au contrat ne peut le résilier unilatéralement de manière anticipée, au mépris du terme fixé par le contrat lui même, sauf à établir un comportement ou un manquement d'une particulière gravité imputable à son cocontractant ; qu'en l'espèce, il était constant que la société Panzani, dans son courrier du 23 juin 2003, n'avait pas rompu le contrat avec effet immédiat, mais au contraire indiqué mettre fin aux commandes de produits à la société Saint Jean seulement à compter du 1er juillet 2003, soit huit jours plus tard ; qu'il s'en évinçait que la société Panzani elle même considérait que les manquements finalement reprochés à la société Saint Jean pour rompre brutalement le contrat n'étaient pas suffisamment graves pour justifier un arrêt immédiat des commandes, ni donc en particulier de nature à compromettre la santé publique ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans prendre en considération comme elle y était invitée cette circonstance révélatrice de l'absence de gravité suffisante des manquements censés justifier la rupture unilatérale anticipée du contrat venant en principe à terme le 31 mars 2005, et de laquelle s'évinçait, partant, le caractère fautif et abusif de la rupture, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, 1147 et 1184 du code civil ;

4°/ qu'en se fondant, pour considérer que la société Saint Jean aurait fabriqué des produits non conformes justifiant une rupture unilatérale anticipée du contrat, sur les analyses de lots dont plusieurs n'avaient été livrés que postérieurement à la lettre de rupture contractuelle de la société Panzani du 23 juin 2003, et qui ne pouvaient partant avoir justifié cette rupture, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil ;

5°/ que la société Saint Jean avait insisté devant les juges du fond sur la circonstance tirée de la concomitance troublante de la rupture anticipée du contrat prononcée par la société Panzani avec la finalisation et la distribution des produits fournis par la société Lustucru, récemment rachetée par Panzani ; qu'elle avait à cet égard souligné que dès ce rachat, la société Panzani savait qu'elle n'avait plus besoin des produits fournis par la société Saint Jean, et que la dramatisation soudaine par la société Panzani, précisément au moment où les produits Lustucru étaient prêts à être distribués, de non conformités sans réelle gravité et pour lesquelles la société Panzani n'avait jusqu'alors pris aucune mesure particulière, ne constituait qu'un prétexte pour rompre abusivement de manière anticipée le contrat devant en principe s'exécuter jusqu'au 31 mars 2005 ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans aucunement prendre en considération ces

circonstances, ni rechercher si la société Panzani n'avait pas adopté un comportement déloyal à l'égard de sa cocontractante en prenant prétexte de certaines non conformités des produits fabriqués pour faire cesser brutalement, au moment opportun pour elle, ses relations commerciales avec la société Saint Jean et réorganiser sa production au moyen des infrastructures et du savoir faire qu'elle détenait depuis l'acquisition de la société Lustucru, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil ;

Mais attendu qu'au vu du rapport de l'expert contenant, en premier lieu, les analyses réalisées par l'institut d'hygiène alimentaire mettant en évidence, notamment, dans les produits de la société Saint Jean visés par la lettre de la société Panzani en date du 23 juin 2003 d'une part, que 58 % des barquettes examinées présentaient un taux de germes par gramme supérieur à 100 et n'étaient donc pas conformes à la réglementation et que 5,5 % de l'ensemble des échantillons correspondaient à des produits contenant plus de 10 000 germes par gramme et donc assimilables à des produits à risque, d'autre part, et en second lieu, les propres analyses réalisées par la société Saint Jean elle même, convergentes pour établir un dénombrement de germes de staphylocoques dorés supérieur au seuil réglementaire, la cour d'appel qui n'avait pas à se livrer à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, et qui a retenu que la multiplication des non conformités des produits aux critères microbiologiques définis par l'arrêté du 21 décembre 1979 susceptibles de conséquences sur la santé publique constituait une faute grave de la part de la société Saint Jean, a pu en déduire que cette contamination microbienne justifiait la résiliation immédiate du contrat ;

Qu'ainsi, sans se déterminer en fonction d'analyses portant sur des lots livrés postérieurement à la date de rupture contractuelle, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS

REJETTE le pourvoi ;

II. – Doctrine

- **M. Jamin, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001, n° 39, p. 1568.**

Le 13 octobre 1998, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait déjà admis, à propos de la rupture d'un contrat liant une clinique à un médecin, « que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » (Bull. civ. I, n° 300 ; D. 1999, jur., p. 197, note C. Jamin ; *ibid.*, Somm., p. 115, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1999, II, n° 10133, note N. Rzepecki ; Defrénois, 1999, art. 36953, n° 17, obs. D. Mazeaud). On avait pu voir à l'époque dans cet arrêt de rejet un premier pas vers une remise en cause, à titre de principe, du caractère judiciaire de la résolution du contrat pour inexécution (C. Jamin et D. Mazeaud, notes préc. - *Adde*, A. Bénabent, Les obligations, Montchrestien, 7e éd., 1999, n° 393). La même Chambre reprend aujourd'hui une formule identique pour justifier une cassation au double visa des articles 1134 et 1184 du code civil, tout en ajoutant : « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée ». Ces deux points, le premier qui constitue une reprise et le second une innovation, méritent une brève analyse.

I - La reprise de la formule de l'arrêt du 13 octobre 1998

On sait qu'en dépit des termes particulièrement nets de l'article 1184 du code civil, la jurisprudence admet traditionnellement quelques dérogations au principe de la résolution judiciaire du contrat (cf. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, Les effets du contrat, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 466 s.). Celles-ci sont néanmoins justifiées par le particularisme des circonstances de fait. L'urgence ou un état de nécessité peuvent d'abord autoriser le créancier à ne pas attendre la décision du juge. Le fait de tromper gravement une relation de confiance est encore susceptible de justifier la rupture unilatérale du contrat (cf. récemment, Cass. 1re civ., 2 février 1999, JCP 1999, IV, n° 1579), ce qu'autorisent d'ailleurs de manière explicite le droit des sociétés (cf. art. 1844-7-5° c. civ.) et le droit du travail, fût-ce pour les contrats à durée déterminée (cf. art. L. 122-3-8 c. trav.).

On ne peut cependant pas vraiment dire que de telles circonstances existaient en l'espèce. La société Europe expertise avait confié, pour une durée de trois ans à compter du 25 septembre 1995, à M. Fanara, expert en automobiles, la réalisation d'expertises préalables à la reprise par le constructeur de tous véhicules sur lesquels avait été consentie une vente avec faculté de rachat à un loueur professionnel. Cette société avait « résilié » leur convention dès le 25 octobre 1995 en reprochant à l'expert de ne pas avoir exécuté personnellement le contrôle des opérations d'expertise et surtout de ne pas les avoir réalisées en respectant les règles de l'art. Le contrat qui liait les parties depuis exactement un mois avait-il engendré ou postulait-il un lien de confiance particulier ? Certainement, mais pas plus que la plupart des contrats de services qui sont destinés à mettre aux prises deux professionnels durant un certain laps de temps. La rupture était-elle justifiée par l'urgence ? Rien ne le laisse supposer à l'énoncé des faits : si la société d'expertise avait des reproches à formuler à l'encontre de l'expert, elle ne démontrait pas l'existence d'un péril imminent, sauf à considérer qu'il est toujours urgent de se séparer d'un contractant dont on estime qu'il ne fait pas ou plus l'affaire. Mais ce sont surtout les termes de l'arrêt qui laissent clairement entendre que ni l'existence d'un lien de confiance, ni l'urgence n'étaient en cause. La première Chambre civile reproche en effet à la juridiction du fond d'avoir rejeté la demande de M. Fanara en indemnisation des conséquences de la rupture unilatérale en se bornant à relever que le manquement à ses obligations pouvait entraîner la rupture prématurée des relations

contractuelles, alors qu'il aurait fallu « rechercher si le comportement de M. Fanara revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture ». L'arrêt ne fait donc aucune référence à l'urgence ou à l'existence de rapports personnels pour fonder la rupture du contrat. Il reproche tout au contraire à la cour d'appel de ne pas s'être intéressée à la « gravité suffisante » des manquements reprochés à l'expert. Ces deux termes sont d'une importance tout à fait capitale. La Cour de cassation les utilise le plus souvent pour circonscrire la portée du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quand ceux-ci doivent statuer sur le prononcé de la résolution d'une convention qui a fait l'objet d'une inexécution partielle. Elle exige en effet qu'ils recherchent si les manquements du débiteur défaillant ont ou non été d'une gravité suffisante (cf. récemment, Cass. 1re civ., 15 juillet 1999, Bull. civ. I, n° 245). L'utilisation d'une même formule signifie donc clairement que la première Chambre civile entend non point s'en tenir à une exception, mais bien poser un principe concurrent à celui qui existe quand la résolution est prononcée par le juge, ce que renforce la portée qu'elle entend donner à son arrêt (FS-P+B).

Que l'on approuve ou non cette nouvelle politique jurisprudentielle d'un réalisme économique avoué mais incertain (cf. C. Jamin, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé, LGDJ & Bruylant, 2001, spéc. p. 510, n° 36), il semble désormais qu'il faille s'en accommoder en tâchant de l'organiser au mieux d'un point de vue technique.

La jurisprudence traditionnelle est fondée sur le souci de préserver à la fois les intérêts du débiteur malheureux et la force obligatoire du contrat en donnant à celui-ci le maximum de chance d'être exécuté. L'arrêt commenté tente de ne pas sacrifier ce souci en relevant, d'une part, que le créancier ne peut mettre fin au contrat que si le manquement du débiteur est d'une gravité suffisante, d'autre part, que ce créancier agit à ses risques et périls.

Ceux-ci ne sont cependant plus les mêmes. Quand le juge s'en tient au dispositif de l'article 1184 du code civil, il retient de manière systématique que le créancier agit à ses torts quand il rompt unilatéralement le contrat, même si cette rupture sanctionne une faute incontestable du débiteur. Plusieurs arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en attestent (cf. Cass. com., 9 juillet 1996, RJDA 1996, n° 1438 ; 1er décembre 1992, RTD civ. 1993, p. 578, n° 2, obs. J. Mestre ; 25 mars 1991, Contrats, conc. consomm. 1991, n° 162, obs. L. Leveneur ; 24 juin 1980, Bull. civ. IV, n° 273). Cette ligne de conduite constitue un puissant moyen de pression favorable au respect de la force obligatoire du contrat par le créancier, même s'il n'est pas décisif, car ce dernier peut rompre unilatéralement le contrat en pariant sur l'inertie judiciaire du débiteur ou en procédant plus simplement à un calcul économique, le profit tiré d'une rupture immédiate pouvant l'emporter sur le coût de l'indemnisation si le juge n'est plus en mesure d'ordonner l'exécution forcée du contrat. Néanmoins la nouvelle orientation jurisprudentielle amoindrit la portée traditionnelle du respect dû à la force obligatoire du contrat : en ne se réservant le droit d'intervenir qu'une fois celui-ci rompu, le juge se condamne le plus souvent à ne pouvoir accorder que des dommages et intérêts. Le pouvoir du créancier en ressort donc renforcé, bien que l'octroi éventuel d'une indemnité au profit du débiteur puisse constituer dans l'avenir un sérieux instrument de dissuasion. Il faudrait néanmoins que le juge n'en use pas avec parcimonie quand il constate que la rupture du contrat par le créancier est fautive. S'agissant plus spécialement d'un contrat à durée déterminée, on peut ainsi imaginer qu'il puisse, à l'instar du droit du travail quand le contrat est rompu aux torts de l'employeur (cf. art. L. 122-3-8 c. trav.), accorder une indemnité équivalente au profit qu'en aurait tiré le débiteur jusqu'à son terme. Pour que la force obligatoire du contrat ne soit pas trop brutalement remise en cause, c'est donc une nouvelle fois la question du caractère punitif des dommages et intérêts qui doit être posée (cf. de manière générale, S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, préf. G. Viney, LGDJ, 1995).

Quant à la nécessité pour le créancier de ne rompre le contrat que si le manquement du débiteur

est d'une gravité suffisante, elle n'est plus de même nature puisque l'appréciation de cette gravité appartient en premier lieu au créancier. Le risque encouru est encore celui d'un affaiblissement du respect dû à la force obligatoire du contrat, car on imagine aisément un créancier prenant prétexte d'une inexécution mineure pour se défaire du lien contractuel, ce que les codificateurs avaient d'ailleurs entendu conjurer en posant un principe de résolution judiciaire et certains législateurs étrangers contemporains en fixant avec précision le niveau du manquement qui autorise la rupture unilatérale du contrat. Dans cette optique, le risque d'une condamnation à des dommages et intérêts peut certes constituer un bon moyen de dissuasion, mais on peut imaginer aller plus loin en usant aussi d'un instrument procédural destiné à éviter les éventuels coups de force.

Tout comme en matière de clause résolutoire, il semble qu'il faille permettre au débiteur de saisir le juge des référés pour qu'il ordonne le cas échéant l'exécution forcée du contrat tant que le juge du fond ne se sera pas prononcé sur la saisine du créancier. Le recours au juge des référés permettrait ainsi le retour au droit commun de la résolution judiciaire du contrat. On peut d'abord imaginer qu'il soit fondé sur les articles 809 ou 873 du nouveau code de procédure civile qui permettent en particulier au juge des référés de prévenir un dommage imminent. La Chambre commerciale a ainsi retenu à plusieurs reprises que celui-ci pouvait justifier du juge des référés qu'il ordonne la reprise de relations contractuelles établies entre un fournisseur et ses clients (Cass. com., 26 février 1991, Bull. civ. IV, n° 87 ; JCP 1992, II, n° 21914, note L. Lévy ; 21 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 115 ; RTD com. 1985, p. 91, obs. A. Bénabent et J.-C. Dubarry), et la première Chambre civile de la Cour de cassation vient d'adopter une solution identique à propos d'un contrat d'assurance qui avait été pourtant dénoncé de manière régulière par un assureur (Cass. 1re civ., 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 2001, Jur. p. 256, note C. Jamin et M. Billiau ; *ibid.*, Somm. p. 1137, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2001, p. 135, n° 5, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2001, II, n° 10506, note X. Vuitton. - *Adde*, CA Aix-en-Provence, 23 février 1996, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 367, à propos du refus par une banque de renouveler sa garantie financière au profit d'un marchand de biens). Il n'est cependant pas certain que ce fondement textuel soit toujours satisfaisant. Toute rupture d'un contrat est en effet susceptible de causer un dommage imminent à la partie qui en est la victime, même si celle-ci a commis un manquement suffisamment grave pour justifier cette mesure. Afin de ne pas anéantir la portée de la jurisprudence qui est en train de se dessiner en permettant un recours systématique au juge des référés par le débiteur, ce qui obligerait le créancier à se présenter devant le juge du fond même quand la rupture du contrat est fondée, il faudrait alors limiter l'usage des articles 809 ou 873 aux seuls cas où le créancier n'a pas respecté un délai de préavis suffisant (cf. Cass. com., 21 mars 1984, précité, qui relève que la rupture des relations contractuelles engendrait un « préjudice immédiat » pour le client. - *Adde*, CA Colmar, 18 oct. 1972, JCP 1973, II, n° 17479, note J.-J. Burst, qui fait état des « conséquences d'une brusque rupture »), et songer plutôt à se fonder sur les articles 808 ou 872 du même code pour sanctionner le créancier qui rompt le contrat sans pouvoir cette fois-ci démontrer de manière incontestable un manquement suffisamment grave du débiteur. Il est en effet possible que le juge des référés puisse se déclarer compétent sur ce fondement dès l'instant que la mesure qu'il est appelé à prendre est justifiée par « l'existence d'un différend ». On sait qu'en dépit de la formule apparemment contradictoire des articles 808 et 872, « la présence même d'une contestation sérieuse » peut justifier « l'intervention du juge du provisoire afin d'ordonner les mesures d'attente que nécessite la situation litigieuse en cours, c'est-à-dire le différend » (B. Mélin-Soucramanien, Le juge des référés et le contrat, préf. J. Mestre, PUAM, 2000, n° 40). Il suffirait donc au débiteur de démontrer que la gravité du manquement que lui reproche le créancier pour déclarer le contrat résolu fait l'objet d'une contestation sérieuse pour que le juge des référés ordonne son maintien jusqu'au prononcé de sa résolution par le juge du fond.

II - L'absence de distinction entre les contrats à durée indéterminée et à durée déterminée

Un regard rétrospectif sur l'histoire de la résolution pour inexécution et de la résiliation légitime certainement la nouvelle orientation jurisprudentielle prise par la première Chambre civile de la Cour de cassation s'agissant des contrats à durée indéterminée, ce qui pourrait laisser penser au premier abord qu'ils sont les seuls concernés. L'article 1184 du code civil a en effet été rédigé à une époque où il n'était pas encore question de permettre aux parties de rompre leur engagement autrement que par la voie d'une révocation mutuelle prévue par l'article 1134, alinéa 2, du code civil. Mais cette question se posa assez rapidement à propos des contrats de louage de services à durée indéterminée. La Cour de cassation admit qu'ils pouvaient être rompus par la volonté de l'une ou l'autre des parties (cf. par ex., Cass. civ., 4 août 1879, DP 1880, 1, p. 272). Et sa jurisprudence devait être entérinée en 1890 par le législateur qui précisait néanmoins, dans le but de protéger les employés, que la résiliation du contrat pouvait donner lieu à des dommages et intérêts (art. 1780, al. 3, c. civ.). L'extension progressive de ce droit de résiliation unilatérale à l'ensemble des contrats à durée indéterminée, au nom d'un prétendu principe de prohibition des engagements perpétuels que la doctrine a longtemps cru à tort fondé sur ce dispositif légal (cf. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, spéc. n° 195), devait rendre plus fragile l'affirmation du caractère judiciaire de la résolution du contrat. Refuser la résolution unilatérale constituait en effet une prime à l'hypocrisie, puisque le créancier pouvait avoir désormais tout intérêt à résilier le contrat, fût-ce en respectant un délai de préavis, même quand cette résiliation était fondée sur son inexécution par le débiteur, afin d'éviter à la fois le recours obligatoire au juge et la nécessité de motiver sa décision, ce que postule la résolution judiciaire. Autrement dit, le mouvement jurisprudentiel amorcé par la première Chambre civile de la Cour de cassation rend possible la détermination d'un régime juridique unitaire (et cohérent) de la rupture des contrats à durée indéterminée. Cette même Chambre commence d'ailleurs à en fixer les traits : l'expression « y mette fin » laisse en effet penser que cette rupture ne devrait plus avoir d'effet rétroactif, qu'elle soit ou non fondée sur l'inexécution du contrat par le débiteur. Reste alors à savoir si les hauts magistrats mettront demain une obligation de motivation à la charge du créancier, ce qui aurait d'ailleurs pour avantage de circonscrire un futur débat judiciaire et de limiter le pouvoir mis dans sa personne (comp. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in* Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, spéc. p. 315).

Cependant les arrêts des 13 octobre 1998 et 20 février 2001 ne visent pas des contrats à durée indéterminée. Le premier concernait un contrat conclu pour trente années, alors que celui que nous commentons a statué sur une convention qui devait lier les parties pour une durée de trois ans. Il est donc impossible de soutenir que la Cour de cassation s'est bornée à unifier les règles concernant la rupture des contrats à durée indéterminée. Il ne s'agit tout au plus que d'un effet indirect de ces arrêts, ce qui doit nous inciter à revenir à notre hypothèse initiale : en refusant expressément de distinguer entre les contrats à durée déterminée et à durée indéterminée, l'arrêt présenté entend bien remettre en cause, du moins s'agissant des contrats qui s'exécutent dans la durée, le système actuel de la résolution pour inexécution en revenant sur son caractère judiciaire et peut-être sur son effet rétroactif.

Face à une évolution aussi importante, il faut désormais souhaiter un prochain arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Celle-ci pourrait ne pas vouloir céder. Elle s'est en effet le plus souvent prononcée à propos de litiges qui opposaient un concédant à un concessionnaire, et l'on peut comprendre que dans un rapport déjà déséquilibré elle puisse hésiter à ajouter la force à la force en autorisant plus spécialement le concédant à rompre unilatéralement le contrat. La première Chambre civile semble néanmoins avoir fixé un garde-fou en faisant de la gravité suffisante de l'inexécution la mesure du risque pris par le créancier qui prend l'initiative de la rupture. La Chambre commerciale pourrait demain en imaginer d'autres, en laissant au juge des référés le soin de surseoir à la rupture du contrat dans l'attente d'une saisine du juge du fond quand le créancier ne fixe pas un délai de préavis raisonnable ou lorsque la gravité de

l'inexécution du contrat que ce dernier invoque n'apparaît pas au premier abord suffisante, en permettant aux juges du fond d'adopter une politique volontariste en matière d'indemnisation, voire en exigeant du créancier qu'il motive la rupture du contrat quel qu'en soit le fondement.

- **Dai DO et M. CHANG, *La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation*, Petites affiches, 09 avril 2004 n° 72, P. 3**

Malgré les termes particulièrement nets de l'article 1184 du Code civil qui dispose qu'en cas d'inexécution « le contrat n'est point résolu de plein droit » et « la résolution doit être demandée en justice », la jurisprudence a, depuis quelques années, admis de manière générale qu'une partie peut rompre le contrat sans intervention préalable du juge. Ce changement a suscité la publication de nombreuses études. Cependant, ces dernières se limitent à l'analyse des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation. Face à cette évolution si importante, nous nous proposons d'examiner dans cette étude la nouvelle forme de résolution du contrat au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation et ce à deux niveaux : l'admission de la résolution unilatérale du contrat, d'une part, son régime juridique, d'autre part.

1. Lorsque l'un des contractants n'exécute pas ses obligations convenues, l'autre peut résoudre le contrat. Toutefois, pour le Code civil français, une inexécution même grave ne suffit pas à elle seule à résoudre le contrat : encore faut-il que le contractant victime de l'inexécution (le créancier) s'adresse au juge. En effet, selon l'article 1184 du Code, en cas d'inexécution, « le contrat n'est point résolu de plein droit » et « la résolution doit être demandée en justice ». Pour obtenir la résolution du contrat, « il y a donc obligation et non simple faculté de recourir préalablement au juge » ((1)). Le créancier ne pouvant alors de lui-même procéder à la résolution du contrat, le juge est le « seul maître des suites de l'inexécution du contrat » ((2)). La Cour de cassation a souvent eu l'occasion de rappeler ce principe. En 1991 par exemple, elle a jugé que « dans l'hypothèse où l'une des parties à un contrat synallagmatique n'exécute pas ses obligations, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté doit, si elle opte pour la résolution de la convention, demander celle-ci en justice » ((3)).

2. En dépit des termes particulièrement clairs de l'article 1184 du Code civil, la jurisprudence a admis dans diverses circonstances la résolution du contrat sans que l'intervention préalable du juge soit nécessaire. Ainsi, la résolution est admise sans intervention préalable du juge en cas d'impossibilité d'exécution du contrat ((4)). Il en va de même pour le cas d'urgence qui impose d'aller vite afin d'éviter une aggravation du préjudice ((5)) ou pour le cas de perte de confiance dans les contrats **intuitu personae** ((6)).

Depuis quelques années, la remise en cause du nécessaire recours préalable au juge s'accentue. Selon la jurisprudence, une partie peut seule résoudre le contrat même en dehors des cas d'impossibilité, d'urgence ou de perte de confiance dans les contrats **intuitu personae**. Cette évolution a suscité une abondante littérature juridique ((7)). Toutefois, les travaux publiés concernent essentiellement la résolution unilatérale reconnue par la première chambre civile de la Cour de cassation. Ils sont loin d'avoir épuisé tous les mystères du système de résolution unilatérale du contrat. À la vérité, ils ne permettent de savoir ni si cette nouvelle forme de rupture du contrat est aussi admise par d'autre(s) chambre(s) de la Cour de cassation ni si, entre les différentes chambres de la Haute Cour, les conditions et les effets de cette rupture sont les mêmes. Face à cette lacune, nous nous proposons d'étudier, d'une part, l'admission de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution (I), et d'autre part, le régime de cette résolution au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation (II).

I. L'admission de la résolution unilatérale du contrat au sein de la Cour de cassation

3. La résolution du contrat sans intervention préalable du juge est non seulement admise par la première chambre civile (A), mais aussi par la troisième chambre civile de la Haute juridiction (B).

A. L'admission de la résolution unilatérale du contrat par la première chambre civile de la Cour de cassation

4. Pour commencer, nous présenterons un arrêt rendu le 13 octobre 1998 ((8)). En l'espèce, à la suite de manquements graves qui mettaient en danger la santé de ses patients, un anesthésiste avait été remercié sans ménagement par la clinique qui l'employait. Plus exactement, la clinique avait résolu unilatéralement le contrat qui l'unissait au praticien sans exercer une action judiciaire à cette fin. Saisis, les juges du fond ont admis cette rupture. S'appuyant sur le principe de la résolution judiciaire prévu par l'article 1184 du Code civil, l'anesthésiste a demandé à la Cour de cassation de censurer les juges d'appel qui avaient admis la résolution du contrat sans juge. D'après le pourvoi formé par l'anesthésiste, « L'article 1184 du Code civil précise que le contrat n'est point résolu de plein droit, et que la résolution doit être demandée en justice. En déclarant justifiée, par application de cet article, la décision de la clinique de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée la liant à M. T. [l'anesthésiste], la Cour d'appel a violé ce texte ». Statuant sur le pourvoi, la première chambre civile de la Haute Cour ne s'est pas laissée convaincre par cette argumentation. Elle a en effet estimé que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ».

5. Dans un arrêt rendu en 2001, la première chambre civile va encore plus loin. Elle précise que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » ((9)). Notons qu'une même solution a été consacrée par la première chambre civile dans un arrêt rendu en juillet 2002. En l'espèce, il a été jugé que « le refus persistant de Mme B. (une abonnée des services d'E.D.F.-G.D.F.) de régler les factures justifiait la résiliation unilatérale des contrats de fourniture » ((10)).

6. Il résulte des arrêts présentés ci-dessus que la première chambre civile de la Cour de cassation entend bien poser le principe de la résolution unilatérale du contrat ((11)). Nous allons voir que cette possibilité de résoudre le contrat sans intervention préalable du juge est aussi admise par la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

B. L'admission de la résolution unilatérale du contrat par la troisième chambre civile de la Cour de cassation

7. Un arrêt rendu en octobre 2002 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation mérite d'être examiné ici ((12)): un contrat d'entreprise a été conclu entre M. et Mme El Hachoumi (maîtres d'ouvrage) et la société Gete Construction (constructeur). Les travaux ont commencé avec plus de trois mois de retard par rapport aux termes convenus. En s'appuyant sur ce retard, les maîtres d'ouvrage ont unilatéralement résilié le contrat. Saisis, les juges d'appel ont considéré que « la résiliation du contrat de construction par les maîtres de l'ouvrage était justifiée » et ont « condamné le constructeur à leur payer la somme de 23.500 F (3.582,55 euros) en restitution de l'acompte versé ». En cassation, le constructeur a estimé que les juges d'appel avaient violé les articles 1134 et 1184 du Code civil. Selon le pourvoi, « La résiliation d'un contrat en raison de l'inexécution par une des parties d'une obligation contractuelle accessoire est nécessairement judiciaire sauf si les parties ont prévu une clause résolutoire de plein droit. En déclarant légitime

la résiliation unilatérale du contrat de construction par les maîtres de l'ouvrage, bien qu'aucune clause résolutoire de plein droit n'ait figuré au contrat, la Cour d'appel a violé les articles 1134 et 1184 du Code civil ». Cependant, un tel argument n'a pas convaincu la troisième chambre civile. Selon cette dernière, « ayant relevé que la société Gete Construction avait commencé les travaux avec plus de trois mois de retard par rapport aux stipulations contractuelles, la Cour d'appel, qui a ainsi caractérisé l'existence d'un manquement grave aux obligations nées du contrat justifiant sa rupture unilatérale, devant laquelle il n'était pas soutenu que le respect des délais constituât une obligation accessoire, et qui n'était pas tenue de procéder à une recherche sur l'éventuelle mauvaise foi des époux El Hachoumi que ses constatations rendaient inopérante, a pu retenir que ces derniers avaient à bon droit résilié le contrat pour inexécution. D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ». Il en résulte que, pour la troisième chambre civile de la Cour de cassation, la « rupture unilatérale » du contrat est désormais possible en cas de « manquement grave aux obligations nées du contrat ».

8. En dépit du principe de résolution judiciaire du contrat nettement prévu par l'article 1184 du Code civil, nous voyons donc que la première chambre civile et la troisième chambre civile de la Cour de cassation admettent effectivement la résolution du contrat même en dehors des cas d'urgence, de perte de confiance dans les contrats **intuitu personae** ou d'impossibilité d'exécution.Le rôle du juge n'est plus alors celui voulu par les rédacteurs du Code civil de 1804. D'après ce texte monumental, le juge, et lui seul, peut prononcer la résolution et, jusqu'à son intervention, le contrat demeure. Cependant, si sa jurisprudence contrarie directement les termes de l'article 1184 du Code civil, l'effort de la Cour de cassation est en vérité digne d'approbation pour diverses raisons.

En premier lieu, il participe au « désengorgement » des tribunaux car, le système de résolution unilatérale du contrat permet de réduire le nombre de saisines du juge. Prenons un exemple pour nous en convaincre. Supposons que cent créanciers souhaitent rompre leur contrat pour cause d'inexécution commise par leur débiteur respectif. Dans le système de résolution judiciaire, les créanciers doivent tous saisir les juges pour obtenir la résolution de leur contrat. Il y a donc cent saisines. En revanche, dans le système de résolution unilatérale, seuls les débiteurs contestant la régularité de la rupture vont saisir les juges. Il y a de fortes chances qu'un certain nombre de débiteurs ne contestent pas la régularité de la rupture. Il y aura alors moins de saisines, donc dégorgement des tribunaux.

En deuxième lieu, la Cour de cassation met le droit français en harmonie, d'une part, avec d'autres systèmes juridiques, d'autre part, avec plusieurs conventions et codifications privées européennes et internationales. En fait, cette possibilité de résoudre le contrat sans intervention préalable du juge est largement utilisée à l'étranger. Les droits allemand (article 349 B.G.B.), néerlandais (article 267 du Code civil), coréen (article 543, alinéa 1 du Code civil), japonais (article 540, alinéa 1 du Code civil), chinois (article 94 de la loi sur les contrats de 1999) admettent le principe de résolution unilatérale du contrat. D'autres États comme l'Italie, les Pays-Bas, la Suisse et le Canada (Québec) ont même profité de la refonte de leur Code civil pour abandonner le caractère judiciaire de la résolution des contrats ((13)). Cette forme de rupture extrajudiciaire du contrat est également consacrée dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (article 49-1 a), dans les principes Unidroit relatifs au commerce international (article 7.3.1.) ainsi que dans les principes de droit européen dégagés par la Commission Lando (article 4-303).

En troisième lieu, la Cour de cassation aligne le droit des contrats à la pratique contractuelle. En réalité, nombreux sont les contrats résolus sans difficulté par les créanciers pour inexécution commise par les débiteurs et ce, sans intervention préalable du juge. Ainsi, comme l'observe

justement Catherine Malecki, « même si la Cour de cassation rappelle, dans certaines décisions, que la résolution doit être demandée en justice, il n'en demeure pas moins que ses sanctions sont rares eu égard au nombre important de cas de ruptures unilatérales qui ne soulèvent paradoxalement aucune difficulté de principe » ((14)). Dès que l'inexécution se révéle suffisamment grave pour priver le contrat de toute vitalité économique, de tout avantage que le créancier recherche, il est fort souhaitable que celui-ci puisse, sur-le-champ, anéantir le contrat inexécuté et sceller avec autrui un nouveau lien contractuel qui lui permettra de se maintenir sur la scène économique ((15)).

En dernier lieu, le système de résolution unilatérale du contrat apparaît plus équitable pour le créancier que le système de résolution judiciaire du contrat. En effet, « les hommes ne traitent entre eux que pour s'assurer des avantages » ((16)) et ils « ne traitent ensemble que dans l'espoir légitime que leurs engagements respectifs seront exécutés » ((17)). Lorsqu'il y a inexécution d'un contrat légalement formé, l'attente légitime du créancier (c'est-à-dire son souhait d'obtenir l'avantage recherché) est remise en cause. Il est alors injuste d'imposer au créancier, déjà victime de l'inexécution, la charge de demander l'intervention du juge. Pour ne pas trop désavantager le créancier et pour responsabiliser le débiteur, il est préférable de mettre à la charge du débiteur la tâche de faire intervenir la justice, et le système de résolution unilatéralepour inexécution permet de le réaliser. C'est alors au débiteur de saisir la justice s'il conteste la régularité de la rupture déclarée par le créancier. Un créancier raisonnable ne résout le contrat que lorsque l'obtention de l'avantage escompté est affectée par l'inexécution. Par conséquent, si le débiteur veut éviter la tâche de faire intervenir la justice, il n'a qu'à exécuter correctement le contrat. « On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise » ((18)).

II. Le régime de la résolution unilatérale du contrat au sein de la Cour de cassation

9. Le régime juridique de la résolution unilatérale reste peu clair au regard des termes des arrêts rendus par la première chambre civile. Dans quelles conditions la résolution unilatérale du contrat peut-elle être autorisée (A) et quels sont les effets de la résolution unilatérale régulièrement admise (B) ? Nous essayerons d'éclairer ces questions en étudiant des arrêts de la première chambre civile et de la troisième chambre civile.

A. Les conditions d'admission de la résolution unilatérale du contrat

10. Dans le cadre de la résolution judiciaire, la Cour de cassation affirme de manière constante que, pour admettre la résolution demandée, les juges du fond doivent constater que le manquement du débiteur est d'une « gravité suffisante » ((19)). Ainsi selon la Haute Cour, lorsque le contrat « ne contenait aucune clause expresse de résolution, il appartient aux juges d'apprécier si l'inexécution partielle d'une des obligations contractées par le débiteur avait assez d'importance pour que la résolution des conventions dût être immédiatement prononcée » ((20)). Il en est de même lorsqu'il y a du retard dans l'exécution. En pareil cas, il a par exemple été jugé qu'« ayant ainsi fait ressortir que le retard dans l'exécution du contrat présentait un caractère de gravité suffisante pour entraîner la résolution du contrat, elle (la Cour d'appel) a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision » ((21)).

11. S'agissant de la résolution unilatérale du contrat, la première chambre civile de la Cour de cassation semble souhaiter établir un régime distinct de celui de la résolution judiciaire car elle « ne mentionne pas la gravité d'une inexécution contractuelle mais la gravité d'un « comportement » » ((22)). Dans les arrêts susmentionnés de 1998 et de 2001, elle précise en effet que « la gravité du

comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale » [(23)]. Quant à la troisième chambre civile de la Haute Cour, elle ne semble pas envisager d'établir un régime de résolution unilatérale distinct de celui de la résolution judiciaire. Dans l'arrêt analysé ci-dessus, elle a approuvé les juges du fond d'avoir dit justifiée la rupture unilatérale du contrat lorsqu'il y avait un manquement grave aux obligations contractuelles. Il y aurait donc une disparité, du moins quant aux termes employés, entre la première chambre civile et la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Pour la première chambre civile, les deux systèmes sont soumis à des conditions légèrement différentes : dans la résolution unilatérale, il faut montrer la gravité du comportement et dans la résolution judiciaire la gravité de l'inexécution. Pour la troisième chambre civile, les deux systèmes obéissent aux mêmes conditions : dans les deux cas, il faut démontrer la gravité de l'inexécution.

12. Malgré les termes utilisés par la première chambre civile, la doctrine, en commentant ses arrêts, estime que la gravité justifiant la résolution unilatérale et la gravité justifiant la résolution judiciaire doivent être les mêmes. Ainsi, selon Éric Savaux, « On ne voit pas pourquoi le juge sanctionnerait une résolution dans des circonstances où il l'aurait lui-même prononcée. La gravité du comportement du débiteur doit donc être appréciée de la même manière dans les deux cas » [(24)]. Il en est de même pour François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette : « À la réflexion, on perçoit mal pourquoi le juge sanctionnerait un contractant d'avoir procédé à la résolution unilatérale d'un contrat dans un cas où lui-même l'aurait prononcée. Il semble donc que la gravité du comportement du débiteur défaillant doive être appréciée de manière identique dans les deux cas » [(25)]. La doctrine dominante et la position de la troisième chambre civile de la Cour de cassation convergent alors. Sur ce terrain, il est souhaitable que la première chambre civile ainsi que les autres chambres s'alignent sur la position de la troisième chambre civile : c'est en fait la gravité de l'inexécution qui justifie la résolution unilatérale du contrat et « seule une inexécution d'une gravité telle que le contrat est alors dépourvu d'intérêt économique peut la légitimer, à l'image de celle qui peut provoquer la résolution du contrat lorsqu'elle est classiquement demandée au juge par le créancier » [(26)].

13. Dans le système de résolution unilatérale du contrat, le rôle des parties est renversé : il n'appartient plus à celui qui veut mettre fin au contrat de saisir préalablement le juge mais c'est à l'autre partie qu'il incombe de saisir le juge pour contester la régularité de la rupture. Le juge n'étant pas alors complètement évincé, son contrôle n'a pas disparu, il est seulement déplacé. Plus exactement, il s'exerce **a posteriori**. Si le juge estime que la résolution unilatérale en question est régulière, il la déclare « justifiée ». Dans le cas contraire, son rôle est plus compliqué.

Si la résolution unilatérale du contrat s'avère disproportionnée par rapport à la gravité du manquement de son cocontractant, la responsabilité du créancier, qui a pris à ses risques et périls l'initiative de résoudre unilatéralement le contrat, peut être engagée [(27)]. Ici, le juge statue sur la responsabilité du créancier si la rupture a causé un préjudice au débiteur et la responsabilité engagée semble de nature contractuelle.

Le juge peut-il ordonner la poursuite du contrat irrégulièrement rompu par le créancier ? Pour E. Bazin, la réponse est négative : selon lui, « La seule sanction est la condamnation de l'auteur de la rupture à verser des dommages et intérêts à la victime si la résolution unilatérale se révèle disproportionnée à la gravité du comportement du débiteur » [(28)]. Il en va de même pour Ch. Lachièze, qui a estimé que « Le maintien du contrat étant par hypothèse impossible, le juge pourra seulement accorder des dommages et intérêts au contractant abandonné » [(29)]. Cependant, la doctrine majoritaire à laquelle nous adhérons estime que le juge peut ordonner la poursuite du contrat irrégulièrement rompu par le créancier. Ainsi, selon le professeur Denis Mazeaud, « Pour dissuader le créancier de se faire trop systématiquement justice à lui-même, il

semblerait particulièrement opportun d'accorder au juge, lorsque cela n'est pas contraire à l'intérêt du débiteur et à un certain réalisme dont le juge ne peut faire abstraction, le droit de décider, comme dans l'exercice de son contrôle sur la mise en oeuvre d'une clause résolutoire expresse, le maintien du contrat abusivement résolu, plutôt que de lui reconnaître le seul pouvoir de réparer le dommage subi par le débiteur » ((30)). Jacques Mestre et Bernard Fages pensent de même, ils estiment que « Les juges du fond ne doivent pas considérer la résolution comme acquise. Il leur appartient de vérifier rétrospectivement que celui qui a pris les devants était fondé à le faire et, le cas échéant, de le sanctionner lourdement s'il ne rapporte pas la preuve d'un comportement suffisamment grave de son cocontractant. On pourrait ainsi envisager, en cas de résolution intempestive d'un contrat à durée déterminée, que le contractant fautif soit condamné non seulement à payer les dommages-intérêts mais encore à poursuivre le contrat jusqu'à son terme en procurant à l'autre la satisfaction attendue » ((31)).

14. Selon les articles 7.3.1-1 et 7.3.2-1 des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, « Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie » et « la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur ». Pour les principes Unidroit, si la résolution pour inexécution ne nécessite pas l'intervention préalable du juge, elle exige cependant de la part du créancier une notification qui prend effet au moment où elle parvient au débiteur ((32)). Notons que c'est aussi la solution adoptée par d'autres systèmes juridiques. Par exemple, selon l'article 96 de la loi de la République populaire de Chine sur les contrats de 1999, « Lorsqu'une partie demande l'anéantissement du contrat, conformément à l'alinéa 2 de l'article 93 et à l'article 94 de cette loi, elle doit le notifier au cocontractant. Le contrat est anéanti dès que le cocontractant reçoit la notification ».

Jusqu'à présent, la jurisprudence française admet la résolution unilatérale du contrat au seul motif qu'il y avait un manquement grave du débiteur aux obligations prévues. Pour mieux protéger le débiteur face aux risques d'abus du créancier et pour mieux contrôler la régularité de la rupture prise par le créancier, il est préférable que la Cour de cassation impose au créancier une obligation de notification. Ainsi, pour être régulière, la résolution unilatérale devrait faire l'objet d'une notification préalable précisant les motifs de la résolution, sauf en cas d'urgence.

B. Les effets de la résolution unilatérale du contrat régulièrement admise

15. Dans le système de résolution judiciaire, le contrat résolu est privé d'effet pour l'avenir, aucune exécution ne saurait en être demandée. Ainsi, il a été jugé que « l'une quelconque de celles-ci (des parties) ne saurait être tenue de fournir, après la résolution, les prestations, même stipulées payables d'avance, auxquelles elle s'était engagée » ((33)). Une telle solution s'impose évidemment dans le système de rupture unilatérale : le contrat résolu par le créancier est privé d'effet pour l'avenir.

Dans le système de résolution judiciaire, il est acquis que la résolution prononcée par le juge peut avoir un effet rétroactif ((34)), le contrat résolu devant être anéanti dès son origine et chaque partie devant restituer à l'autre ce qu'il a reçu du contrat. Dans le système de résolution unilatérale du contrat, la question de la rétroactivité de la rupture est très débattue au sein de la doctrine lorsque cette dernière commente les arrêts de la première chambre civile. Selon Christophe Jamin, la « rétroactivité est remise en cause par l'arrêt qui emploie une formule neutre, en autorisant simplement le créancier à « mettre fin » au contrat » ((35)). D'après Denis Mazeaud, « En dépit des incertitudes actuelles sur le sort de la relation contractuelle en cas de résolution unilatérale, il semble préférable, en opportunité, de considérer que seuls les effets futurs du contrat peuvent être atteints par son anéantissement » ((36)). Cependant, selon Éric Savaux, « Il n'est pas exclu que le contrat soit anéanti pour le passé comme pour l'avenir, qu'il soit résolu et pas seulement résilié,

contrairement à ce que l'on avait pu penser. La formule « mettre fin au contrat » est suffisamment large pour comprendre cet anéantissement rétroactif du contrat » ((37)).

16. En observant de près l'arrêt rendu par la troisième chambre civile énoncé ci-dessus, il nous semble que la résolution unilatérale du contrat peut avoir un effet rétroactif car les juges ont admis dans cette affaire la restitution de l'acompte versé par les maîtres d'ouvrage alors que le constructeur avait effectué des travaux. C'est aussi la solution adoptée par les principes Unidroit qui admettent le système de résolution unilatérale du contrat. Ainsi selon l'article 7.3.6-1 des principes Unidroit, « Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu ». D'autres systèmes juridiques étrangers admettant larésolution unilatérale du contrat n'excluent pas cet effet rétroactif. Par exemple, selon l'article 346 du Code civil allemand, « Si la résolution a lieu, les parties sont tenues de se restituer réciproquement les prestations reçues » ((38)), et selon l'article 97 de la loi chinoise sur les contrats de 1999, « Après l'anéantissement du contrat, pour les obligations et les droits qui n'ont pas été exécutés, ils sont éteints ; pour ceux qui sont déjà exécutés, les parties peuvent demander la restauration de la situation d'origine, la prise de mesures de réparation et des dommages-intérêts, en fonction du niveau d'exécution du contrat et de sa nature ».

17. En droit français, l'effet rétroactif de la résolution unilatérale du contrat est donc possible et il apparaît qu'il n'y a aucune raison de l'exclure de ce mode de rupture. Il convient maintenant de savoir quand la résolution unilatérale a un effet rétroactif et quand elle n'en a pas. Pour trancher cette question, il nous paraît raisonnable d'appliquer la solution déjà établie dans le système de résolution judiciaire.

En matière de résolution judiciaire, lorsque le contrat a procuré au créancier les avantages qu'il escomptait, la résolution n'a pas d'effet rétroactif. C'est la solution retenue par la Cour de cassation, par exemple, dans un arrêt rendu en 1839 ((39)) : la société Taylor, titulaire d'un brevet, a passé le 6 mars 1834 une convention avec la dame de Wendel par laquelle celle-ci était autorisée à appliquer ce procédé nouveau à ses usines moyennant 12.000 F par an, payables par quart de trois en trois mois. La convention a été exécutée jusqu'en 1836, année où un sieur de Redon a intenté contre la société Taylor une action en déchéance de brevet. La dame de Wendel est intervenue dans l'instance en s'adjoignant aux mêmes conclusions. Suite à la déchéance prononcée, la dame de Wendel a actionné la société Taylor en nullité du traité de 1834 et en restitution des sommes par elle payées. Le 10 décembre 1836, le Tribunal de la Seine a accueilli les conclusions de la dame de Wendel sur la restitution des sommes payées. Le 15 juin 1837, la Cour d'appel de Paris a, dans son arrêt infirmatif, déclaré que la société Taylor n'était tenue qu'à la restitution des sommes par elle reçues depuis l'intervention de la dame de Wendel dans l'instance en déchéance. Les juges d'appel ont donc écarté l'effet rétroactif de l'anéantissement du contrat. Statuant sur les effets de la déchéance du brevet sur la convention du 6 mars 1834, la Cour de cassation a approuvé les juges d'appel d'avoir ainsi statué. Selon la Haute Cour, « En déboutant la veuve de Wendel de sa demande en restitution des sommes par elle dues et perçues par Taylor, l'arrêt a fait une juste application de l'article 1134 du Code civil sans violer les articles 1131, 1376 et 1377 du même Code ». En effet, d'après la Haute Cour, « En droit, une convention dont l'exécution s'étend à des époques successives, quoique légalement formée, se résout si, étant tombée **in eum casum a quo incipere non poterat**, elle ne peut plus avoir lieu pour l'avenir. Mais aucune des parties ne peut réclamer de l'autre la restitution des sommes qu'elle a payées pendant l'époque où la convention subsiste, et qu'elle a été réciproquement exécutée de bonne foi, lors surtout que la partie réclamante a retiré de cette exécution les avantages qu'elle s'en était promis : puisque autrement, contre tous les principes de justice et d'équité qui régissent les contrats, l'un des contractants obtiendrait tout sans rien donner, tandis que l'autre donnerait tout sans rien obtenir

». En adaptant la solution établie dans le système de résolution judiciaire à la rupture unilatérale, nous pouvons estimer que la résolution unilatérale n'a pas d'effet rétroactif lorsque le contrat a procuré au créancier les avantages qu'il s'en était promis.

En matière de résolution judiciaire, la résolution a un effet rétroactif lorsque les prestations effectuées n'apportent aucun avantage au créancier. C'est la solution retenue dans un arrêt rendu en 1977 par la Cour de cassation ((40)). Selon l'arrêt, des conventions d'entreprise ont été conclues entre les époux Gloeckler (maîtres d'ouvrage) et dame Marie Anne La Selva (entrepreneur) en vue de l'édification d'une maison d'habitation. Ayant appris qu'il y avait eu des erreurs commises lors de la construction, les époux Gloeckler ont assigné dame Marie Anne La Selva en « résiliation » de ces conventions. Ils ont également sollicité qu'elle fût condamnée à enlever à ses frais l'ensemble des travaux exécutés par elle sur le terrain, ainsi que les matériaux et le matériel demeurés sur place, et à leur rembourser le montant des acomptes déjà versés. Les premiers juges ont fait droit à tous ces chefs de demande et la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris. Saisie, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir ainsi statué. Selon la Haute Cour, « d'une part, les critiques formulées au pourvoi sont irrecevables, en tant qu'elles portent sur le prononcé de la résolution du contrat, ce chef du jugement n'ayant pas été soumis aux juges du second degré ; d'autre part, la Cour d'appel, répondant aux conclusions de dame La Selva, qui reconnaissait que la démolition des travaux « eût pu se justifier », dans la mesure où ces travaux eussent été inutilisables, a retenu, tant par motifs propres que par adoption de ceux du Tribunal, que le dosage de béton employé par l'entrepreneur était à ce point insuffisant qu'il compromettait la stabilité des fondations, et, partant, l'existence même de l'ouvrage, et que les travaux étant de si mauvaise qualité qu'ils ne procuraient aucun avantage aux époux Gloeckler, il convenait de procéder à leur enlèvement ». Alignant la résolution unilatérale sur la résolution judiciaire, nous pouvons estimer que la résolution unilatérale du contrat a un effet rétroactif lorsque les prestations effectuées n'ont procuré aucun avantage au créancier.

Ajoutons que dans le système de résolution judiciaire du contrat, si l'avantage attendu du contrat est indivisible, comme dans le cas où plusieurs objets sont vendus et où il est probable que l'acheteur n'en aurait pas voulu s'il n'avait pu les acheter ensemble ((41)), il convient d'anéantir rétroactivement le contrat même si les prestations prévues s'échelonnent dans le temps ((42)). En revanche, « dès lors que l'avantage recherché par les parties est parfaitement divisible, tant au regard de l'article 1218 que de l'article 1217 du Code civil, il convient d'admettre que jusqu'au fait d'inexécution la convention a produit son plein effet, qu'aucun des contractants n'a été lésé et, par conséquent, que rien ne justifie de revenir sur les effets passés » ((43)). Alignant le système de résolution unilatérale sur celui de résolution judiciaire, nous pouvons estimer que le contrat est rétroactivement anéanti lorsque l'avantage espéré du contrat par le créancier est indivisible.

18. Il résulte de l'ensemble des études réalisées que la résolution unilatérale du contrat est bel et bien admise par la Cour de cassation. Cependant, si la première chambre civile de la Haute Cour l'a admise très ouvertement, la troisième chambre civile de la même Cour ne l'a admise que de manière bien timide car son arrêt analysé ci-dessus n'a pas été publié dans le Bulletin civil. En vérité, l'effort de la première chambre civile est méritoire et il serait préférable que la troisième chambre civile et les autres chambres de la Cour de cassation s'alignent sur sa position en admettant plus ouvertement cette nouvelle forme de résolution du contrat.

Quant aux conditions d'admission, si la première chambre civile semble envisager d'établir un régime de la résolution unilatérale distinct de celui de la résolution judiciaire, la troisième chambre civile ne paraît pas suivre cette voie. Pour la troisième chambre civile, la gravité justifiant la rupture unilatérale est la même que pour la résolution judiciaire. Sur ce point, il est fort souhaitable que la première chambre civile et les autres chambres s'alignent sur la position de la

troisième chambre civile. Dans l'objectif de mieux protéger le débiteur et de mieux contrôler la régularité de la résolution unilatérale, il est envisageable que la Cour de cassation impose prochainement au créancier l'obligation de notification précisant les motifs de la rupture.

Enfin, sur les effets de la résolution régulièrement admise, la doctrine est divisée lorsqu'elle commente les arrêts de la première chambre civile. Pour une partie de la doctrine, la résolution n'a pas d'effet rétroactif, pour une autre un tel effet est possible. Cette controverse semble tranchée lorsque nous observons de près la position de la troisième chambre civile : l'effet rétroactif n'est pas exclu de ce mode de rupture. Pour savoir quand il y a effet rétroactif de la résolution, il convient d'y étendre la solution déjà établie dans le système de la résolution judiciaire : tout dépend des avantages que le contrat a procurés aux parties contractantes eu égard à leur attente légitime.