

## Sommaire

### 1. Les caractères actuels du droit des contrats

- A. - L'ordre public . . . . .
- B. - La standardisation des contrats . . . 6-8

### 2. La formation du contrat

- A. - Les éléments constitutifs du contrat . . . . . 8-13
- 1° Le consentement . . . . . 8-10
- 2° L'objet (...)
- 3° La cause . . . . . 11-13

- B. - Les sanctions des conditions de formation du contrat . . . . . 14-15

- 1° La mise en œuvre de la nullité . . . 14
- 2° Les effets de la nullité . . . . . 15

### 3. Les effets du contrat

- A. - La force obligatoire du contrat. . 17-18

- 1° Le contenu du contrat . . . . . 17
- 2° La durée d'exécution du contrat (...)
- 3° L'inexécution du contrat. . . . . 18

- B. - Le domaine des effets du contrat. . 19

- 1° L'opposabilité du contrat (...)
- 2° La relativité du lien obligatoire . . 19

## Droit des contrats

sous la direction de

**Jacques Ghestin**, professeur émérite de l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne  
avec

**Anne-Sophie Barthez**, professeur à l'université de Cergy Pontoise

**Paul Grosser**, professeur à la faculté de droit de l'université Paris XII

**Grégoire Loiseau**, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris I)

**Mustapha Mekki**, professeur à l'université Paris Nord (Paris XIII)

**Natacha Sauphanor-Brouillaud**, professeur à l'université de Versailles-Saint-Quentin

**Yves-Marie Serinet**, professeur à l'université Paris Sud 11

La chronique couvre la période du 1<sup>er</sup> août au 30 novembre 2011. Une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil porte sur un droit commun européen de la vente. La Cour de cassation et les textes européens ont précisé le champ d'application de la législation protectrice applicable aux contrats standardisés. Le 4 et le 20 octobre la chambre commerciale et la première chambre civile ont précisé les conditions de l'annulation pour erreur. La chambre commerciale, le 25 octobre, a retenu la validité d'une transaction en relevant que la contrepartie, fusse-t-elle indirecte, des concessions du demandeur en annulation avait été fournie à la société tierce, acquise par ce dernier.

La première chambre civile, le 4 novembre, a admis la validité d'un contrat de courtage matrimonial conclu par un homme en instance de divorce. Le même jour elle s'est prononcée sur l'application à des prêts entre particuliers de l'exception de jeu de l'article 1965 du Code civil. Deux arrêts de la chambre commerciale du 8 novembre et du 6 septembre traduisent la vigueur de la transmission universelle.

La troisième chambre civile a rendu plusieurs arrêts importants. Le 3 novembre elle a confirmé les conditions de la substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence au tiers acquéreur. Le même jour elle a admis la validité d'une clause de renonciation anticipée à la résolution du contrat. Le 21 septembre elle a déclaré relative la nullité pour vileté du prix. Deux arrêts des 23 et 30 novembre portent sur les restitutions après annulation d'un contrat. Le 19 octobre elle a fait application de la notion d'ensemble contractuel, pour ajouter aux qualifications originelles, celle de crédit-bail.

### 1. Les caractères actuels du droit des contrats

#### A. - L'ordre public

1 - La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (*Communiqué 11 oct. [ndlr : Étude G. Paisant à paraître]*). - La proposition de règlement, fondée sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vise à instaurer « un droit commun européen de la vente qu'il convient de considérer

comme un second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque État membre » (V. J.-S. Bergé, *Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?* in J.-S. Bergé, J.-P. Marguénaud, A. Tenebaum, *chron. Dr. européen des contrats (CEDH-UE) : RDC 2012-2, à paraître*), « qui peut être utilisé dans les transactions transfrontières en vertu d'une convention valable des parties » (*exposé des motifs, 3, Base juridique*). Il s'agit d'un texte qui sera directement applicable dans les États membres (art. 16) et d'harmonisation totale, mais dont l'appli-

cation facultative dépendra d'un accord effectif des parties, étant précisé que « dans les contrats entre professionnels et consommateurs, la convention d'application du droit commun européen de la vente n'est valable que si le consentement du consommateur est donné par une déclaration expresse distincte de celle exprimant son accord pour conclure un contrat » (art. 8).

2 - L'exposé des motifs rappelle la genèse de la proposition. En juillet 2010, la Commission européenne a proposé dans un « livre vert » diverses options en vue d'harmoniser le droit des contrats. La consultation publique a pris fin le 31 janvier 2011. Le 3 mai 2011, un groupe d'experts créé par la Commission a remis une étude de faisabilité sur le droit européen des contrats. Le 8 juin 2011, le Parlement européen en session plénière, sur l'avis favorable de sa Commission des affaires juridiques, a donné son soutien à un droit européen des contrats à caractère facultatif.

Finalement le champ d'application de la proposition de règlement a été limité à la vente et aux prestations de service accessoires de celle-ci. Cependant les 187 articles de la proposition de règlement, malgré la mention du vendeur et de l'acquéreur, gardent la marque de leur origine et expriment un véritable droit des contrats, dont la vente, selon une pratique séculaire, serait le modèle. C'est ainsi que les conditions requises pour la conclusion du contrat n'ont rien de spécifiques à la vente. Des dispositions propres à ce contrat spécial n'apparaissent qu'à partir de l'article 91 et à la détermination des obligations du vendeur (V. J. Huet et a., *Les contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, ss. dir. J. Ghestin : LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 11711). Sur le terrain spécifique de la vente, l'accent est fortement mis sur « la fourniture d'un contenu numérique », placée sur le même plan que la vente d'un bien en général.

3 - Cette harmonisation est motivée par les besoins du commerce entre les États membres, notamment électronique, qui seraient affectés par la diversité des droits applicables, spécialement par des coûts supplémentaires, ce qui est contesté et reste à démontrer (V. J. Huet, *op. cit.*, n° 11710). Elle vise également à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en élargissant leur choix ; mais il ne peut s'agir, comme d'habitude, que d'un niveau

moyen au regard des législations nationales qui, comme en France, semblent globalement plus protectrices. Elle vise également à aider les PME, ce qui conduit à permettre aux professionnels de choisir le droit européen lorsque l'un des contractants est une PME.

L'application du règlement étant facultative, les usagers trancheront. Il est probable qu'au cours d'une inévitable période de rodage jurisprudentiel les coûts de transaction ne seront pas diminués. À long terme, la situation peut évoluer plus favorablement, ce qui dépendra de l'aptitude du texte à réunir un consensus européen suffisant.

4 - L'exposé des motifs ne mentionne pas que les livres II (Contrat et autres actes juridiques) et III (Obligations et droits correspondants) du Projet de cadre commun de référence (DCFR) ont fourni environ la moitié du contenu de ce droit européen de la vente. Une simple comparaison de la version française avec la traduction du DCFR suffit à le montrer (J. Ghestin, *Traduction française des trois premiers livres du DCFR*, préf. C. Von Bar : RDC 2010, p. 213 et s). La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les directives européennes ont été les principales autres sources.

L'importance de la recherche comparative initiale (V. DCFR, Full Edition, Sellier, 2009, vol. I, livres I à III, 1010 pages, ss. dir. C. Von Bar et E. Clive) et la qualité des universitaires qui ont rédigé le DCFR autorisaient sans doute ce choix. Force est toutefois de constater que les solutions ont été largement conformes aux conceptions de l'Europe du Nord. En outre, le fond du droit a été influencé par la contrainte du vocabulaire utilisé, résultant de l'usage exclusif de l'anglais comme langue de travail. Un tel choix, sans doute nécessaire, n'a pas été sans conséquence (V. J. Ghestin, *L'élaboration du Cadre commun de référence : méthode et obstacles éventuels* : RDC 2009, p. 808 à 813), malgré la volonté déclarée de les corriger au stade des traductions ultérieures (C. Von Bar, *What legal policy for the Common Frame of Reference ?* : RDC 2009, p. 822 et s., spéc. n° 8 et 9). L'influence de la *Common Law* dans l'élaboration d'un droit commun, proposé à une Europe régie essentiellement par un droit civil continental, s'en trouve ainsi augmentée, à l'heure même où la Grande-Bretagne semble

prendre ses distances à l'égard de l'Union européenne.

5 - Quant au contenu, on se bornera à trois solutions qui intéressent des points sensibles de la réforme (en cours ?) du droit commun des contrats.

L'article 73 admet qu'à défaut de prix déterminé celui-ci « est, sauf indication contraire, celui normalement facturé dans des circonstances comparables au moment de la conclusion du contrat ou, à défaut d'un tel prix, un prix raisonnable ».

Un chapitre 8 traite longuement de l'éradication des « clauses contractuelles abusives » (art. 79 à 86), dont un article 86 étend l'application aux contrats entre professionnels si la clause n'a pas « fait l'objet d'une négociation individuelle » et si « son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté ».

Enfin, selon l'article 89, un « changement exceptionnel de circonstances » impose aux parties « d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin » et, à défaut d'accord, autorise un tribunal, y compris arbitral, à « mettre » le contrat « en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances » ou à « mettre fin au contrat à une date et selon des modalités que le tribunal fixera ».

JACQUES GHESTIN

## B. - La standardisation des contrats

6 - La Cour de cassation a été de nouveau amenée à préciser le champ d'application *ratione personæ* de la législation protectrice applicable au contrat standardisé que constitue le contrat de prestations de service tacitement reconductible. Elle avait déjà jugé que l'obligation d'information sur la faculté de ne pas reconduire ce type de contrat, qui est réservée selon l'article L. 136-1 du Code de la consommation « aux consommateurs et aux non-professionnels », devait être délivrée à un syndicat de copropriétaires. La solution se fondait sur le principe selon lequel « les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 juin 2011, n° 10-30.645 : *JurisData* n° 2011-012279 ; JCP G 2011, *doctr.* 1141, n° 3, nos obs. ; JCP G 2011,

note 1080, G. Paisant). Il en résultait que la personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle, telle qu'un syndicat de copropriétaires, pouvait être assimilée à un non-professionnel (V. nos obs. préc.). Cette interprétation se confirme à la lecture de deux arrêts de la chambre commerciale qui cassent pour violation par fausse application de l'article L. 136-1 deux décisions assimilant à un non-professionnel une SARL contractant en dehors de sa compétence (Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583 : JurisData n° 2011-018285 ; JCP G 2011, note 1203, G. Paisant. - Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.584, inédit). La Cour de cassation énonce que le texte « qui s'applique exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales ». On savait déjà qu'une société commerciale ne pouvait être assimilée à un consommateur, cette notion visant exclusivement les personnes physiques (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 : JurisData n° 2005-027573). On sait désormais qu'une société commerciale, même lorsqu'elle agit en dehors de sa spécialité, ne peut recevoir la qualification de non-professionnel. À cet égard, le raisonnement des juges du fond avait peu de chance de prospérer, la jurisprudence ayant depuis longtemps abandonné l'élargissement du bénéfice de la protection au professionnel « non compétent ». À ce critère subjectif, elle avait substitué un critère objectif. Elle étendait ainsi l'application des textes au professionnel ayant conclu un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité, sans distinguer suivant que la personne en cause était physique ou morale (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227). Le critère du rapport direct est cependant voué à disparaître lorsque celui qui s'en prévaut est une société commerciale et plus largement une personne morale exerçant une activité professionnelle. Si tant est qu'elle ne soit pas exclue *ratione personae* du bénéfice de la législation (V. en matière de démarchage, C. consom., art. L. 121-21), la personne morale n'étant ni un consommateur, ni un non-professionnel, il est vain de rechercher si elle a ou non contracté dans son domaine d'activité. En tout état de cause, le principe de spécialité des personnes morales rendait déjà illusoire l'applicabilité de la protection aux sociétés commerciales. Leur exclusion,

déjà affirmée (Cass. com., 10 mai 1994, n° 92-22.075 : JurisData n° 1994-001764. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 déc. 2008, n° 07-18.128 : JurisData n° 2008-046239 ; JCP E 2009, 1278, note G. Raymond), du droit de la consommation se justifie. Seuls les syndicats des copropriétaires, les associations dépourvues d'activité professionnelle, les fondations et les comités d'entreprise ont vocation à être protégés en qualité de « non-professionnels ».

7 - Cette catégorie de droit interne n'est pas menacée par la directive relative aux droits des consommateurs dont un texte provisoire avait été publié lors de la précédente livraison de cette chronique (JCP G 2011, doct. 1141). Elle a depuis été définitivement adoptée (PE et Cons. UE, dir. 2011/83/UE, 25 oct. 2011 : JOUE n° L 304, 22 nov. 2011, p. 64 ; V. supra JCP G 2012, doct., étude G. Paisant). La directive, qui concerne exclusivement les contrats à distance et hors établissement, même lorsqu'ils portent sur un contenu numérique (consid. 19), abroge les directives 85/577/CEE du 20 décembre 1985 et 97/7/CE du 20 mai 1997. Elle régit, par des dispositions d'harmonisation maximale, les obligations d'information (art. 6 à 8), le droit de rétractation (art. 9 à 16) ainsi que quelques « autres droits des consommateurs », notamment en matière de livraison et de transfert des risques (art. 17 à 22) dans les contrats relevant de son champ d'application. Seul l'article 5, d'harmonisation minimale, présente un domaine d'application plus large puisqu'il dresse la liste des informations précontractuelles qui devront être fournies au consommateur avant qu'il « ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre de même type ». Le bénéfice de l'ensemble de ces dispositions pourra donc être étendu à « des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des "consommateurs" » (consid. 13), parmi lesquels figurent les « non-professionnels ». Ces derniers bénéficient d'ores et déjà, aux côtés des consommateurs, d'un grand nombre de droits. Outre l'information sur la non-reconduction (V. supra), ils sont éligibles à la protection contre les clauses abusives. Ainsi, les syndicats de copropriétaires pourront-ils s'inspirer de la recommandation relative aux contrats de syndicats de copropriété (Recomm. n° 11-01, 15 sept. 2011 : BOCCRF à paraître) pour tenter, le

cas échéant, de faire juger non écrites des stipulations figurant dans ces contrats. La Commission recommande la suppression de 24 clauses qui sont soit abusives, en ce qu'elles déséquilibrent les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, soit présumées abusives puisqu'elles figurent dans la liste grise de l'article R. 132-2, soit illicites dès lors qu'elles sont répertoriées dans la liste noire de l'article R. 132-1.

NATACHA SAUPHANOR-BROUILLAUD

## 2. La formation du contrat

### A. - Les éléments constitutifs du contrat

#### 1° Le consentement

##### a) L'accord des volontés

8 - Le pacte de préférence. - Pour qui pensait que la position adoptée par la chambre mixte le 26 mai 2006 (n° 03-19.376, n° 03-19.495 : JurisData n° 2006-033690), rendant possible la substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence, était en trompe-l'œil, reposant sur une preuve inaccessible, l'arrêt rendu le 3 novembre 2011 apporte un double démenti (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.936 : JurisData n° 2011-023709).

D'une part, il reconnaît que les conditions requises étaient en l'espèce satisfaites en s'en remettant, comme de coutume, au pouvoir souverain des juges du fond. On a déjà suffisamment insisté sur les difficultés de preuve posées par la seconde de ces conditions, à savoir la connaissance que le tiers avait lorsqu'il a contracté de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. Mais on a aussi justement souligné que cette exigence se justifie, non pas en contemplation d'une simple faute du tiers qui a conclu le contrat malgré sa connaissance du pacte, mais en considération de la fraude aux droits du bénéficiaire du pacte, sciemment empêché d'en profiter, ce qui suppose que le tiers et le promettant aient été conscients de sa volonté de s'en prévaloir. Au cas présent, il a aidé pour estimer cette preuve rapportée que le promettant et le tiers acquéreur étaient deux sociétés représentées, lors des opérations litigieuses, par la même personne physique, de sorte

que ce qui était connu de l'un l'était nécessairement de l'autre

D'autre part, l'arrêt favorise la constatation des conditions de la substitution en approuvant la cour d'appel de les avoir appréciées à la date de la réitération de la vente par acte authentique quand celle-ci avait antérieurement donné lieu à la conclusion d'une promesse synallagmatique de vente. Le déroulement des faits doit être à ce sujet précisé. Une promesse synallagmatique de vente est conclue le 8 janvier relativement à un local à usage commercial sur lequel un bail commercial est consenti le 11 mars à effet au 1<sup>er</sup> janvier, stipulant un droit de préférence au profit du locataire. Avec raison, la troisième chambre civile estime que la promesse passée le 8 janvier ne pouvait priver d'effet le pacte de préférence des lors que le contrat de bail prenait effet au 1<sup>er</sup> janvier. L'anticipation de la prise d'effets du contrat donnait effectivement l'antériorité au pacte de préférence par rapport à la promesse de vente. Mais, à moins de céder à la fiction, il demeure que, lorsque les parties ont conclu la promesse de vente, elles ne pouvaient connaître le pacte qui a été stipulé dans un acte postérieur avec effet à une date antérieure. Pour apprécier si les conditions de la substitution étaient réunies, les juges n'ont donc pu se placer qu'à la date de la vente authentique, date à laquelle le tiers acquéreur avait contracté en connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Sous une apparente logique, la solution revient toutefois sur le sens d'un arrêt prescrivant que la connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir soit appréciée à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 25 mars 2009, n° 07-22 027 *JurisData* n° 2009 047548, *Bull. civ.* 2009, III, n° 68). C'est en effet à cette date que les parties doivent être considérées comme ayant contracté lorsqu'elles n'ont pas entendu faire de la réitération par acte authentique un élément constitutif de leur engagement. Faut-il des lors voir, dans le présent arrêt, un changement de ligne jurisprudentielle avec l'idée que, de la promesse ou de l'acte authentique, c'est l'acte frauduleux qu'il faut empêcher de produire ses effets ? Ou doit-on considérer qu'il s'agit d'une simple inflexion casuelle de la jurisprudence tenant à l'impossibilité

pour le tiers de connaître l'existence du pacte lors de la souscription de la promesse et à la conscience qu'il avait tout de même eue, en concluant l'acte authentique, d'empêcher le bénéficiaire de tirer avantage de son droit de priorité ? C'est en tout cas une jurisprudence plus douce qui rassurera les partisans de la substitution.

GRÉGOIRE LOISEAU

### b) La protection du consentement

**9 - L'erreur sur la rentabilité économique de l'opération.** - Alors que dans un arrêt remarqué (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 31 mars 2005, n° 03 20 096 *JurisData* n° 2005-027809, *Bull. civ.* 2005, III, n° 81), la troisième chambre civile avait jugé que « l'appréciation erronée de la rentabilité économique de l'opération n'était pas constitutive d'une erreur sur la substance de nature à vicier le consentement », la chambre commerciale, à propos d'un contrat de franchise, vient de censurer au visa de l'article 1110 du Code civil une décision qui avait écarté la nullité « après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchise s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchiseur avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise » (*Cass. com.*, 4 oct. 2011, n° 10-20.956 *JurisData* n° 2011-021604, *JCP G* 2012, note J. Ghestin à paraître).

**10 - Authenticité, transformation et volonté d'acquérir un meuble d'époque.** - L'affaire désormais fameuse de la comode Boule achetée aux enchères par les consorts Pinault a trouvé son dénouement (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 20 oct. 2011, n° 10-25.980 *JurisData* n° 2011-022298, *JCP G* 2011, note 1350, Y.-M. Serinet). La Cour de cassation, appelée une seconde fois à statuer, se range cette fois à la manière de voir de la cour d'appel de Paris qui avait refusé l'annulation, « après avoir constaté que l'installation de la marqueterie incontestée Boule sur ce meuble d'époque Louis XVI et l'estampille C I B .. constituaient son originalité », en jugeant « que les époux Z s'en étaient portés acquéreurs en considération de ces éléments, comme de la pro-

venance du meuble issu de la collection Salomon de Rothschild »

YVES MARIE SERINET

### 2° L'objet

( )

### 3° La cause

#### a) L'absence de cause

**11 - Validité d'une transaction dont les concessions réciproques étaient suffisantes, fussent-elles indirectes, ayant été fournies à la société tierce, acquise du défendeur par le demandeur en annulation.** - La chambre commerciale, le 25 octobre 2011 (n° 10-23.538 *JurisData* n° 2011-023399) a situé la sanction de l'absence de concessions réciproques dans la transaction, non pas sur le terrain de la seule qualification de celle-ci, mais expressément sur celui de « la validité de la transaction ». Elle a ainsi adopté la solution admise depuis longtemps par la chambre sociale (V. Ch. Boillot, *La transaction et le juge* - PU Clermont-Ferrand, 2003, préf. P. Le Cannu, n° 846, p. 439) et retenue par la première chambre civile dans deux arrêts du 3 mai 2000 (n° 98-12 819 *JurisData* n° 2000-001686, *Bull. civ.* 2000, I, n° 130) et du 9 juillet 2003 (n° 01-11 963 *JurisData* n° 2003-019815, *Bull. civ.* 2003, I, n° 174 - V. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat* - LGDJ, 2006, n° 607 et s., p. 389 et s., spéc. n° 614 et s., sur la portée de ces deux arrêts et sur la controverse quant à la disqualification ou l'annulation du contrat, comme sanction de l'absence de concessions réciproques).

La chambre commerciale ne se prononce pas sur le fondement d'une annulation qu'elle écarte en l'espèce. Elle aurait pu cependant faire application de la nullité pour absence de cause, autrement dit pour absence de la contrepartie convenue. Elle fonde expressément, en effet, le rejet du pourvoi sur la constatation que « la renonciation par la société Effikassocies à la garantie d'actif et de passif consentie par M. X n'était pas dénuée de contrepartie » en raison des « concessions financières significatives consenties directement par M. X », qui « profitaient directement à la société Ateliers herbe mais également et nécessairement à la société Effikassocies puisqu'elle était cessionnaire de la totalité des actions

composant le capital social de la société Ateliers herbe ». Elle en déduit l'existence de « concessions réciproques, fussent-elles indirectes, fondant la validité de la transaction ». La jurisprudence, qui écarte la nullité pour absence de cause dans des espèces très voisines, lorsque la contrepartie convenue existe au profit d'une société tierce à laquelle les intérêts du demandeur en annulation sont étroitement liés, aurait pu ainsi être appliquée, au moins par analogie (V. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 359 et s., p. 238 et s. - spéc., pour « la cession de droits sociaux d'entreprises en difficulté », *Cass. com.*, 22 févr. 1983, n° 81-15.432 : *Bull. civ.* 1983, IV, n° 72. - *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 12 déc. 1984, n° 83-13.350, cité in J. Ghestin, *op. cit.*, n° 363. - et pour « la cession d'un terrain indivisible d'une cession d'entreprise en difficulté », *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 3 mars 1993, n° 91-15.613 : *JurisData* n° 1993-000443 ; *Bull. civ.* 1993, III, n° 28, où « le bénéficiaire immédiat de la prise en charge du passif n'est pas la personne physique qui cède les actions, mais la personne morale de la société »).

JACQUES GHESTIN

## b) La cause illicite

**12 - Un contrat de courtage matrimonial peut être valablement conclu par une personne mariée** (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *JurisData* n° 2011-024371 ; *JCP G* 2012, note 9, D. Bakouche). - Un contrat de courtage avait été conclu le 10 mai 2007 par un homme qui était encore marié. Il avait coché sur le contrat de courtage la case de divorcé. En effet, bien qu'une ordonnance constatant la non-conciliation ait été rendue le 24 avril 2007, son divorce n'a été prononcé que le 22 avril 2008. La cour d'appel a annulé le contrat et condamné le contractant au paiement de dommages et intérêts aux motifs que ce contrat était pourvu d'une cause immorale - contrariété avec les bonnes mœurs - et illicite - violation de l'ordre public de protection - « un homme encore marié ne pouvant légitimement convoler en une nouvelle union ». Sur pourvoi de l'ex-époux, l'arrêt est cassé pour violation de la loi, au visa de l'article 1133 du Code civil, aux motifs que « le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre

public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée ».

Cet arrêt se situe, *a priori*, à contre-courant d'une série de décisions rendues par les juges du fond prononçant, dans les mêmes conditions, la nullité de ce type de contrat pour cause illicite ou pour cause immorale (*CA Dijon, 1<sup>re</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect.*, 22 mars 1996 : *JurisData* n° 1996-042020 ; *RTD civ.* 1996, p. 880, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1997, p. 115, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1997, II, 22774, note M. Douchy. - *CA Paris, 1<sup>er</sup> déc.* 1999 : *D.* 2000, p. 415, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2000, p. 296, obs. J. Hauser). Cette solution apparaît comme une illustration supplémentaire du déclin des bonnes mœurs (D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique !*, in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala* : LexisNexis, 2001, p. 487) se situant dans la continuité des arrêts rendus en matière de libéralités (*Cass. ass. plén.*, 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *JurisData* n° 2004-025408 ; *Bull. civ.* 2004, ass. plén., n° 12 ; *JCP G* 2005, II, 10011, note F. Chabas). Dès lors que le mari n'a pas encore entretenu une relation adultère mais envisage de le faire, il n'y a pas lieu de le sanctionner. D'aucuns pourraient considérer qu'il n'en est pas moins question d'une infidélité intellectuelle (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 04-13.745 : *JurisData* n° 2005-028425 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 213 ; *Dr. famille* 2005, comm. 185, note V. Larribau-Terneyre) constituant par ailleurs un manquement au devoir de respect de l'article 212 du Code civil. Tel n'a pas été le raisonnement de la Cour de cassation.

L'arrêt aurait pu également se fonder sur la situation qui existait au jour où le juge a statué. Si la non-contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs s'apprécie au jour de la formation du contrat, alors la nullité aurait pu être justifiée (V. en ce sens, *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 10 févr. 1998, n° 96-15.275 : *D.* 2000, p. 442, note L. Gannagé). En revanche, en appréciant la validité du contrat au jour où le juge statue, l'arrêt aurait pris une autre dimension. Il aurait fait prévaloir, à l'instar du droit international privé, le principe d'actualité de l'ordre public (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 23 nov. 1976, *Marret* : *Grands arrêts DIP*, 3<sup>e</sup> éd., n° 57. - H. Batiiffol et P. Lagarde, *Droit international privé* : LGDJ, 1993, n° 364, p. 585). La licéité et la moralité du contrat seraient ainsi appréciées au jour où le juge statue. Cette appréciation aurait été d'autant plus fondée en l'espèce que le futur ex-

époux était en instance de divorce et que l'ordonnance de non-conciliation avait été rendue avant la signature du contrat litigieux. Quel intérêt social (bonnes mœurs) ou intérêt particulier (ordre public de protection) protège-t-on si le contrat ne produit plus d'effets illicites au moment où le juge statue ? Les juges distinguent alors le contrat de ses effets, la formation de sa réalisation. Ce principe d'actualité s'impose d'autant plus lorsqu'il est question des bonnes mœurs qui sont déterminées par le juge au jour où il statue. Or, en l'espèce, au jour de sa décision le contractant était divorcé et pouvait légitimement envisager une relation « hors mariage ».

En définitive la Cour de cassation s'est livrée à une appréciation plus objective de la cause immorale et illicite privilégiant l'acte sur les intentions. Elle aurait pu également transposer au droit civil le principe d'actualité de l'ordre public bien connu du droit international privé.

MUSTAPHA MEKKI

**13 - L'exception de jeu de l'article 1965 du Code civil peut être efficacement opposée** dès lors que, pour des prêts entre particuliers, il est établi, à partir de simples présomptions, que le prêteur « ne pouvait prétendre avoir ignoré la destination des sommes litigieuses », ce qui est un élément constitutif de l'illicéité (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 4 nov. 2011, n° 10-24.007 : *JurisData* n° 2011-024372. - V. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat, préc.*, n° 1260, p. 821-822).

JACQUES GHESTIN

## B. - Les sanctions des conditions de formation du contrat

### 1° La mise en œuvre de la nullité

**14 - Prescription de l'action en nullité pour vileté du prix.** - On signalera, pour mémoire, cette décision importante et déjà commentée (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *JurisData* n° 2011-019517 ; *JCP G* 2011, note 1276, J. Ghestin) dans laquelle la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir « retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui rele-

vait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil ».

## 2° Les effets de la nullité

15 - **Effet rétroactif et droit aux restitutions.** - La troisième chambre civile vient de rendre un important arrêt relatif à la nullité de la stipulation d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants (*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 nov. 2011, n° 10-23.928 : JurisData n° 2011-025888*). Après avoir rappelé, au visa de l'article 1304 du Code civil que « la nullité emporte l'effacement rétroactif du contrat et a pour effet de remettre les parties dans la situation initiale », elle a en effet censuré une décision qui avait jugé que l'effectivité de la sanction de la nullité absolue affectant la clause litigieuse et l'adhésion elle-même, interdisait à l'association de prétendre à une restitution en équivalent des prestations dont l'associé aurait bénéficié de sa part alors que « l'annulation à raison de l'atteinte à la liberté fondamentale de ne pas s'associer ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques que peut impliquer l'annulation d'un contrat exécuté ».

Un rapprochement s'impose de toute évidence avec la décision très remarquée rendue par la Cour de cassation dans l'affaire *Val d'Europe Eurodisneyland Paris* (*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mai 2010, n° 09-65.045 : JurisData n° 2010-006588 ; Bull. civ. 2010, I, n° 118 ; JCP G 2010, doctr. 983, n° 1, obs. M. Mekki ; JCP G 2010, note 925, F. Planckeel*). On se souvient qu'à l'époque la cassation, prononcée au visa des articles 6, § 1, 11 et 13 de la Convention EDH, avait frappé un arrêt qui « après avoir constaté la nullité de plein droit de la clause du bail et de la clause des statuts de l'association faisant obligation au preneur d'adhérer et de maintenir son adhésion à cette association jusqu'au terme du bail », avait cependant condamné le preneur à payer à l'association toutes les cotisations, passées et à venir, mais cette fois « sur le seul fondement de l'article 1371 du Code civil et des principes qui gouvernent l'enrichissement sans cause ». La première chambre civile avait considéré que les juges du fond violaient les textes conventionnels puisque leur décision aboutissait « à une reconnaissance théorique, dénuée de toute effectivité, de la liberté du preneur de ne pas

adhérer à l'association ». Par la voie plus radicale des droits et libertés fondamentaux, on parvenait ainsi à des résultats voisins de ceux que la théorie des nullités aurait consacrés. Lorsqu'une clause contractuelle est déclarée nulle, elle ne peut plus en effet être exécutée pour l'avenir et l'action *de in rem verso* n'a aucune vocation subsidiaire à la supplanter sauf à priver l'annulation de toute portée.

L'arrêt ici rapporté s'intéresse à la liquidation de la période antérieure au jugement d'annulation. Si l'association ne saurait prétendre conserver une somme équivalente aux cotisations versées qu'il lui appartient de restituer à l'adhérent, elle peut en revanche réclamer compensation pour les services fournis au preneur avant l'annulation. L'atteinte à une liberté fondamentale ne permet pas, en soi, la paralysie des restitutions par l'adage *nemo auditur...* et la prestation fournie doit donner lieu à restitution pour sa valeur objective.

16 - **Modalités de calcul de la restitution en valeur d'une prestation.** - Le principe en étant aujourd'hui acquis, la question de la méthode d'évaluation des restitutions en valeur, bien qu'elle soit au cœur des difficultés pratiques que suscite le retour au *statu quo ante*, donne rarement lieu à des mises au point jurisprudentielles. Aussi prendra-t-on soin de tirer les enseignements d'un arrêt récemment rendu par la troisième chambre civile en matière de sous-traitance (*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 nov. 2011, n° 10-27.021 : JurisData n° 2011-026722*). La nullité relative du sous-traité fondée sur la non-fourniture, par l'entrepreneur, des garanties qu'exige l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, présente souvent pour le sous-traitant un intérêt tactique et économique puisqu'elle l'autorise à ne pas poursuivre l'exécution d'un contrat nul et à solliciter le paiement de la contre-valeur des travaux qu'il a réalisés (*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 nov. 2009, n° 08-19.355 : JurisData n° 2009-050352 ; Bull. civ. 2009, III, n° 252*). Une jurisprudence constante de la Cour de cassation décide alors que « si, en raison de la nature des obligations il est (...) impossible » aux parties « de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations de chacune d'elles et de l'avantage que l'autre en a retiré » (*Cass. soc., 8 avr. 1957 : D. 1958, jurispr. p. 221, note Ph. Malaurie. - Cass. soc., 3 oct. 1980 : D. 1982, jurispr. p.*

68, note E. Agostini. - *Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1987 : Bull. civ. 1987, I, n° 326 et 327*).

Mais comment apprécier la valeur objective de la prestation de service fournie ? Si la tentation est grande de se référer au contrat (*Cass. soc., 7 nov. 1995 : Bull. civ. 1995, V, n° 292 ; JCP G 1996, II, 22626, note B. Petit et M. Picq*) pour quantifier la restitution due au prestataire de services (*M. Malaurie, Les restitutions en droit civil, thèse Paris II, préf. G. Cornu : Cujas, 1991, p. 66*) cet élément d'appréciation ne devrait pas s'imposer au juge (*C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilités, thèse Paris I, préf. J. Ghestin : LGDJ, 1992, n° 831*). En pratique, l'évaluation des peines et charges directement liées à l'exécution du contrat annulé imposera une expertise (*Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations : Defrénois, 2011, 5<sup>e</sup> éd., n° 726, note 50*). C'est ce qui était advenu dans la présente espèce où une cour d'appel, après avoir annulé des contrats de sous-traitance portant sur des travaux d'installation thermique et de création d'un réseau de circulation de produits dans des laboratoires pharmaceutiques, avait ordonné une expertise à l'effet de procéder à « une estimation du juste coût de l'ensemble des travaux exécutés » par le sous-traitant « sans égard pour les prix convenus par les parties ». La Cour de cassation rejette le pourvoi qui faisait grief aux juges du fond de s'être fondés, pour écarter ses demandes de restitution, sur les résultats de l'expertise qui prenait en compte la valeur de l'ouvrage réalisé par le sous-traitant au lieu de le tenir quitte des sommes qu'il avait réellement déboursées. Elle retient que « la cour d'appel, qui a exactement retenu que la [demanderesse] ne pouvait prétendre que sa créance devait être déterminée par référence à ses dépenses réelles telles qu'elles ressortaient de sa seule comptabilité analytique et qui n'a pas procédé à une évaluation purement théorique ni donné effet au contrat de sous-traitance déclaré nul, a pu considérer que le travail de l'expert était susceptible de servir de base à la détermination du juste prix des prestations fournies pour le marché Parke Davis Climatisation et a, en l'absence de preuve par la société Bocard d'un prix distinct de celui réglé au titre du marché Parke Davis Process, souverainement apprécié le montant représentant le juste coût des travaux exécutés par [le sous-traitant] ». Rendu sur le terrain probatoire,

l'arrêt n'en est pas moins instructif d'autant qu'en l'occurrence l'expert avait procédé à une estimation précise et décomposée de la somme due au titre du chantier.

YVES-MARIE SERINET

### 3. Les effets du contrat

#### A. - La force obligatoire du contrat

##### 1° Le contenu du contrat

17 - Un ensemble contractuel « contractualisé ». - Si la reconnaissance d'un ensemble contractuel a pour fonction première de faire gagner en cohérence les régimes applicables aux contrats qui le composent, la Cour de cassation vient de lui faire jouer un rôle un peu moins connu (*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 oct. 2011, n° 10-13.651 : JurisData n° 2011-022315*). En l'espèce, un contrat de bail avait été offert à une société qui, un an plus tard, s'était également vu consentir sur ces mêmes locaux une promesse unilatérale de vente. Or, l'acte authentique qui contenait ladite promesse comprenait également le dépôt, aux fins de publication, du contrat de bail, offrait à son bénéficiaire la possibilité de se substituer un tiers à condition qu'il respecte les termes de la promesse et du bail, soulignait que le prix de vente devait tenir compte des loyers déjà acquittés et, enfin, stipulait que bail et promesse étaient indissociables. La Cour de cassation en déduit que l'acte « présentait les traits essentiels d'un contrat de crédit-bail immobilier ». La décision retient l'attention à un double titre. D'une part, la Cour de cassation fait du bail, de la promesse et de leur indivisibilité « les traits essentiels » du crédit-bail. Peu importe que bail et promesse n'aient pas été conclus simultanément et que le bien n'ait donc pas été loué pour permettre ensuite sa vente. L'indivisibilité est suffisamment rapportée par d'autres éléments de fait. D'autre part, la Cour de cassation ne substitue pas une qualification unique à deux qualifications originelles (V. par ex. *Cass. com., 29 nov. 1971 : Bull. civ. 1971, IV, n° 286 : requalification de plusieurs cessions d'actions en une vente unique de fonds de commerce*). Elle ajoute une qualification nouvelle aux qualifications originelles afin, en quelque sorte, de contractualiser l'ensemble contractuel et

de le soumettre au régime du crédit-bail (*C. monét. et fin., art. L. 313-7 et s.*).

ANNE-SOPHIE BARTHEZ

##### 2° La durée d'exécution du contrat

##### 3° L'inexécution du contrat

18 - Clause de renonciation anticipée à la résolution. - Dans une très importante décision, relative à une clause de renonciation d'un vendeur à demander la résolution de la vente d'un immeuble pour défaut de paiement du prix (V. M. Dagot, *La renonciation anticipée à l'action résolutoire de la vente d'immeuble : JCP N 1986, I, p. 361*, soulignant que, en pratique, le vendeur renonce à l'action résolutoire, soit en faveur d'un créancier hypothécaire, soit au profit de l'acquéreur qui s'engage généralement à fournir alors une autre garantie de paiement, et notamment un cautionnement), la troisième chambre civile de la Cour de cassation vient d'affirmer « qu'ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du Code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande (de résolution) était irrecevable » (*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 nov. 2011, n° 10-26.203 : JurisData n° 2011-023715 ; JCP G 2011, act. 1272, obs. C. Delobel ; JCP G 2012, note à paraître Ph. Stoffel-Munck*).

La question de la validité d'une clause de renonciation anticipée à la résolution a toujours été discutée en doctrine et n'avait, jusqu'à présent, jamais été aussi clairement tranchée par la Cour de cassation (V. P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, th. Paris I, dactyl., n° 499 et s.*). La thèse de la licéité des clauses excluant pour l'un des contractants le droit d'agir en résolution a été logiquement défendue par les anciens auteurs qui, à l'instar des rédacteurs du Code civil, voyaient dans la résolution de l'article 1184 du Code civil l'application d'une condition résolutoire sous-entendue. En approuvant la cour d'appel d'avoir affirmé que l'article 1184 n'était pas d'ordre public, la troisième chambre civile semble faire un clin d'œil aux grands auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle.

L'argument nous semble cependant un peu court. En effet, il était jusqu'à présent invoqué en doctrine et en jurisprudence pour justifier la validité et l'efficacité des clauses résolutoires. L'absence de caractère d'ordre public concernait donc le caractère judiciaire de la résolution et non la résolution elle-même, ce qui n'est pas exactement la même chose. Une partie importante de la doctrine contemporaine considère au contraire qu'une renonciation anticipée à la résolution ne saurait être admise, au moins lorsque le créancier ne disposerait d'aucune autre solution pour sanctionner le débiteur défaillant, au motif qu'elle « priverait le contrat de sa fonction d'échange » (J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *M. Billiau, Les effets du contrat, n° 451*. - V. surtout, Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, th. Aix-Marseille III, 1981, n° 169 et s., spéc. n° 172 ; JCP G 1985, II, 20407, note Ph. Delebecque*). Il se peut ainsi que le créancier ne puisse pas exercer efficacement son droit de demander l'exécution forcée du contrat : soit parce que le débiteur, tenu d'une obligation de somme d'argent, est insolvable ; soit parce que l'exécution de son obligation en nature se heurte à une impossibilité matérielle, juridique ou morale ; soit, tout simplement parce qu'une telle exécution a perdu tout intérêt pour le créancier (hypothèse du retard, notamment). Certes, soulignent les auteurs favorables à la validité d'une renonciation anticipée à la résolution, il reste la possibilité pour le créancier d'obtenir des dommages-intérêts (V. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel : PUAM, 1996, n° 313*). Il nous semble cependant que cet argument ne peut être admis dès lors que l'on considère que ces dommages-intérêts ont une fonction de réparation du préjudice causé par l'inexécution et non l'exécution par équivalent du contrat. En effet, le contrat demeure alors bien sans « sanction » puisque ni l'exécution forcée (on suppose par exemple que celle-ci est impossible) ni la résolution ne pourront être obtenues par le contractant qui n'a pas reçu la prestation attendue, contractant qui resterait quant à lui tenu d'exécuter ses obligations et se retrouverait ainsi prisonnier d'un contrat qui aurait perdu tout caractère synallagmatique.

La Cour de cassation a cependant jugé que la clause d'un contrat stipulant que le débiteur s'engageait à exécuter ses obligations sous peine de dommages-intérêts, et donc

qui laissait subsister la responsabilité du débiteur, « constituait une renonciation valable au bénéfice de l'action résolutoire prévue par l'article 1184 du Code civil » (*Cass. com.*, 20 févr. 1952 : *Bull. civ.* 1952, III, n° 85. - *Cass. com.*, 14 mars 1950 : *Bull. civ.* 1950, II, n° 104). C'est donc plutôt le principe de la licéité d'une renonciation anticipée à la résolution qui semblait prévaloir en jurisprudence (V. également, *Cass. com.*, 2 déc. 1974, n° 73-12.843 : *Bull. civ.* 1974, IV, n° 306. - En revanche, un arrêt souvent cité en ce sens ne nous semble pas significatif car le contrat contenait une clause de résiliation unilatérale : *Cass. com.*, 7 mars 1984 : *Bull. civ.* 1984, IV, n° 93), excepté en droit des sociétés où la Cour de cassation a affirmé que le droit de tout associé de demander la dissolution judiciaire de la société pour mésentente (*C. civ.*, art. 1844-7) était un droit d'ordre public auquel aucune convention ne pouvait faire obstacle (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 18 juill. 1995, n° 95-11.410 : *Bull. civ.* 1995, I, n° 328). Avec l'arrêt commenté, le doute n'est plus permis : « un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat » (comp., *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 29 nov. 2011, n° 10-21.759, inédit).

Nous voudrions cependant souligner, en quelques lignes, les nombreuses questions que soulève cette affirmation de la Cour de cassation. Tout d'abord, la clause de renonciation ferme-t-elle aussi la voie de la résolution unilatérale pour manquements ou comportement graves ? Ensuite, une telle clause, même « rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane » (à la lecture de la clause, il n'est pas certain que celle-ci mérite ces qualificatifs...) est-elle vraiment valable lorsque le débiteur est un professionnel (V. *C. consom.*, art. R. 132-1, 7°) ? Enfin, à l'instar des clauses limitatives ou exonératoires des responsabilités, la clause de renonciation ne serait-elle pas privée d'effet dans certaines circonstances ? Dans son pourvoi, le vendeur invoquait ainsi le caractère essentiel de l'obligation inexécutée et la mauvaise foi de l'acheteur. Sur la notion d'obligation essentielle, la Cour de cassation se contente d'affirmer que le moyen n'est pas fondé, alors pourtant que cette notion, abstraction faite de ses incertitudes, paraît plutôt bien adaptée à la clause de renonciation qui pourrait être analysée comme une forme de clause allégeant les obligations ou de non-obligation

(V. l'article R. 132-1 7°, préc., qui vise bien les obligations essentielles du professionnel même s'il n'utilise pas ce qualificatif). Quant à la mauvaise foi du débiteur se prévalant de la clause de renonciation, la question reste ouverte car le vendeur ne l'avait pas invoquée devant les juges du fond. De fait, s'agissant d'un moyen nouveau, il a été jugé irrecevable car mélangé de fait et de droit. Au-delà de la mauvaise foi contraire aux exigences de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, limite bien connue à l'efficacité des clauses résolutoires (lorsqu'elle émane du créancier), il nous semble que la faute dolosive du débiteur (inexécution volontaire) devrait toujours le priver de la faculté d'invoquer la clause de renonciation. Quant à la faute lourde, la question mérite d'être posée.

PAUL GROSSER

## B. - Le domaine des effets du contrat

### 1° L'opposabilité du contrat

### 2° La relativité du lien obligatoire

19 - De la vigueur de la transmission universelle. - Qu'elle soit successorale ou consécutive à une opération de restructuration de société, la transmission universelle est à la fois générale et automatique : un ensemble d'éléments actifs et passifs est transmis à un ayant cause qui se trouve de plein droit substitué dans les droits et obligations de son auteur (et, notamment, dans les actions en justice que son auteur avait préalablement engagées - solution récemment rappelée par *Cass. com.*, 8 nov. 2011, n° 10-24.593, inédit).

Pour vigoureuse qu'elle soit, la transmission universelle est cependant tenue en échec lorsqu'un contrat est par nature teinté d'*intuitus personae*, légalement exclu des conventions librement cessibles ou comprend une clause restrictive ou prohibitive de circulation. Pour cette dernière raison et faute d'accord du bailleur, la Cour de cassation vient de refuser la transmission universelle d'un contrat de crédit-bail qui prévoyait que le locataire ne pouvait « céder son droit de location sans l'accord préalable et écrit du bailleur » (*Cass. com.*, 6 sept. 2011, n° 10-21.079, inédit). Cette primauté de la volonté des parties sur

l'automatisme de la transmission universelle est bien naturelle. Car, outre l'article 1134 du Code civil que la Cour de cassation prend soin de viser pour la faire triompher, l'article 1122 du même code dispose également que l'on « stipule » pour ses héritiers et ayants cause « à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Toutefois, et parce qu'elle tient lieu d'exception, cette mise en échec de la transmission universelle ne peut être que strictement admise. On regrettera alors que, pour la Cour de cassation, la « cession » visée par la clause recouvre l'hypothèse, bien plus énergique pourtant, de la transmission universelle du patrimoine.

Sans illustrer à proprement parler une limite à la transmission universelle, une dernière décision mérite cependant que l'on s'y arrête. En l'espèce, un droit d'usage avait été concédé sur des parcelles de terre dont la propriété avait ensuite été acquise par la fille de l'usager. Vingt ans plus tard, et au mépris de l'article 631 du Code civil qui le lui interdisait, l'usager consentit un bail rural sur ces terres. À son décès, la propriétaire des terres devint son héritière et se vit alors opposer par le preneur le contrat de bail conclu par le père usager. Aussi revenait-il à la Cour de cassation de trancher entre deux textes qui menaçaient l'héritière de schizophrénie : d'un côté, l'article 1122 du Code civil qui énonce que l'on stipule pour soi et ses héritiers et substitue donc l'héritière dans le bail conclu par son père et, de l'autre, l'article 631 du même code qui dispose que l'usager ne peut louer son droit à un autre et autorise ainsi l'héritière, par ailleurs propriétaire des terres louées, à réclamer la nullité du bail. Rendu sous le visa du second, la Cour de cassation décide à juste titre que « Mme X était recevable, quand bien même elle aurait accepté la succession de son père, à poursuivre, sans que les dispositions de l'article 1122 du Code civil y fassent obstacle, la nullité d'un bail consenti par le titulaire d'un droit d'usage en dépassement de ses droits » (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 9 nov. 2011, n° 10-18.473 : *JurisData* n° 2011-024519). En effet, on voit mal pourquoi, en l'absence de confusion, la transmission du patrimoine du défunt éteindrait l'action en justice qui appartenait à son héritière et permettrait indéfiniment le maintien d'un contrat entaché de nullité.

ANNE-SOPHIE BARTHEZ