

**UNIVERSITE DE MONTPELLIER**

**FACULTE DE DROIT**

*Droit Civil*  
*Licence 3<sup>ème</sup> Année*  
*Semestre 5*

**SEANCES 1 À 10.**

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

**Amélie Thouément**, *ATER à la*  
*Faculté de droit de Montpellier.*

**- 2017-2018 -**

Droit civil – Troisième année – Pr. D. Mainguy  
Droit civil – Troisième année – Pr. D. Mainguy  
Droit des contrats spéciaux

## **AVANT-PROPOS SUR L'AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS SPECIAUX**

**NB : Le texte intégral de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux est consultable en ligne sur le site de l'Association Henri Capitant (<http://www.henricapitant.org/>) ainsi que sur le blog du Professeur Daniel Mainguy (<http://www.daniel-mainguy.fr/>)**

**Voir plus précisément : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux-26juin2017.pdf>**

**Recueil Dalloz 2017 p.1660**

**Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux**

**Association Henri Capitant**

L'Association Henri Capitant a remis à la Chancellerie, le 26 juin 2017, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux qui s'inscrit dans l'entreprise de rénovation du droit privé français que celle-ci conduit de longue date. Cet avant-projet, ainsi que son exposé des motifs, sont librement consultables sur le site de l'Association ([www.henricapitant.org](http://www.henricapitant.org)). La prochaine Journée nationale de l'Association, qui se tiendra le 17 novembre prochain à l'Université Grenoble Alpes, sera consacrée à l'étude de cet avant-projet. D'ici là, toutes personnes intéressées sont invitées à adresser leurs remarques sur les textes ([contact@henricapitant.org](mailto:contact@henricapitant.org)), lesquelles seront restituées et discutées à l'occasion de la Journée nationale de l'Association.

Après avoir initié la réforme du droit des sûretés de 2006 et suscité d'importantes évolutions du droit positif par suite de ses travaux relatifs au droit des biens présentés en 2009, l'Association Henri Capitant a estimé impérieuse une réforme du droit des contrats spéciaux, et ce, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le code est demeuré pour une très large part inchangé, alors que des évolutions d'origine jurisprudentielle se sont produites. Le code civil n'est donc plus l'écrin du droit des contrats spéciaux, ce qui, dans un système de droit codifié, comme le droit français, est pour le moins incongru. Partant, il a perdu de son accessibilité et de son intelligibilité.

En deuxième lieu, la hiérarchie des contrats spéciaux telle qu'elle résulte du code de 1804 a depuis été bouleversée. Ainsi, de nombreux contrats perçus jadis comme de « petits » contrats, en ce qu'ils étaient le plus souvent gratuits, sont devenus de « grands » contrats en se professionnalisant (le dépôt et le mandat, par exemple). L'importance économique acquise par ces derniers doit donc être reflétée dans un code rénové.

En troisième lieu, des contrats très spéciaux ont proliféré (la vente immobilière, les baux spéciaux, les crédits consentis à des non-professionnels, etc.), de sorte que le droit des contrats spéciaux constitue aujourd'hui un corps de règles intermédiaires entre les règles communes à tous les contrats et les règles propres aux contrats les plus spéciaux.

En dernier lieu, le droit commun des contrats sur lequel s'appuyaient les règles applicables aux contrats spéciaux a fait l'objet d'une réforme profonde par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, laquelle répondait déjà à un objectif d'accessibilité et d'attractivité du droit français. Il est donc nécessaire d'adapter les règles applicables à ces derniers. L'attractivité des transferts de richesses et des prestations de services relevant du droit français passe par l'élaboration de règles modernes et attractives spécifiques aux contrats spéciaux, de nature à promouvoir des solutions ouvertes sur les pratiques contractuelles.

Actualisation de l'architecture contractuelle, accessibilité des qualifications des types de contrats, attractivité des régimes, sont autant de raisons militent pour une réforme faisant oeuvre de codification, d'adaptation, de rénovation et de conciliation.

Il est, en effet, regrettable que le siège du droit vivant des contrats spéciaux ne réside plus dans le code civil alors même que ces derniers sont essentiels au développement et à la sécurisation des échanges économiques et donc à la croissance elle-même.

En droit positif, le nombre de contrats spéciaux est très important et l'Association Henri Capitant ne s'est intéressée qu'aux principaux d'entre eux et qu'à ceux qui font l'objet d'une réglementation dans le code civil. Aujourd'hui, le code civil envisage les contrats suivants : le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux (titre V), la vente (titre VI), l'échange (titre VII), le louage des choses, d'ouvrage et d'industrie (titre VIII), le contrat de promotion immobilière (titre VIII *bis*), le contrat de société (titre IX), les conventions relatives à l'exercice des droits indivis (titre IX *bis*), le prêt (titre X), le dépôt et le séquestre (titre XI), les contrats aléatoires (titre XII), le mandat (titre XIII), la fiducie (titre XIV), les transactions (titre XV), la convention d'arbitrage (titre XVI) et la convention de procédure participative (titre XVII).

Partant, l'Association Henri Capitant a doublement déterminé sa mission.

Il est, d'abord, apparu opportun d'adosser aux règles spéciales à certains contrats des règles spéciales à certaines obligations, autrement dit de créer, à côté d'un droit des contrats spéciaux, un droit des obligations spéciales, et ce, pour deux raisons. D'une part, en vertu du principe de liberté contractuelle, de nombreux contrats ne sont compatibles avec aucune catégorie de contrats existante, en sorte que la qualification de certains contrats est malaisée, voire impossible, et les règles applicables, incertaines. L'existence d'un corps de règles consacré aux obligations spéciales permettra de résoudre cette difficulté. D'autre part, certains contrats spéciaux donnent naissance à des obligations identiques ou similaires ; il apparaît, par conséquent, artificiel de les soumettre à des corps de règles distincts. Un droit des obligations spéciales permet, dans la résolution des difficultés, de se passer de l'opération préalable de qualification des contrats « hybrides » et évite de reproduire à l'identique dans le régime de chaque contrat des règles transversales à un certain nombre d'entre eux.

En outre, il n'a pas été question d'envisager les contrats qui ne relèvent pas du droit civil appréhendé *stricto sensu*. Ont donc été exclus de cet avant-projet le contrat de promotion immobilière, le contrat de société, les transactions, la convention d'arbitrage et la convention de procédure participative. Semblablement, il n'a pas été envisagé de traiter les contrats qui obéissent à une logique particulière et à un régime spécifique, en raison de leur rattachement à une matière autonome, de sorte qu'ont été exclus le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux, les conventions relatives à l'exercice des droits indivis et la fiducie.

Dans cette perspective, l'Association Henri Capitant a élaboré des textes relatifs à certaines obligations spéciales et aux principaux contrats spéciaux : la vente, l'échange, la location, le contrat de prestation de service, les contrats de représentation, le dépôt, le séquestre et les contrats aléatoires. L'ensemble de ces textes aura vocation à s'insérer dans le livre III du code civil au terme d'une réforme que l'Association Henri Capitant appelle de ses vœux.

# SÉANCE 1 : LE CONTRAT DE VENTE (PRÉSENTATION GÉNÉRALE)

## I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.
- Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

## II. JURISPRUDENCE

### Vente et donation :

- Cass. soc. 26 janv. 1956, v. JCP 1956. II. 9267.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, n°79-15388.

### Vente et échange :

- Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 26 juin 1973, n°72-12489.
- Cass. Com. 3 mai 1973, n° 71-10587.

### Vente et contrat d'entreprise :

- Cass. com. 4 juill. 1989, n°88-14371.
- Cass. com. 6 mars 2001, n°98-17015.

### Vente et bail :

- Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 23 octobre 1983, n°82-11610.

### Vente et dépôt :

- Cass. com. 2 mars 1993, n°90-18403.

## III. DOCTRINE

- Ph. SIMLER, *Cession de créance, cession de dette, cession de contrat*, Contrats Conc. Consom. n° 5, 2016, dossier 8.

## IV. EXERCICES

- Résoudre les cas pratiques.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1103 C. civ. (ex-art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) :** Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Art. 1104 C. civ. (ex-art. 1134 al. 3, C. civ.) :** Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public.

**Art. 1123 C. civ. (disposition nouvelle) :** Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

**Art. 1193 C. civ. (ex-art. 1134, al. 2, C. civ.) :** Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

**Art. 1231-1 C. civ. (ex-art. 1147 C. civ.) :** Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

**Art. 1353 C. civ. (ex-art. 1315 C. civ.) :** Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

### ➤ Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux :

**Art. 9 :** L'obligation de restitution emporte celle de conserver et d'entretenir le bien, suivant la nature du contrat.

S'il n'a pas été dressé un état du bien, le débiteur est présumé avoir reçu le bien en bon état.

**Art.10 :** L'obligation de conservation est celle d'assurer la sauvegarde d'un bien.

Le débiteur ne répond pas ce qui a été dégradé ou a péri la vétusté ou la force majeure.

**Art. 11 :** L'obligation d'entretien est celle, pour qui peut user d'un bien, de le maintenir dans un état d'usure normal.

Le débiteur ne répond pas ce qui a été dégradé ou a péri par l'usage normal, la vétusté ou la force majeure.

**Art. 12 :** Le contrat de vente est celui par lequel le vendeur transfère la propriété ou tout autre droit réel à l'acheteur qui s'oblige à en payer un prix.

Les règles du présent Chapitre s'appliquent en tant que de raison aux contrats par lesquels l'acquéreur s'oblige à payer une contrepartie autre qu'un prix, ainsi qu'aux contrats par lesquels le propriétaire constitue à titre onéreux un droit réel sur un bien au profit d'un tiers.

**Art. 28 :** Sauf dans les ventes judiciaires, le vendeur doit à l'acheteur la garantie des vices qui rendent le bien impropre à l'usage auquel il est normalement destiné, ou qui en diminuent gravement les utilités.

**Art. 29 :** Le vendeur ne répond de tels vices que s'ils existaient au moment de la délivrance, même s'ils ne se sont révélés qu'ultérieurement.

Il ne répond pas d'un vice que l'acheteur connaissait ou aurait dû connaître au moment de la conclusion du contrat ou de la réception sans réserves du bien acquis.

**Art. 40 :** L'acheteur est tenu de payer le prix, les frais d'acte, d'enlever et de réceptionner le bien.

**Art. 51 :** L'échange est le contrat par lequel chaque partie reçoit de l'autre la propriété d'un bien ou tout autre droit réel.

La stipulation d'une soulte n'exclut pas la qualification d'échange.

**Art. 52 :** Les règles contenues au Titre VI *De la Vente* s'appliquent en tant que de raison à l'échange, sauf celles relatives à la nullité pour lésion.

**Art. 69 :** Le contrat de prestation de service est celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client.

**Art. 130 :** Lorsque le dépôt est gratuit, le dépositaire ne doit apporter à la conservation du bien que les mêmes soins qu'il apporte à ses biens propres.

**Art. 142 :** Sauf disposition contraire du présent Titre, les contrats ci-après sont soumis aux articles 1153 à 1161.

**Art. 143 :** Le contrat de mandat est celui par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure des actes juridiques en son nom et pour son compte.

Il est un contrat consensuel.

Le mandat est appelé « procuration » lorsque le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure un acte dont le contenu est d'ores et déjà défini.

Le mandat est d'intérêt commun lorsque la rémunération du mandataire est liée à la création ou au développement de la clientèle du mandant.

**Art. 154 :** Qu'il ait été conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, pour une ou plusieurs opérations, le mandat peut être révoqué à tout moment, et sans préavis, par le mandant ou le mandataire.

Toutefois, si le mandat est d'intérêt commun, ou s'il a été stipulé irrévocable, le mandataire a droit à une indemnité.

## II. JURISPRUDENCE

### Vente et donation

- **Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mars 1981, n°79-15388.**

SUR LE MOYEN UNIQUE :

VU L'ARTICLE 1654 DU CODE CIVIL, ENSEMBLE L'ARTICLE 2108 DU MEME CODE ;

ATTENDU QUE LE PRIX DE VENTE, DONT LE PAIEMENT EST GARANTI PAR LE PRIVILEGE DU VENDEUR, CONSISTE DANS LA SOMME D'ARGENT QUE L'ACQUEREUR S'OBLIGE A PAYER ; ATTENDU QUE POUR DECIDER QU'A LA SUITE DE LA RESOLUTION JUDICIAIRE, PRONONCEE LE 5 MARS 1975 POUR INEXECUTION DES OBLIGATIONS DE L'ACQUEREUR, D'UN ACTE PUBLIE AU BUREAU DES HYPOTHEQUES LE 10 SEPTEMBRE 1973 PAR LEQUEL LA SOCIETE D'ECONOMIE MIXTE POUR L'AMENAGEMENT DU GARD (SEMAG) AVAIT DECLARE VENDRE A LA SOCIETE CIVILE LES GENEVRIERS UNE PROPRIETE RURALE MOYENNANT LE PRIX D'UN FRANC DONT QUITTANCE ET L'OBLIGATION D'Y AMENAGER ET EXPLOITER UN CENTRE EQUESTRE, LES INSCRIPTIONS D'HYPOTHEQUE JUDICIAIRE PRISES SUR CETTE PROPRIETE, DU CHEF DE L'ACQUEREUR, LE 10 SEPTEMBRE 1974, PAR LE CENTRE NATIONAL DE PRETS HYPOTHECAIRES ET LES EPOUX X... ETAIENT OPPOSABLES A LA SEMAG QUI N'AVAIT PAS CONSERVE LE PRIVILEGE DU VENDEUR DANS LES CONDITIONS REQUISES PAR L'ARTICLE 2108 DU CODE CIVIL, L'ARRET ATTAQUE (NIMES, 22 MAI 1979) ENONCE QUE DANS L'APPRECIATION DU PRIX REEL DE LA VENTE IL CONVIENT DE CONSIDERER LA NATURE DE CELLE-CI ET LA CAUSE DETERMINANTE DU CONTRAT, QUE LA SOCIETE D'ECONOMIE MIXTE A VENDU LA PROPRIETE DANS LE DESSEIN DE CONTRIBUER A REMPLIR L'OBJET POUR LEQUEL ELLE AVAIT ETE CREEE, QUE LE PRIX FICTIF D'UN FRANC DESTINE A QUELIFIER LA VENTE A ETE ASSORTI DE CONDITIONS IMPOSANT A L'ACQUEREUR UNE CHARGE FINANCIERE EVALUEE DANS L'ACTE ET CONSTITUANT LA CONTREPARTIE DU TRANSFERT DE PROPRIETE, ET QUE LA RESOLUTION DE LA VENTE A ETE PRONONCEE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 1654 DU CODE CIVIL ;

QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QUE L'OBLIGATION DE FAIRE CONTRACTEE ET NON EXECUTEE PAR LA SOCIETE CIVILE LES GENEVRIERS NE POUVAIT PAS, MALGRE UNE EVALUATION REQUISE A DES FINS FISCALES, ETRE CONSIDEREE COMME UN PRIX, LA COUR D'APPEL A VIOLE LES TEXTES SUSVISES ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE L'ARRET RENDU ENTRE LES PARTIES LE 22 MAI 1979 PAR LA COUR D'APPEL DE NIMES ; 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 MONTPELLIER.

### Vente et échange :

- **Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 26 juin 1973, n°72-12489.**

SUR LE PREMIER MOYEN : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DES JUGES DU FOND QUE, PAR ACTE SOUS SEING PRIVE DU 24 FEVRIER 1959, ARMAND ET JEAN-PAUL C... ONT DECLARE, COMME CONSEQUENCE ET CONDITION ESSENTIELLE DE LA VENTE DE TERRES CONSENTIE LE MEME JOUR A DANIEL Y..., CEDER A CELUI-CI L'ENTIERE EXPLOITATION AGRICOLE QU'ILS FONT VALOIR EN ASSOCIATION A CARTIGNY, MONS-EN-CHAUSSEE ET ESTREES SUR ENVIRON 205 HECTARES, S'ENGAGER EXPRESSEMENT A FAIRE TOUT CE QUI EST EN LEUR POUVOIR POUR OBTENIR AU PROFIT DE DANIEL Y... LE RENOUVELLEMENT DES BAUX DES TERRES DE CETTE EXPLOITATION AFFERMES A DES PROPRIETAIRES ETRANGERS A LA FAMILLE C..., LUI DONNER A BAIL LES TERRES DEMEURANT LA PROPRIETE DE CETTE FAMILLE ET, AU CAS DE VENTE DE CES DERNIERES, LUI CONSENTIR, EN SE PORTANT FORT DE LADITE FAMILLE, UN DROIT DE PRIORITE POUR LES ACQUERIR ;



QUE, PAR ACTE AUTHENTIQUE DU 6 DECEMBRE 1961, ARMAND C... A NEANMOIS VENDU A MAURICE Y... DEUX PIECES DE TERRE FAISANT PARTIE DE L'EXPLOITATION CEDEE A DANIEL Y... ;

QU'EN OUTRE, PAR ACTE AUTHENTIQUE DES 24 ET 28 OCTOBRE 1967, ARMAND C... ET VEUVE DAMAY-SAGUIER ONT PROCEDE AVEC LES EPOUX MAURICE Y... A L'ECHANGE D'AUTRES PIECES DE TERRE LEUR APPARTENANT CONTRE DES PARCELLES D'UNE VALEUR DE 56800 ET 20000 FRANCS ET PAIEMENT D'UNE SOULTE DE 100000 FRANCS A ARMAND C..., ETANT PRECISE A L'ACTE QUE CETTE MUTATION DE PROPRIETE N'ETAIT PAS SOUMISE A L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION DE DANIEL Y... EN RAISON DE SA NATURE D'ECHANGE ET DES LIENS DE PARENTE DES COECHANLISTES ;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR DECIDE QUE L'ACTE AUTHENTIQUE DES 24 ET 28 OCTOBRE 1967 REALISAIT UNE VENTE, ET QUE CETTE VENTE AINSI QUE CELLE CONSENTIE PAR ACTE AUTHENTIQUE DU 6 DECEMBRE 1961 AVAIENT MECONNU LE DROIT DE PREEMPTION REGULIEREMENT ACCORDE A DANIEL Y..., ALORS, SELON LE MOYEN, QUE LE PACTE DE PREFERENCE AU PROFIT DE CE DERNIER ETAIT INDEPENDANT DE LA DUREE DU BAIL ET DONC ILLIMITE DANS LE TEMPS, AINSI QUE L'AVAIENT PRETENDU LES CONSORTS C... DANS DES CONCLUSIONS DEMEUREES SANS REPOSE, ET QUE, PAR DAVANTAGE, IL N'ETAIT LIMITE NI DANS SON OBJET, PUISQU'IL S'ETENDAIT AUX IMMEUBLES DES SIGNATAIRES DE L'ACTE ET DE LEUR FAMILLE, NI DANS LES PERSONNES OBLIGES OU BENEFICIAIRES, PUISQU'IL GREVAIT TOUT PROPRIETAIRE HERITIER DE LA FAMILLE C... AU BENEFICE DE TOUTE PERSONNE SE TROUVANT AUX DROITS DE DANIEL Y..., EN SORTE QUE LA COUR D'APPEL A DENATURE L'ACTE QUI LUI ETAIT SOUMIS ET REFUSE A TORT DE CONSTATER LA NULLITE DU PACTE DE PREFERENCE LITIGIEUX ;

MAIS ATTENDU QUE, PAR UNE INTERPRETATION NECESSAIRE, EXCLUSIVE DE DENATURATION, DE CONVENTIONS COMPLEXES RENDUES AMBIGUES PAR LEUR COMBINAISON, LES JUGES D'APPEL RETIENNENT QUE LE DROIT DE PREEMPTION " EST LIE AU BAIL AVEC LEQUEL, AINSI QU'AVEC LES VENTES DE TERRES DU 24 FEVRIER 1959, IL CONSTITUE UN ENSEMBLE INDIVISIBLE " ET A DONC UNE DUREE LIMITEE A CELLE DU BAIL, QUE LES PERSONNES POUR LESQUELLES ARMAND ET JEAN-PAUL C... ONT DECLARE SE PORTER FORT SONT LES DAMES A..., X... ET B... Z... VISEES PAR L'EXPRESSION " FAMILLE ", ET QUE LES TERRES SOUMISES AU DROIT DE PREEMPTION SONT CELLES DE L'EXPLOITATION CEDEE QUI DEMEURENT LA PROPRIETE D'ARMAND ET JEAN-PAUL C... ET DESDITES DAMES ;

QU'EN CONSEQUENCE, L'EXTENSION DE L'OBLIGATION AUX HERITIERS OU REPRESENTANTS DES PARTIES CONTRACTANTES NE MODIFIANT PAS LA DESIGNATION DE CES PARTIES, LA COUR D'APPEL, QUI A CONSTATE QUE LE PACTE DE PREFERENCE ETAIT LIMITE DANS SA DUREE, DANS SON OBJET ET DANS LES PERSONNES OBLIGES, A AINSI REPONDU AUX CONCLUSIONS PRETENDUMENT DELAISSEES ET A LEGALEMENT JUSTIFIE SON REFUS DE PRONONCER LA NULLITE DE CE PACTE ;

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

SUR LE SECOND MOYEN : ATTENDU QU'IL EST ENCORE REPROCHE A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR ADMIS QUE LA CONVENTION D'ECHANGE DES 24 ET 28 OCTOBRE 1967 CONSTITUAIT UNE VENTE, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE LES JUGES DU FOND NE POUVAIENT MODIFIER LA QUALIFICATION DE CETTE CONVENTION DES LORS QU'ELLE N'ETAIT ENTACHEE D'AUCUNE OBSCURITE OU CONTRADICTION ET QUE LA STIPULATION D'UNE SOULTE NE MODIFIAIT PAS SA NATURE ;

MAIS ATTENDU QUE LES JUGES DU FOND ONT LE DEVOIR DE RESTITUER AUX CONVENTIONS LITIGIEUSES LEUR VERITABLE CARACTERE JURIDIQUE, SANS ETRE LIES PAR LA QUALIFICATION DONNEE PAR LES PARTIES ET PEUVENT ESTIMER QU'IL N'Y A PAS CONTRAT D'ECHANGE LORSQUE L'IMPORTANCE DE LA SOULTE PERMET DE LA CONSIDERER COMME L'OBJET PRINCIPAL DE L'OBLIGATION DE L'UNE DES PARTIES QUE LA COUR D'APPEL A CONSTATE EN L'ESPECE LA DISPROPORTION DE VALEUR DES BIENS ECHANGES, L'IMPORTANCE ANORMALE DE LA SOULTE VERSEE A ARMAND C..., D'UNE VALEUR BIEN

SUPERIEURE A CELLE DES PARCELLES RECUES PAR LUI EN ECHANGE, ET L'INTENTION DES CONTRACTANTS, QUE LAISSE TRANSPARAIRE LA REDACTION DE L'ACTE, DE FAIRE ECHEC AU DROIT DE PREEMPTION DE DANIEL Y...;

QUE, DE CES CONSTATATIONS ET APPRECIATIONS SOUVERAINES, LES JUGES DU SECOND DEGRE ONT, A BON DROIT, DEDUIT QUE L'ACTE AUTHENTIQUE DES 24 ET 28 OCTOBRE 1967, QUALIFIE D'ECHANGE AVEC SOULTE, DEVAIT S'ANALYSER EN UNE VENTE ;

QU'AINSI LE SECOND MOYEN EST LUI AUSSI SANS FONDEMENT ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 9 FEVRIER 1972 PAR LA COUR D'APPEL D'AMIENS.

➤ **Cass. Com. 3 mai 1973, n° 71-10587.**

SUR LES PREMIER ET DEUXIEME MOYENS REUNIS : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DU JUGEMENT ATTAQUE (TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE, PARIS, 11 JUILLET 1970), QUE X... A, LE 3 SEPTEMBRE 1956, VENDU A TERME PAR L'INTERMEDIAIRE DE LA BNCI UN CERTAIN NOMBRE D' ACTIONS UNION MINIERE DU HAUT KATANGA (UMHK) POUR UN PRIX DONT LE PAIEMENT DEVAIT INTERVENIR A LA LIQUIDATION BOURSIERE, A LA FIN DU MOIS DE SEPTEMBRE 1956 ;

QU'IL A, A LA MEME DATE ET DANS LES MEMES CONDITIONS, ACHETE A TERME 9100 FRANCS DE RENTE 3 1/2 % 1952 DONT LE PRIX ETAIT PAYABLE EGALEMENT A LA LIQUIDATION DU MOIS DE SEPTEMBRE 1956 ;

QUE X... ETANT DECEDE LE 5 SEPTEMBRE 1956, LA DECLARATION DE SA SUCCESSION, LE 30 SEPTEMBRE 1957 COMPORTAIT, DANS L'ACTIF, LES TITRES DE RENTE 3 1/2 % 1952, MENTIONNES POUR MEMOIRE COMME EXEMPTES DES DROITS DE MUTATION PAR DECES ;

QU'ESTIMANT QUE SI LE DEFUNT N'ETAIT PLUS PROPRIETAIRE AU JOUR DE SON DECES DES ACTIONS UMHK, IL ETAIT NEANMOINS CREANCIER DU PRIX QUI AURAIT DU FIGURER A L'ACTIF DE LA SUCCESSION, L'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT A EMIS DEUX TITRES DE PERCEPTION A L'ENCONTRE DES CONSORTS X... REPRESENTANT LE MONTANT DES DROITS SIMPLES ET DES PENALITES CONCERNANT CET ACTIF SUPPLEMENTAIRE ;

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF AU JUGEMENT DEFERE D'AVOIR DEBOUTE LES CONSORTS X... DE LEUR OPPOSITION A CES TITRES DE PERCEPTION, EN REFUSANT D'ADMETTRE QUE L'OPERATION CONSTITUAIT UN ECHANGE ENTRE LES DEUX CATEGORIES DE TITRES, AU MOTIF QU'IL Y AVAIT EU UN REGLEMENT DISTINCT DES OPERATIONS D'ACHAT ET DE VENTE ET QUE L'OPERATION AVAIT ETE REALISEE PAR UN INTERMEDIAIRE ET EN REFUSANT DE CONSIDERER QU'IL NE S'AGISSAIT PAS D'UN ARBITRAGE DE BOURSE, AU MOTIF QUE L'ARBITRAGE EST UNE OPERATION ESSENTIELLEMENT SPECULATIVE ET QU'AUCUN BENEFICE N'AURAIT ETE REALISE EN L'ESPECE, ALORS QUE, SELON LE POURVOI, L'ECHANGE S'OPERANT PAR UN SIMPLE CONSENTEMENT, IL SUFFISAIT POUR QU'IL Y AIT ECHANGE QUE TOUS LES ACTES AIENT CONCOURU AU MEME BUT POUR NE FORMER QU'UN TOUT INDISSOCIABLE ET QUE LE BENEFICE DOIT S'ENTENDRE NON SEULEMENT D'UN GAIN D'ARGENT MAIS ENCORE DE LA GARANTIE DE CERTAINS RISQUES POLITIQUES, ECONOMIQUES ET MONETAIRES AINSI QUE DE TOUS AVANTAGES RECHERCHES, TELS QUE LES AVANTAGES PERSONNELS ET LES AVANTAGES FISCAUX, ET NOTAMMENT LE REMPLACEMENT DES VALEURS TAXABLES PAR DES VALEURS NON TAXABLES EN CAS DE MUTATION, CE QUI EST BIEN LE CAS EN L'ESPECE ;

MAIS ATTENDU QUE, D'UNE PART, LE TRIBUNAL, ANALYSANT LES DEUX OPERATIONS EFFECTUEES, A RETENU A JUSTE TITRE QUE LES CARACTERES ESSENTIELS D'UNE OPERATION DE BOURSE SONT INCOMPATIBLES AVEC CEUX D'UN ECHANGE ; QU'EN EFFET, MEME ABSTRACTION FAITE DE L'INTERVENTION D'UN OU PLUSIEURS INTERMEDIAIRES, LES OPERATIONS LITIGIEUSES SE SONT DERoulees ENTRE X... ET DEUX AUTRES CONTRACTANTS, L'UN DESIRANT ACQUERIR LES TITRES UMHK ET L'AUTRE DESIRANT VENDRE LES TITRES DE RENTE 3 1/2 % ;

QUE LES DEUX OPERATIONS DEVRAIENT FAIRE L'OBJET DE REGLEMENTS DISTINCTS ET QUE LES TITRES OBJETS DE L'UN DE CES ORDRES, NE PEUVENT ETRE CONSIDERES COMME LE REGLEMENT DE L'AUTRE ;

QUE, D'AUTRE PART, APPRECIANT SOUVERAINEMENT L'INTENTION DU DONNEUR D'ORDRES ET RELEVANT QUE CELUI-CI NE POURSUIVAIT AUCUN BUT SPECULATIF, LE TRIBUNAL EN A DEDUIT QUE, LES ELEMENTS D'UN ARBITRAGE NE SE TROUVANT PAS REUNIS, LES DEUX OPERATIONS LITIGIEUSES, MEME SI ELLES PEUVENT ETRE RAPPROCHEES EN FAIT, NE CONSTITUENT PAS EN DROIT UNE OPERATION UNIQUE ET N'ONT EU POUR RESULTAT QUE DE RENDRE, AVANT SON DECES, X... CREANCIER DU PRIX DES PARTS UMHK DONT IL AVAIT PERDU LA PROPRIETE SANS EN AVOIR RECU LE PRIX ;

QUE LES PREMIER ET DEUXIEME MOYENS NE PEUVENT ETRE ACCUEILLIS ;

ET SUR LE TROISIEME MOYEN : ATTENDU QU'IL EST EGALEMENT REPROCHE A LA DECISION ATTAQUEE D'AVOIR REFUSE DE DEDUIRE DE L'ACTIF DE LA SUCCESSION LES DETTES CORRESPONDANT A L'ACHAT DES RENTES 3 1/2 % 1952, AU MOTIF QUE L'EXISTENCE D'UN TITRE SUSCEPTIBLE DE FAIRE PREUVE EN JUSTICE DOIT S'ENTENDRE D'UN ECRIT EMANANT DU DE CUJUS, ALORS QUE, SELON LE POURVOI, UNE TELLE EXIGENCE EST CONTRAIRE AUX USAGES EN MATIERE BOURSIERE, L'ORDRE DE BOURSE ETANT DONNE VERBALEMENT VALABLEMENT ET N'EXIGEANT PAS UN ECRIT ET QU'IL SUFFISAIT QUE LA REALITE DE L'ORDRE AIT ETE CONSTATEE PAR LES BORDEREAUX DE LA BANQUE ET LES AFFIRMATIONS DE CELLE-CI CONTENUES DANS SA LETTRE DU 20 SEPTEMBRE 1960 ET QUE L'EXIGENCE D'UN ECRIT A POUR BUT D'EVITER LA FRAUDE ET QU'AUCUNE FRAUDE NE POUVAIT EXISTER DANS LA PRESENTE OPERATION ;

MAIS ATTENDU QUE L'ARTICLE 755 DU CODE GENERAL DES IMPOTS, DANS SA REDACTION APPLICABLE EN LA CAUSE, NE PREVOYAIT LA DEDUCTION DE L'ACTIF SUCCESSORAL QUE DES DETTES DONT L'EXISTENCE AU JOUR DE L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION ETANT DUMENT JUSTIFIEE PAR DES TITRES SUSCEPTIBLES DE FAIRE PREUVE EN JUSTICE CONTRE LE DEFUNT ;

QU'AYANT CONSTATE, QU'EN L'ABSENCE D'ECRIT DE LEUR AUTEUR ET DES BORDEREAUX DE L'AGENT DE CHANGE, LES CONSORTS X... NE PRODUISENT QUE DES AVIS D'EXECUTION DE LA BANQUE ET UNE CORRESPONDANCE DU 20 SEPTEMBRE 1960, TOUS DOCUMENTS POSTERIEURS A LA DATE DU DECES, LE TRIBUNAL A CONSIDERE, A JUSTE TITRE, QUE LES CONDITIONS EXIGEES PAR L'ARTICLE 755 SUSVISE N'ETAIENT PAS REMPLIES EN L'ESPECE ET QUE LA DETTE N'ETAIT DONC PAS DEDUCTIBLE ;

QUE LE MOYEN N'EST PAS FONDE ;

PAR CES MOTIFS, REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE LE JUGEMENT RENDU LE 11 JUILLET 1970 PAR LE TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS

### **Vente et contrat d'entreprise :**

- **Cass. com. 4 juill. 1989, n°88-14371.**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 février 1988), que la société Fould Springer a commandé à la société Speichim une installation de distillation dont une partie des équipements a été réalisée par la société Rateau Alsthom atlantique (société Rateau) ; que, le fonctionnement de l'installation ayant été interrompu à la suite d'incidents, la société Fould Springer et son assureur, la société Commercial Union Insurance, ont, en faisant valoir l'existence de vices cachés et le défaut de conformité à la commande de la chose livrée,

assigné la société Speichim, prise en sa qualité de fabricant, en réparation du préjudice né de cette interruption ; que celle-ci a assigné en garantie la société Rateau ;

Attendu que la société Fould Springer et son assureur font grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leur demande aux motifs que les conventions successivement conclues entre la société Fould Springer et la société Speichim, puis entre cette dernière et la société Rateau, constituaient non pas des ventes mais des contrats d'entreprise et qu'il y avait lieu de faire application de la clause limitative de responsabilité figurant dans les premiers, alors, selon le pourvoi, d'une part, que lorsque l'ouvrage porte sur une chose pour laquelle le client ne fournit pas la matière, les juges, pour déterminer s'il s'agit d'un contrat de vente ou d'entreprise, doivent rechercher quelle est, dans la convention l'importance respective du travail et des fournitures si bien qu'en se bornant à relever que la société cliente avait précisé les caractéristiques techniques et de fonctionnement du matériel à livrer, sans rechercher dans les conventions litigieuses si la main-d'oeuvre l'emportait sur la matière, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1147, 1582, 1641 et suivants, 1781 et suivants du Code civil, et alors, d'autre part, que constitue une vente la convention qui ne prévoit pas le montage par le fournisseur des matériels à livrer ; que les articles 5-6 et 9 de la commande passée par la société Fould Springer faisant ressortir que le montage des divers éléments constituant l'installation à livrer était effectué par cette dernière, et non par le fournisseur, la cour d'appel, en décidant cependant que cette convention constituait un contrat d'entreprise, a violé les articles 1134, 1582 et 1787 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'il ne résulte ni de leurs conclusions ni de l'arrêt que la société Fould Springer et son assureur aient, en réponse aux écritures de leurs adversaires qui demandaient aux juges d'appel de qualifier les conventions litigieuses de contrats d'entreprise, fait valoir l'argumentation développée dans la seconde branche du moyen ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt relève que la commande de la société Fould Springer a été faite sur la base des caractéristiques et descriptions techniques convenues à l'avance entre les parties et que l'installation devait être conforme à une spécification technique jointe à la commande, que la société Fould Springer avait défini les conditions de fonctionnement de l'installation et les objectifs à atteindre et qu'elle se réservait, pendant l'exécution des travaux en atelier, le droit de faire procéder à des contrôles divers sur ceux-ci ; que l'arrêt constate encore que le contrat passé entre la société Speichim et la société Rateau contenait des énonciations du même ordre sur les caractéristiques de construction, de fonctionnement, de puissance et de débit des équipements que cette dernière devait réaliser ; qu'ayant retenu de ces constatations et énonciations que les contrats successivement conclus portaient non sur des choses dont les caractéristiques étaient déterminées d'avance par le fabricant mais sur un travail spécifique pour les besoins particuliers exprimés par la société Fould Springer, la cour d'appel a pu en déduire qu'ils étaient constitutifs non pas de ventes mais de contrats d'entreprise ;

D'où il suit que, pour partie irrecevable comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit, le moyen n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

➤ **Cass. com. 6 mars 2001, n°98-17015.**

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

LA COUR, composée selon l'article L. 131-6, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 23 janvier 2001, où étaient présents : M. Dumas, président, Mme Vigneron, conseiller rapporteur, M. Tricot, conseiller, M. Feuillard, avocat général, Mme Moratille, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Vigneron, conseiller, les observations de Me Odent, avocat de la société Alcatel câble France, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la Compagnie d'études, de réalisations et d'installations de système, de la SCP Defrenois et Levis, avocat de la compagnie AGF IART, les conclusions de M. Feuillard, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la compagnie AGF IART de sa reprise d'instance au lieu et place de la compagnie Allianz assurances ;

Sur le moyen unique, pris en ses sept branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 3 avril 1998), confirmatif des chefs déferés, que la société Compagnie d'études, de réalisations et d'installations de systèmes (société Coris) a commandé à la société Alcatel câble France (société Alcatel) un câble à fibres optiques, destiné à un dispositif de télécommunications ; que ce câble s'avérant impropre à cet usage, la société Alcatel a fourni un nouveau câble ; que la société Coris a obtenu, en référé, la désignation d'un expert, puis a assigné la société Alcatel en réparation de son préjudice ;

que celle-ci s'est opposée à la demande en soutenant qu'elle avait réparé le dommage conformément à la clause limitative d'indemnisation prévue au contrat ; que le tribunal a, notamment, condamné la société Alcatel à indemniser la société Coris de son préjudice ; que la société Alcatel a fait appel du jugement ; que la compagnie Via assurance IARD, assureur de la société Coris, est intervenue volontairement à l'instance ;

Attendu que la société Alcatel reproche à l'arrêt d'avoir décidé que le contrat la liant à la société Coris est une vente et, en conséquence, de l'avoir condamnée à indemniser la société Coris de son préjudice sans tenir compte de la clause contractuelle limitative d'indemnisation, alors, selon le moyen :

1 / qu'en énonçant tout à la fois que le bons sens obligeait à relever que ces spécifications ne constituaient, pour un produit évidemment particulier, que le minimum d'informations indispensable à l'examen de la demande par un professionnel comme la société Alcatel, et que cela ne traduisait pas une particulière maîtrise de la société Coris dans la conception même de la chose ou une exigence impliquant une confection particulière, l'arrêt est entaché d'une contradiction de motifs, en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

2 / que la détermination en commun par les parties des caractéristiques techniques de la chose suppose l'existence d'un contrat d'entreprise ; que la cour d'appel a énoncé que les faits de

l'espèce accrédiétaient l'existence d'une décision prise en commun pour la fourniture d'une chose définie d'avance ; qu'en retenant néanmoins la qualification de vente, elle a violé, par fausse application, l'article 1582 du Code civil et, par refus d'application, les articles 1779 et 1787 du même Code ;

3 / qu'une fabrication selon les spécifications techniques établies par le donneur d'ordre, pour répondre à ses besoins particuliers, est un contrat d'entreprise et non une vente ; qu'en se bornant à faire état de quelques éléments de la commande de la société Coris, sans rechercher, comme les conclusions de la société Alcatel l'y invitaient, si la société Coris n'avait pas donné des spécifications techniques précises et évolutives pour le produit qu'elle commandait et n'était pas intervenue pendant trois ans de négociations pour définir le câble, démontrant ainsi son intention de conserver la maîtrise de sa définition et de sa composition, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1582 et 1779 du Code civil ;

4 / qu'en ne recherchant pas si la qualification de fournisseur sous-traitant appliquée directement à la société Alcatel dans le cadre des dispositions de l'article 5 de la commande, si la possibilité prévue par le contrat d'une sous-traitance par la société Alcatel d'une partie de son marché soumis à l'agrément de la société Coris et si l'obligation pour la société Alcatel de mettre en oeuvre les améliorations demandées par la société Coris, ainsi que l'organisation d'une réception, ne caractérisaient pas l'existence d'un produit manufacturé spécifiquement défini par le donneur d'ordre et, par voie de conséquence, d'un contrat d'entreprise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1582 et 1779 du Code civil ;

5 / que le rapport d'expertise divisait le câble fourni en douze parties différentes et se bornait à se référer au catalogue de la société Alcatel, sans préciser à quelle notice, pour une seule de ces parties ;

qu'en énonçant, par motifs adoptés, qu'il résultait du rapport, se référant à la notice T2, qu'il n'existait aucune différence entre le câble fourni à la société Coris et celui figurant au catalogue de la société Alcatel, la cour d'appel a dénaturé ce rapport et violé l'article 1134 du Code civil ;

6 / qu'en ne recherchant pas, comme les conclusions de la société Alcatel l'y invitaient, si le câble fourni à la société Coris n'était pas radicalement différent du modèle se trouvant dans son catalogue et si, de ce fait, il n'avait pas été réalisé pour les besoins spécifiques de la société Coris, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1582 et 1779 du Code civil ;

7 / que la différence entre une vente et un contrat d'entreprise se fait en établissant qui, du preneur ou du donneur d'ordres, a établi les spécifications de la chose et si elle est destinée à satisfaire les besoins particuliers du donneur d'ordres ou ceux du public en général ;

qu'en se fondant sur l'existence d'une solution de base et d'une variante, d'une tarification au kilomètre de câble modulée selon les variantes et sur l'envoi de descriptifs et de schémas par la société Alcatel, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs inopérants ne caractérisant aucun de ces deux contrats et a violé les articles 1582 et 1779 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel ne s'est pas contredite en retenant, d'un côté, que les spécifications données par la société Coris à la société Alcatel ne constituaient, pour un produit particulier, que le minimum d'informations indispensable à l'examen de la demande par la société Alcatel et, d'un autre côté, que ces spécifications ne traduisaient pas une exigence impliquant une confection particulière ;

Attendu, en second lieu, qu'après avoir retenu que les spécifications données par la société Coris à la société Alcatel faisaient simplement référence aux caractéristiques de la fourniture et de son emploi et que ces spécifications ne signifiaient nullement une connaissance dans la façon de les satisfaire, l'arrêt, se fondant sur le rapport d'expertise et sans dénaturation, retient, par motifs adoptés, que le câble litigieux est défini à la notice générale de la société Alcatel de 1994, portant le numéro T2 ; qu'il retient encore, par motifs propres, que les parties ont défini en commun la fourniture d'une chose définie d'avance ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la septième branche, la cour d'appel, qui a répondu, en les écartant, aux conclusions dont font état les troisième et sixième branches et qui n'était pas tenue d'effectuer les recherches inopérantes exposées à la quatrième branche, a retenu, à bon droit, que le contrat liant les sociétés Coris et Alcatel était une vente ;

D'où il suit que la cour d'appel ayant légalement justifié sa décision, le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Vente et bail :**

➤ **Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 23 octobre 1983, n°82-11610.**

SUR LE PREMIER MOYEN : ATTENDU, SELON L'ARRET ATTAQUE (AIX-EN-PROVENCE, 24 DECEMBRE 1981) QUE LA COMMUNE DE GOURDON, A SIGNE LE 18 AVRIL 1969 AVEC LA SOCIETE ENTREPRISE SPADA, UNE CONVENTION DENOMMEE "BAIL DE LOCATION DE TERRAINS POUR L'EXPLOITATION D'UNE CARRIERE DE PIERRES" PREVUE POUR UNE DUREE DE 15 ANS RENOUVELABLE PAR PERIODE DE 9 ANS MOYENNANT PAIEMENT D'UNE REDEVANCE ANNUELLE FIXE ET D'UNE REDEVANCE PROPORTIONNELLE AU NOMBRE DE M3 DE MATERIAUX ENLEVES ;

QUE LE 17 FEVRIER 1981 LA COMMUNE DE GOURDON A ASSIGNE LA SOCIETE ENTREPRISE SPADA DEVANT LE TRIBUNAL D'INSTANCE DE GRASSE POUR VOIR PRONONCER LA NULLITE DU BAIL A CARACTERE PERPETUEL, QUE LA SOCIETE SPADA A INVOQUE L'INCOMPETENCE DE CETTE JURIDICTION DENIANT AU CONTRAT LA NATURE D'UNE LOCATION ;

ATTENDU QUE LA COMMUNE DE GOURDON FAIT GRIEF A L'ARRET D'AVOIR DECLARE SON CONTREDIT NON FONDE ET ADMIS L'EXCEPTION D'INCOMPETENCE ALORS, SELON LE MOYEN, D'UNE PART, QU'EN SE BORNANT A DECLARER, POUR JUSTIFIER SA DECISION QUE LES ENONCIATIONS DU JUGEMENT, RELATIVES A LA DESIGNATION DU TRIBUNAL COMPETENT, FAISAIENT FOI JUSQU'A INSCRIPTION DE FAUX, ALORS QU'IL LUI APPARTENAIT DE RECHERCHER SI LE PREMIER JUGE N'AVAIT PAS DENATURE LES ECRITURES DES PARTIES ET SI LES CONDITIONS POSEES PAR L'ARTICLE 75 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE AVAIENT BIEN ETE RESPECTEES, LA COUR, QUI A MECONNU SA VOCATION DE JUGE D'APPEL, N'A PAS DONNE DE FONDEMENT LEGAL A SA DECISION, D'AUTRE PART, QU'EN SE BORNANT A FAIRE ETAT DE CONCLUSIONS RECTIFICATIVES PORTANT DESIGNATION DU TRIBUNAL COMPETENT, SANS RECHERCHER SI CES CONCLUSIONS AVAIENT ETE DEPOSEES AVANT DISCUSSION AU FOND ET SI ELLES ETAIENT AINSI DE NATURE A REPARER LE VICE TOUCHANT LE DECLINATOIRE DE COMPETENCE, LA COUR N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION, AU REGARD DE L'ARTICLE 75 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE ;

MAIS ATTENDU QUE LA COMMUNE DE GOURDON N'AYANT PAS SOUTENU DEVANT LES JUGES D'APPEL QUE LES CONCLUSIONS RECTIFICATIVES DE LA SOCIETE SPADA AURAIENT ETE DEPOSEES APRES LA DISCUSSION AU FOND, LE MOYEN EST NOUVEAU, MELANGE DE FAIT ET DE DROIT ET PARTANT IRRECEVABLE ;

SUR LE SECOND MOYEN : ATTENDU QUE LA COMMUNE DE GOURDON FAIT GRIEF A L'ARRET D'AVOIR JUGE QUE LE TRIBUNAL D'INSTANCE S'ETAIT DECLARE A BON DROIT INCOMPETENT ALORS, SELON LE MOYEN, D'UNE PART, QUE DES LORS QUE LES ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT DE LOUAGE SONT REUNIS, A SAVOIR UNE REDEVANCE FIXE ET UN DROIT DE JOUISSANCE SUR LA SUPERFICIE DU TERRAIN, UN CONTRAT PORTANT SUR L'EXPLOITATION DE MATERIAUX PEUT AVOIR LE CARACTERE D'UN BAIL, QU'AINSI LA COUR, EN DECLARANT, D'UNE MANIERE GENERALE ET SANS AUCUN EXAMEN DU CONTENU DE LA CONVENTION, QUE LA CONVENTION LITIGIEUSE NE POUVAIT, EN DROIT, CONSTITUER UN BAIL N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION D'AUTRE PART, QU'IL RESULTAIT DES CONSTATATIONS MEMES DES JUGES DU FOND QUE LA CONVENTION LITIGIEUSE PREVOYAIT UNE REDEVANCE FORFAITAIRE ANNUELLE ET CEDAIT AU PRENEUR UN DROIT DE JOUISSANCE SUR LA SUPERFICIE DU TERRAIN, POUR REALISER TOUTES INSTALLATIONS ET LOGEMENTS NECESSAIRES A L'EXPLOITATION ;

QU'AINSI, DES LORS QUE LES ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT DE LOUAGE ETAIENT REUNIS, LA COUR NE POUVAIT REFUSER DE FAIRE APLICATION DE LA X... CLAIRE ET PRECISE DES PARTIES DE QUALIFIER LA CONVENTION DE BAIL, SANS PRIVER SA DECISION DE TOUT FONDEMENT LEGAL, AU REGARD DE L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL ;

MAIS ATTENDU, QUE SANS STATUER PAR UNE DISPOSITION GENERALE, L'ARRET RECHERCHANT LA COMUNE INTENTION DES PARTIES RETIENT QUE LE CONTRAT CONCLU ENTRE CELLES-CI DONNE A L'ENTREPRISE SPADA LE DROIT D'EXTRAIRE ET DE DISPOSER DES MATERIAUX EXTRAITS DE LA CARRIERE ET ENONCE A BON DROIT QU'IL NE PEUT Y AVOIR CONTRAT DE LOUAGE LORSQUE LE PRENEUR CONSOMME LA SUBSTANCE MEME DE LA CHOSE, OBJET DU CONTRAT ;

QUE DE CES CONSTATATIONS ET ENONCIATIONS LA COUR D'APPEL A PU DEDUIRE QUE LA CONVENTION S'ANALYSAIT EN UNE VENTE DE MATERIAUX ET DE MEUBLES PAR ANTICIPATION ;

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

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 24 DECEMBRE 1981 PAR LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE ;

### **Vente et dépôt :**

#### **➤ Cass. com. 2 mars 1993, n°90-18403.**

Attendu, selon l'arrêt déferé (Paris, 17 mai 1990), que Mme X..., après avoir été agréée en qualité de diffuseur de presse, a acquis un fonds de commerce à Paris, le 18 juin 1985 ; qu'elle était fournie en quotidiens et périodiques par la Société nouvelles messageries de la presse parisienne (la société) ; que, le 13 novembre 1986, cette dernière a notifié à Mme X... la résiliation du contrat de diffuseur pour fautes graves, avec effet au lendemain ; que Mme X... a assigné la société en paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale et injustifiée du contrat ; que la cour d'appel a accueilli cette demande ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société reproche à l'arrêt d'avoir statué comme il a fait alors, selon le pourvoi, que le mandat d'intérêt commun est celui dans lequel la réalisation de l'objet du mandat présente pour le mandant et le mandataire, l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle ; que tel n'est pas le cas du contrat conclu entre la société et Mme X..., diffuseur de presse, dont la cour d'appel a relevé qu'il ne comportait aucun risque financier pour le mandataire, constatant ainsi l'absence d'intérêt de ce dernier d'un essor de l'entreprise du mandant ; qu'en décidant toutefois que le contrat litigieux était un mandat d'intérêt commun, la cour d'appel a violé les articles 1984 et 2004 du Code civil ; qu'en tout



état de cause, le diffuseur vendant des journaux pour le compte de la société, mais en son nom propre, la cour d'appel aurait dû requalifier le contrat en contrat de commission à durée indéterminée, et en déduire qu'il pouvait être rompu par le commettant, même sans justifier d'une cause légitime ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 12 du nouveau Code de procédure civile, 1984 du Code civil et 94 du Code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que Mme X... recevait les journaux livrés par des employés de la société, qu'elle les diffusait et qu'il résulte de la comptabilité établie par la société que Mme X... était rémunérée par elle, l'arrêt retient que la brochure éditée par la société précise que le diffuseur de presse " n'acquiert pas la propriété des journaux et périodiques qui lui sont confiés en vue de la vente " et a la qualité de " mandataire ", qualité qui est également reconnue par l'administration fiscale ; que l'arrêt retient encore qu'après la résiliation du contrat, le fonds de commerce de Mme X..., qui exerçait " les activités commerciales de librairie, papeterie, journaux, bonneterie, mercerie, parfumerie, confiserie ", a subi, du fait de la perte de la vente des journaux, une diminution de valeur, ce dont il résulte que Mme X... avait un intérêt à la diffusion des journaux que lui livrait la société, c'est-à-dire à l'exécution de l'objet du contrat, peu important l'absence de risque financier résultant de la reprise des exemplaires invendus ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement décidé que le contrat liant Mme X... à la société, constituait un mandat d'intérêt commun ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches :

Attendu que, la société reproche encore à l'arrêt d'avoir statué comme il a fait alors, selon le pourvoi, d'une part, que le mandat d'intérêt commun à durée indéterminée peut être révoqué sans justes motifs, si les parties en sont convenues, ou si cela résulte des usages conventionnels ; qu'en l'espèce, ayant relevé que les obligations contractuelles des parties découlaient en l'absence d'un contrat écrit, des usages en matière de distribution de presse et que la société soutenait que le contrat était révocable ad nutum, la cour d'appel ne pouvait pas exiger une cause légitime de révocation, sans rechercher si les usages de la profession n'écartaient pas une telle exigence ; qu'en n'effectuant pas cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 2004 du Code civil ; alors, d'autre part, qu'en tout état de cause, la cause légitime de révocation d'un mandat d'intérêt commun n'est pas nécessairement une faute du mandataire ; qu'en condamnant le mandant, au seul motif de l'absence de faute du mandataire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2004 du Code civil ; et alors, enfin, qu'aux termes de l'article 1927 du Code civil, le dépositaire ne peut s'exonérer de son obligation de restitution que s'il prouve son absence de faute ; qu'en l'espèce, en décidant que Mme X... n'avait pas méconnu son obligation de restitution, parce qu'il n'était pas établi que le nombre manquant d'invendus restitués était imputable à Mme X..., et qu'ainsi la société ne prouvait pas l'existence d'une cause légitime de rupture, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, et violé les articles 1315, 1927 et 2004 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que les fautes de Mme X... étant seules invoquées à l'appui de la résiliation du contrat et que les usages professionnels ne prévalant pas sur la loi, la cour d'appel n'avait pas à effectuer les recherches inopérantes visées aux deux premières branches du moyen, le mandat d'intérêt commun étant, par nature, irrévocable ad nutum ;

Attendu, en second lieu, que la preuve de la faute du mandataire incombant au mandant, c'est sans inverser la charge de la preuve que l'arrêt retient que les circonstances de fait ne permettent pas d'imputer à Mme X... les fautes qui lui étaient reprochées par la société ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses trois branches ;

Et sur le second moyen, pris en ses deux branches : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

### III. DOCTRINE

#### **Contrats et obligations - Cession de créance, cession de dette, cession de contrat - Etude par Philippe SIMLER**

Document: Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 8

---

**L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la possibilité de céder non seulement une créance, ce qu'admettait déjà le code de 1804, mais aussi une dette ou un contrat, dont une doctrine – de plus en plus minoritaire, certes – refusait encore de reconnaître la possibilité conceptuelle. La loi a-t-elle, ce faisant, franchi un pas de trop ? On peut à l'inverse se demander si elle ne s'est pas arrêtée au milieu du gué.**

1. - La simplification du régime de la **cession de créance** était attendue. Il était incongru que le nantissement de créance ait été délesté de l'exigence de la signification par acte d'huissier par l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés, pendant que la cession de créance restait soumise à ce formalisme, alors qu'il s'agit dans les deux cas d'un acte de disposition. Une créance est un bien qui, sauf clause contraire, est dans le commerce juridique. Nul ne le conteste plus. L'objection qui avait motivé le refus de la reconnaissance de sa cessibilité en droit romain – à savoir qu'un lien d'obligation entre deux personnes serait par nature incessible à un tiers, cette cession emportant nécessairement rupture de ce lien – s'est progressivement dissipée devant les exigences du réalisme économique. C'est pourtant la même objection, la même **impossibilité conceptuelle**, qui a longtemps fait obstacle à l'idée qu'une dette – et, *a fortiori*, un contrat – puissent faire l'objet d'une cession. Pourtant, si un lien contractuel peut être cédé dans sa dimension active, pourquoi le même lien ne le pourrait-il pas également dans sa dimension passive ?

2. - Mais une autre objection surgit immédiatement. Ce n'est pas la même chose, est-on instinctivement porté à dire. Autant, en effet, il est généralement indifférent à un débiteur de devoir payer sa dette à telle personne ou à une autre, cessionnaire de la créance, autant il n'est absolument pas indifférent à un créancier d'avoir pour débiteur telle personne ou telle autre. Une créance représente une valeur objectivement appréciable, alors qu'**une dette ne vaut que ce que vaut le débiteur**. C'est dire qu'une simple symétrie doit être exclue. Une cession de dette ne saurait être imposée au créancier par la seule volonté du débiteur. Et l'on ne saurait, pour cette raison, se contenter d'une signification, encore moins d'une simple notification. Cette différence n'est toutefois nullement exclusive du principe même d'une cessibilité, que ce soit d'une dette ou d'un contrat, qui n'est autre chose, quoi qu'on ait dit, qu'une cession combinée de créance et de dette. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé, notamment par un arrêt du 30 avril 2009<sup>Note 1</sup>, à propos d'une cession de fonds de commerce pour l'euro symbolique, avec prise en charge du passif par l'acquéreur, "qu'une telle cession ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti". On remarquera que l'arrêt ne

prononce pas la nullité de la cession, mais la déclare seulement inopposable au créancier. Là gît la véritable spécificité de la cession de dette ou de contrat. Il est symptomatique que cet arrêt ait été compris par les uns comme ouvrant la voie vers l'admission de la cession de dette moyennant un accord tripartite<sup>Note 2</sup>, par d'autres comme ayant évité de se prononcer sur la question<sup>Note 3</sup> et par d'autres encore comme confirmant l'impossibilité d'une véritable cession de dette<sup>Note 4</sup>.

**3. -** Voyons à présent comment l'ordonnance du 10 février 2016 traite la question. **Du point de vue formel**, le premier constat est celui de la **délocalisation de la cession de créance**, qui migre du droit de la vente vers le régime général des obligations, sous une rubrique "Opérations sur obligations". Cette solution, retenue par tous les projets antérieurs à l'ordonnance, s'est imposée comme une évidence. La loi d'habilitation avait d'ailleurs donné, sur ce point, mandat impératif au Gouvernement. Une seconde observation porte sur la **localisation des trois cessions au sein de l'ordonnance**. Constatons d'abord que le "projet Catala" est resté muet sur la cession de dette, ce qui est bien le signe d'une réticence quant à son principe même, tout en admettant, curieusement, la cession de contrat, mais en la déguisant sous l'appellation de cession de la qualité de contractant. Au contraire, le "projet Terré", comme aussi les versions successives du projet de la Chancellerie qui ont circulé, proposaient de traiter successivement des trois sortes de cession. Aussi la publication de l'ordonnance a-t-elle créée une surprise, en détachant la cession de contrat de la cession de créance ou de dette et en la remontant, si l'on peut dire, **du titre IV**, Régime général des obligations, au **sous-titre I du Titre III**, consacré au contrat. C'est logique, dira-t-on, puisque le contrat est précisément l'objet de la cession. La pertinence de l'argument est indéniable. C'est pourtant en contemplation du régime de la cession de créance et, surtout, de la cession de dette, qu'a été conçu et que peut se comprendre celui de la cession de contrat<sup>Note 5</sup>. C'est pourquoi c'est dans cet ordre, et non dans celui des textes, que le dispositif issu de l'ordonnance sera présenté, ce qui permet d'aller du plus simple vers le plus complexe.

### **1. La cession de créance**

**4. -** Le nouveau droit de la cession de créance n'appelle que peu d'explications. Il comporte deux innovations majeures. La première consiste dans le rattachement déjà évoqué du dispositif la concernant au régime général des obligations et non plus au droit de la vente, ce qui a nécessité la réécriture du chapitre correspondant abritant les articles 1689 et suivants du code, intitulé, non plus "*Du transport des créances et autres droits incorporels*", mais "*Du transport de certains droits incorporels, des droits successifs et des droits litigieux*", à l'exclusion, par conséquent, des créances. Plusieurs articles de ce chapitre sont abrogés (1692, 1694 et 1695), d'autres modifiés. Certains avaient exprimé la crainte, au vu des projets, que le retrait litigieux disparaîtrait par oubli. Il n'en est rien. La possibilité du retrait litigieux, très utile, demeure. Un nouvel article 1701-1 est inscrit dans le même chapitre, qui précise que "*les articles 1689 à 1691 et 1693 ne s'appliquent pas aux cessions régies par les articles 1321 à 1326 du présent code*", ce qui signifie *a contrario* que les autres dispositions du même chapitre, tel qu'il est renommé, dont l'article 1699 relatif au retrait litigieux, s'appliquent à la cession de créance. La seconde innovation – la seule portant sur le fond – est constituée par la suppression de l'exigence de la signification de la cession au débiteur par acte d'huissier. Pour les raisons indiquées plus haut, cette simplification s'imposait. Outre l'alignement sur les modalités du nantissement de créance, elle opère un rapprochement entre la cession de créance de droit commun et celle des créances professionnelles régie par les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier, eux-mêmes issus de la loi "Dailly" du 2 janvier 1981. Cette simplification peut certes avoir pour rançon quelques "dégâts collatéraux" et

fraudes, mais la longue expérience (35 ans) de la pratique de la cession "Dailly" démontre que le risque est relativement marginal.

5. - Tout formalisme n'est pas pour autant banni, puisque la cession de créance **doit être passée par écrit à peine de nullité** (*C. civ., art. 1322*). Une fois de plus le législateur a donc succombé à la tentation du formalisme. Aucun des projets ne le prévoyait : ni le "projet Catala", ni le "projet Terré", ni aucune des versions du projet de la Chancellerie. Cette exigence n'est certes pas très contraignante. On imagine d'ailleurs difficilement qu'une cession de créance puisse ne pas être concrétisée par un écrit : il faut bien en fixer le prix et désigner le débiteur. De plus, il peut être nécessaire de la notifier à ce dernier comme on va le voir dans un instant : on ne peut notifier qu'un écrit. Mais l'exigence d'un écrit *ad probationem*, surtout dans les rapports entre les parties, aurait sans doute été suffisante. Il est tout de même étonnant qu'une cession d'immeuble, aussi important soit-il, n'exige, pour sa validité, que l'échange des consentements, et que pour la cession de la plus modeste des créances il faille un écrit *ad validitatem*.

6. - Sous cette réserve, la cession de créance sera dorénavant une cession banale, pouvant être à titre gratuit ou à titre onéreux, pouvant porter sur une ou plusieurs créances, présentes ou futures, déterminées ou au moins déterminables, qui emporte **effet translatif** à la date de l'acte (à moins qu'il s'agisse d'une créance future : *C. civ., art. 1323*) et qui est, par conséquent, pleinement opposable aux tiers dès cette date. Elle **ne requiert nullement le consentement du débiteur cédé**, à moins que la créance ait été stipulée incessible (*C. civ., art. 1321*), ce qui n'est pas nouveau. Au **débiteur cédé**, la cession n'est en revanche opposable, s'il n'y a pas consenti par anticipation ou dans l'acte de cession, qu'à compter de la **notification** qui lui en est faite ou d'un donné acte de sa part (*C. civ., art. 1324*). Ce même article précise le régime de l'opposabilité des exceptions et la charge des frais occasionnés par la cession. Il va de soi que le débiteur pourra opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette qu'il aurait pu opposer au cédant. L'article 1325 tranche le conflit pouvant naître de cessions successives d'une même créance, la préférence étant donnée au premier en date des cessionnaires, qui dispose d'un recours contre un autre auquel un paiement aurait été fait. L'article 1326, enfin, précise l'étendue des garanties qui peuvent, comme par le passé, incomber au cédant (*C. civ., art. 1693 à 1695 anciens*).

## 2. La cession de dette

7. - Il n'est sans doute pas utile de revenir sur les débats qui ont animé la doctrine pendant des décennies à ce sujet<sup>Note 6</sup>. La cession de dette existe. Elle est pratiquée, parfois à grande échelle. Toute position dogmatique tendant à en nier la possibilité conceptuelle est donc non seulement vaine, mais aujourd'hui dépourvue de sens. Il n'appartient pas au jurisconsulte de dicter à la pratique ses convictions philosophico-juridiques, mais d'encadrer la pratique et de la contenir dans les limites de la licéité et de celles qu'impose la protection de l'intérêt des tiers. Dès lors que la cession de dette existe, il est nécessaire de la reconnaître comme telle et de l'encadrer. D'ailleurs, des voies indirectes ou détournées la permettent depuis toujours – la novation, la délégation, voire la simple indication de paiement. Nier la voie directe et simple, tout en admettant les voies détournées, n'a guère de sens. Il est donc heureux que l'ordonnance du 10 février 2016 ait franchi le pas. Cinq articles ont suffi pour déterminer son régime. Leur exégèse (A) sera suivi d'une lecture critique, non du principe, mais des modalités (B).

### A. - Exégèse des textes

**8. - Le premier** – l'article 1327 nouveau – dispose clairement que *"un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette"*. L'exigence de l'accord du créancier cédé est immédiatement révélatrice d'une différence majeure par rapport à la cession de créance. Elle répond au constat que la cession de dette ne pouvait pas être simplement symétrique à la cession de créance, pour la raison indiquée plus haut : il ne peut être question d'imposer au créancier un autre débiteur. Cet accord peut revêtir diverses modalités, comme l'indique l'article 1327-1 : il peut être donné par avance, dès la naissance de la dette ou avant son exigibilité ; il peut aussi résulter d'une intervention du créancier à l'acte de cession. Sinon, dit le texte, le créancier *"ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte"*. L'analyse de cette formule, qui n'était pas dans les projets et qui s'est voulue plus précise, comporte cependant une redoutable **malfaçon**. Si on supprime la formule restrictive "ne... que", elle signifie que le créancier "peut se la voir opposer... du jour où elle lui a été notifiée **ou** qu'il en a pris acte". Ce "**ou**" devrait être un "**et**", sinon la formule est incompatible avec l'exigence de l'accord formulée par l'article précédent, puisqu'une notification serait suffisante. La formule claire de l'article 1327 paraît devoir en toute hypothèse l'emporter : l'accord du créancier est bien une condition de validité de la cession de dette.

**9. - Une autre différence** par rapport à la cession de créance est plus étonnante : aucune des dispositions relatives à la cession de dette ne subordonne sa validité à la rédaction d'un **écrit**. Il ne peut s'agir que d'un oubli : on ne comprendrait vraiment pas pourquoi un tel écrit serait requis *ad validitatem* pour la cession de créance et non pour la cession de dette. On peut espérer que la loi de ratification corrigera ces imperfections.

**10. - Restent à préciser les effets** de la cession de dette. Il résulte de l'article 1327-2 que l'accord exigé du créancier ne libère pas pour autant le débiteur initial, qui reste solidairement tenu avec le cessionnaire, **à moins que le créancier consente expressément à sa libération**. La formule n'est d'ailleurs pas dépourvue d'une certaine ambiguïté : *"Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré [...]"*. Si le "y" se rapporte à la cession, objet de l'article précédent, cela signifierait qu'il y a une différence entre l'accord mentionné à l'article 1327 et le consentement exprès de l'article 1327-2. Appliqué au même objet – la cession – cette différenciation entre deux consentements paraît source de difficultés. Plus vraisemblablement, le "y" doit se rapporter à ce qui suit – la libération du débiteur originaire, et non à ce qui précède. Tel était plus clairement le sens du projet de la Chancellerie : *"Le cédant n'est libéré que si le créancier y consent expressément [...]"*. Dans cette formulation, le "y" ne peut viser que la libération. Même si cette lecture l'emporte, il faudra néanmoins toujours deux consentements distincts, dont l'un doit être exprès et l'autre non, mais qui s'appliquent à des objets différents : la cession pour le premier, la libération du débiteur pour le second. Leur identification ne manquera pas de donner lieu à contentieux, d'autant que ce double consentement doit évidemment pouvoir être exprimé simultanément.

**11. - Les deux derniers articles** règlent, pour l'un, le régime de l'opposabilité des exceptions, de la même manière que pour la cession de créance, pour l'autre le sort des sûretés garantissant la dette cédée et le sort des codébiteurs. Les sûretés demeurent purement et simplement si le débiteur originaire reste lui-même tenu. Dans le cas contraire, ajoute l'article 1328-1, *« les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord »*. S'agissant de sûretés personnelles, il ne peut s'agir, semble-t-il, que de nouveaux engagements, ce qui pose le problème, par exemple, du renouvellement des mentions manuscrites. Pour les sûretés réelles consenties par des tiers, la solution est celle admise de longue date en cas de novation : elles *"ne subsistent qu'avec leur accord"*, donc aussi avec leur rang initial. Rien n'est dit, en revanche, dans ce cas, des sûretés consenties par le débiteur

initial, libéré par le créancier : sa dette se trouvant éteinte, les sûretés accessoires paraissent devoir l'être aussi. Étant devenu tiers par l'effet de la cession et de sa libération, il faut sans doute admettre qu'elles peuvent pareillement être maintenues avec son accord. Il n'aurait peut-être pas été inutile de le préciser. Quant aux codébiteurs du cédant, ils restent tenus pour le tout si le cédant le reste lui-même, et déduction faite de la part contributive du cédant s'il est déchargé par le cessionnaire.

## **B. - Appréciation du dispositif**

**12. -** Au-delà des difficultés d'interprétation ci-dessus évoquées, la question plus fondamentale que l'on peut se poser est de **savoir s'il est justifié que la validité même de la cession de dette fût subordonnée à l'accord du créancier**. Le "projet Terré", suivi en cela par celui de la Chancellerie, avait retenu une solution plus libérale, en admettant une cession purement consensuelle, étant précisé que le cédant n'était libéré que si le créancier consentait à sa libération. En d'autres termes, l'accord du créancier était requis pour la libération du cédant, non pour la cession elle-même. L'ordonnance retient une solution plus contraignante. Est-ce justifié ? Il est permis d'en douter.

**13. -** Que la cession de dette soit dépourvue d'effet pour le créancier s'il ne l'a pas acceptée, en d'autres termes qu'elle ne lui soit pas **opposable**, est une chose, et une chose nécessaire. Que sa validité même soit subordonnée à son consentement en est une autre, dont il est permis de penser qu'elle ne s'imposait pas. Faut-il dénier tout effet au contrat entre le cédant et le cessionnaire en l'absence d'acceptation du cédé ? Rien ne l'impose. D'ailleurs même ce consentement du créancier ne rend pas la cession parfaite, puisque, aux termes de l'article 1327-2, le cédant n'est libéré que moyennant un consentement exprès supplémentaire du créancier cédé. Il n'eût pas été incongru de reconnaître des degrés variables d'efficacité à la cession de dette. Plus précisément, trois niveaux d'efficacité seraient concevables : – effet entre les seules parties en l'absence d'accord du créancier ; – effet entre les trois intéressés en cas d'accord du créancier, mais sans libération du cédant ; – effet translatif parfait, enfin, en cas de libération expresse du cédant par le cédé. Une situation très voisine de la cession *inter partes* seulement peut d'ailleurs être créée par une simple indication de paiement, telle qu'elle est prévue par l'article 1352 nouveau. L'exigence de l'accord du créancier pour la validité de la cession a pour conséquence que le cessionnaire peut récuser son propre consentement tant que le créancier n'a pas exprimé le sien, ce qui est choquant. Telle est la raison pour laquelle on peut soutenir que la solution retenue est une demie mesure et que le législateur, influencé par des réticences d'un autre temps, s'est arrêté au milieu du gué.

## **3. La cession de contrat**

### **A. - Exégèse des textes**

**14. -** Compte tenu de ce qui vient d'être dit sur la cession de dette, il y a peu de choses à ajouter sur la cession de contrat, puisque le schéma – et même les formules employées – sont pour l'essentiel la reproduction du dispositif relatif à la cession de dette. Et c'est bien, de toute évidence, dans cet ordre là que la rédaction des textes a été conçue. On ne peut utilement raisonner sur la cession de contrat sans avoir préalablement résolu la question de la cession de dette, car si on ne pouvait, d'aventure, céder une dette, on ne voit pas comment on pourrait céder un contrat. C'est pourquoi le déplacement dans le chapitre du contrat de la cession de contrat (*C. civ.*, art. 1216 à 1216-3), qui peut paraître logique, n'est finalement pas si pertinent que cela. D'un point de vue didactique, le régime de la cession de contrat s'inscrit plus logiquement dans la continuité des dispositions régissant la cession de créance et la cession de dette.

**15.** - On a dit que la cession de contrat, appelée pour les besoins de la cause cession de la "position contractuelle", était autre chose qu'une addition d'une cession de créance et d'une cession de dette. C'est ce que soutient encore le rapport de présentation de l'ordonnance au Président de la République : la cession de contrat, est-il dit, "n'est pas la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance", tout en soulignant la cohérence du dispositif avec les règles applicables à celles-ci. On peut éprouver rétrospectivement l'impression que cette recherche d'une qualification différente avait surtout pour finalité d'expliquer l'existence indéniable, en pratique, de multiples exemples de cessions de contrats, tout en refusant d'admettre ouvertement la cession de dette. La juxtaposition des textes tels qu'ils résultent de l'ordonnance tend à démontrer, au contraire, la quasi identité des règles applicables à la cession de contrat et à la cession de dette, celles relatives à la cession de créance étant moins contraignantes. Cette identité de régime révèle forcément une identité de nature.

**16.** - Ainsi retrouve-t-on à propos de la cession de contrat les mêmes modalités discutables que pour la cession de dette, mais dans une rédaction qui ne recèle pas l'ambiguïté relevée à propos de celle-ci. L'indispensable accord du cocontractant cédé peut pareillement être donné **par avance**, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié **ou** lorsqu'il en prend acte. Le "ou" problématique dans l'article 1237-1 ne l'est pas ici, puisque le cocontractant cédé a consenti par avance à la cession. Il résulte de l'article 1216-1 que, comme pour la cession de dette, la cession acceptée par le cocontractant cédé ne libère pas pour autant le cédant à l'égard de ce dernier, cette libération requérant un consentement exprès supplémentaire. À défaut, le cédant reste solidairement tenu avec le cessionnaire.

**17.** - Les deux dispositions suivantes – articles 1216-2 et 1216-3 – précisent pareillement, d'une part, les exceptions que le cessionnaire peut ou ne peut pas opposer au cédant : où l'on retrouve la distinction entre celles qui sont inhérentes à la dette et celles qui sont personnelles au cédant, d'autre part, le sort des sûretés initialement constituées, qui subsistent de droit si le cédant reste lui-même tenu et moyennant l'accord des tiers garants dans le cas contraire. Quant aux éventuels codébiteurs solidaires du cédant, ils restent intégralement tenus si le cédant le reste lui-même et déduction faite de la part de celui-ci s'il est libéré. L'identité des solutions par rapport à celles exposées plus haut à propos de la cession de dette est totale.

## **B. - Appréciation du dispositif**

**18.** - Le dispositif tel qu'il résulte des nouveaux textes soulève les mêmes interrogations que celles exposées plus haut. Le "projet Terré" proposait pareillement de reconnaître effet à la cession de contrat sans l'accord du cocontractant cédé. Au contraire, la Chancellerie avait déjà inscrit cette exigence de l'accord du cédé dans son projet, ce qui constituait une incohérence par rapport à la solution initialement proposée pour la cession de dette. Mais les mêmes questions font douter de la pertinence de l'exigence de l'accord du cocontractant cédé. Pourquoi l'accord des volontés du cédant et du cessionnaire serait-il privé de tout effet *inter partes*, dès lors que, bien évidemment, il ne saurait être comme tel opposable au cédé ? La situation de ce dernier ne s'en trouverait en rien affectée. Il pourrait, bien au contraire, s'en prévaloir, dès lors qu'il en aurait connaissance, et bénéficier ainsi d'un second débiteur. Il faut d'ailleurs se demander quel sera, sous l'empire du nouveau texte, le sort d'un tel accord avant que le cédé y ait consenti ou en l'absence de ce consentement. Si l'on s'en tient à la lettre du texte, il doit être considéré comme nul. Pourtant, sauf si le cédé a consenti par avance à la cession du contrat, comme l'article 1216 précité en prévoit la possibilité, l'accord entre le

cédant et le cessionnaire précédera souvent celui du cédé. Rien ne paraît justifier qu'aucun effet ne soit reconnu à cet accord bilatéral.

**19.** - À nouveau, la dualité des consentements du cédé à la cession, d'une part, à la libération du cédant, d'autre part, pose problème et soulève même, d'un point de vue rédactionnel, une certaine perplexité. Selon l'article 1216, la cession requiert l'accord du cédé et paraît donc encourir, à défaut, la nullité, comme il vient d'être dit. Selon la lettre de l'article 1216-1, "*si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant [...]*". Comment distinguer un "accord" donné par écrit et un "consentement exprès", qui produirait l'effet supplémentaire de libérer le cédant ? De plus, grammaticalement, la formule "**si le cédé y a expressément consenti**" ne peut se rapporter, cette fois, qu'à **la cession** de contrat, mentionnée tant dans la dernière proposition de l'article précédent qu'immédiatement après la virgule qui sépare les deux membres de phrase. S'il faut au contraire comprendre que ce consentement exprès supplémentaire concerne non la cession, mais la libération du cédant, ce qui serait plus cohérent, le texte est manifestement mal rédigé. Ce qui accredit cette seconde lecture, à supposer que la lettre du texte la permette, c'est que le projet de la Chancellerie comportait une formule plus satisfaisante : "La cession de créance ne libère le cédant que si le cédé y a expressément consenti". Ce que le "y" désigne dans cette formulation n'est pas d'une totale limpidité, comme dans celle relative à la cession de dette, mais la raison permet de considérer qu'elle désigne la libération du cédant et non pas la cession. La lettre de l'article 1216-1 permet plus difficilement de retenir un autre sens que celui que la grammaire paraît imposer.

#### 4. Conclusion

**20.** - Que dire en conclusion ? Il est heureux que la cession de créance soit enfin libérée du carcan de la signification. Il est pareillement heureux que la cession de dette et la cession de contrat soient clairement reconnues et dotées d'un régime. L'exigence d'un écrit *ad validitatem* ne se justifie pas réellement, en revanche. Elle peut cependant paraître légère dès lors que les parties ne manquent jamais de consigner un tel contrat par écrit. La nécessité du consentement du créancier ou du cocontractant, en cas de cession de dette ou de contrat, est plus contestable. Elle laisse l'impression que la distinction claire entre nullité et inopposabilité pose toujours problème. Que la cession de dette ou de contrat soient inopposables au créancier ou cocontractant qui n'y a pas adhéré s'impose. Qu'elle soit nulle sans cet accord est au contraire difficilement justifiable et peut être source de plus de difficultés qu'il n'y paraît à première lecture. Les rédacteurs de l'ordonnance paraissent avoir été effrayés par leur propre audace, à moins qu'ils n'aient été soumis à forte pression dans le cadre de la consultation qui a précédé la publication de l'ordonnance. Deux pas en avant, puis un pas en arrière : telle est l'impression que laisse ce dispositif. Il ne faut sans doute pas trop attendre de la loi de ratification. Les textes issus de l'ordonnance risquent donc de demeurer figés pour longtemps.

---

Note 1 *Cass. Ire civ.*, 30 avr. 2009, n° 08-11.093 : *JurisData* n° 2009-047955 ; *Bull. civ.* 2009, I, n° 82 ; *JCP G* 2009, 73, note *Ansault* ; *D.* 2009, p. 2400, note *Andreu* ; *RTD civ.* 2009, p. 531, obs. *Fages* ; *Defrénois* 2009, art. 38944, p. 1289, obs. *R. Libchaber*.

Note 2 *V. L. Andreu*, note préc. – *J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Le rapport d'obligation : Sirey 2015, 9e éd.*, n° 414.

Note 3 *B. Fages*, obs. préc.

Note 4 *R. Libchaber*, obs. préc. – *Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations : Dalloz 2011, 5e éd.*, n° 1435, 1437 et 1443.



Note 5 La cession de créance et de dette figurent sous une rubrique intitulée "Les opérations sur obligations". Cet intitulé paraît tout à fait pertinent : la créance, ou la dette, constitue l'objet même de la cession. L'est moins le fait que sont placées sous la même rubrique la délégation et la novation, qui impliquent création d'une obligation nouvelle ayant pour finalité l'extinction d'une obligation préexistante. L'opération est donc d'une tout autre nature. L'ambiguïté est d'autant plus regrettable que la novation et la délégation sont très fréquemment confondues, précisément, avec des opérations modificatives ou translatives d'obligations.

Note 6 V. E. Gaudemet, *Essai sur le transport de dette à titre particulier : Thèse Dijon 1898*. – R. Saleilles, *De la cession de dette : Ann. dr. com.*, 1890, p. 1. – L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes : Economica 1984*. – L. Andreu, *Du changement de débiteur : Thèse Paris XI 2008*.

## IV. EXERCICES

### ➤ Cas pratique

Dans chacune des situations suivantes, vous déterminerez, en vous justifiant, la nature des contrats en cause.

- **1.** Pour sa troisième année de licence, les parents de Juliette lui ont acheté une tablette électronique afin qu'elle puisse prendre plus facilement des notes en cours magistral. Après s'être aperçue de la difficulté qu'elle rencontrait pour le traitement de texte, elle propose à Cécile, son amie d'enfance, d'échanger sa tablette contre un ordinateur portable. Cécile, estimant que son ordinateur vaut plus que la tablette, décide de verser 250 euros à Juliette pour la tablette et demande à cette dernière qu'elle lui verse 500 euros pour l'obtention de son ordinateur, ce que Juliette accepte.
- **2.** Dès le mois d'octobre, Juliette rencontre de graves difficultés techniques avec l'ordinateur qu'elle a acheté à son amie. Celui-ci s'arrête régulièrement sans explication. Elle décide donc de se rendre chez un réparateur qui l'informe de la nécessité de changer le ventilateur. Il réalise un devis s'élevant à 95 euros. Elle décide de payer le prix.
- **3.** A la fin de son année universitaire, obtenue avec les honneurs, Juliette souhaite se débarrasser de cet ordinateur car, même s'il est fonctionnel, il lui rappelle trop de mauvais souvenirs (perte de cours, prise de notes manuscrites etc.). Pour ce faire, elle dépose son ordinateur dans un magasin spécialisé dans la revente de produits d'occasion en stipulant, dans le contrat qui la lie au commerçant, qu'elle « *reste propriétaire du bien tant qu'il n'a pas été vendu* ».

## SEANCE 2 : LA NEGOCIATION ET LE PACTE DE PREFERENCE

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.

### II. JURISPRUDENCE

- Cass, Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mai 1968, n° 66-13187, D. 1999. Somm. 9, obs. Brun.
- Cass. Com., 20 mars 1972, n° 70-14154, JCP 1973. II.17543, note Schmidt.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 octobre 1982 : Bull. civ. III, n° 208.
- Cass. Com, 7 mars 1989 : D. 1989, p. 231.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 1997 : RTD Civ. 1997, n° 129.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999 : RJDA 1999, n° 536.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999 : RJDA 1999, n° 392.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001 : RJDA 2002, n° 25.
- Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 et 00-10949.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mai 2005, n° 03-19411.
- Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, n°03-19376.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 février 2007, n°05-21814.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, n° 07-11.690.
- Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, n°08-13230.
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.936.
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2011, n° 10-18.105.
- Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366.

### III. DOCTRINE

- Ch. ATIAS, *La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi*, D. 1998, Chron. 203.
- E. JEULAND, *Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne*, D. 1998, Chron. 356.
- D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle » : *in Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 637.
- D. MAINGUY, *La violation du pacte de préférence*, Droit et patrimoine, janvier 2006, p.72.
- D. MAINGUY, *Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ?*, D. 2006, p. 1861.
- J.-F. BARBIERI, *Exécution forcée du pacte de préférence : la substitution, une illusion ?*, Note sous Cour de cassation (ch. mixte) 26 mai 2006, Rev. Sociétés, 2006, p. 808.
- H. BARBIER, *L'interprétation stricte des pactes de préférence entraîne l'interprétation extensive de leurs exceptions !*, RTD Civ. 2016, p. 110.
- I. BEINEIX et L.-C. LEMMET, *La négociation des contrats*, RTD Com. 2016, p. 1.
- M. FAURE-ABBAD, *L'impact des règles de conclusion des contrats*, RDI 2016, p. 316.

- Ph. FOURNIER, *Les apports de l'ordonnance en matière de pourparlers et d'avant-contrats*, Dalloz IP/IT 2016 p.236.
- R. MORTIER, *Pacte de préférence : codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire*, Dr. sociétés, n° 4, 2016, comm. 53.
- H. BARBIER, *Où l'usage du droit de préemption dans le seul but d'évincer le tiers acquéreur n'est pas constitutif d'un abus*, RTD Civ. 2017 p. 375.

#### **IV. EXERCICE :**

Résoudre le cas pratique.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1101 C. civ. (ex-art. 1101 C. civ.) :** Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

**Art. 1103 C. civ. (ex-art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) :** Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Art. 1104 C. civ. (ex-art. 1134 al. 3, C. civ.) :** Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public.

**Art. 1112 C. civ. (disposition nouvelle) :** L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

**Art. 1116 C. civ. (disposition nouvelle) :** Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.

**Art. 1123 C. civ. (disposition nouvelle) :** Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

**Art. 1128 C. civ. (ex-art. 1108 C. civ.) :** Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain.

**Art. 1162 C. civ. (v. ex-art. 1108 C. civ.) :** Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

**Art. 1193 C. civ. (ex-art. 1134, al. 2, C. civ.) :** Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

**Art. 1196 C. civ. (ex-art. 1138 C. civ.) :** Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.

**Art. 1221 C. civ. (ex-art. 1142 C. civ.) :** Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

**Art. 1231-1 C. civ. (ex-art. 1147 C. civ.) :** Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

**Art. 1240 C. civ. (ex-art. 1382 C. civ.) :** Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

**Art. 1241 C. civ. (ex-art. 1383 C. civ.) :** Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

## II. JURISPRUDENCE

### ➤ Cass, civ., 3<sup>ème</sup>, 10 mai 1968, n° 66-13187.

SUR LE MOYEN UNIQUE : ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET INFIRMATIF ATTAQUE QU'EN OCTOBRE 1963, LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE RIVIERA HOLLYDAY CONSENTAIT A Y..., AGENT IMMOBILIER, L'EXCLUSIVITE DE LA VENTE D'UN IMMEUBLE A USAGE DE BUREAUX, SIS A NICE, JUSQU'AU 30 NOVEMBRE 1963, DELAI PROROGÉ PAR LA SUITE JUSQU'AU 31 DECEMBRE, 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..., INTERESSE PAR CETTE ACQUISITION, JUSQU'AU 15 DECEMBRE 1963 ;

QUE PAR LETTRE DU 12 NOVEMBRE, CE DERNIER FAISAIT CONNAITRE LES CONDITIONS DE SON ACCEPTATION

EVENTUELLE ET LE 22 NOVEMBRE, LEVAIT EXPRESSEMENT L'OPTION QUI LUI AVAIT ETE CONSENTIE LE 24 OCTOBRE 1963, EN PRECISANT PAR UNE LETTRE RECOMMANDEE CONFIRMATIVE DU 27 NOVEMBRE, QU'IL ETAIT ACQUEREUR AUX PRIX ET CONDITIONS FIXES PAR LE MANDAT DONNE A Y... ET PRIAIT LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE DE PRENDRE CONTACT AVEC LE NOTAIRE EN VUE DE LA REALISATION DE CETTE VENTE ; QUE SOMMATION PAR HUISSIER ETAIT FAITE LE MEME JOUR PAR Y... A LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE D'AVOIR A COMPARAITRE DEVANT NOTAIRE POUR REALISER L'ACTE DE VENTE ; QUE PAR LETTRE DU 3 DECEMBRE, LE GERANT DE LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE FAISAIT CONNAITRE A Y... QUE CETTE AFFAIRE S'AVERAIT IMPOSSIBLE, L'OPTION ETANT TOMBEE ET QU'IL REPRENAIT SA LIBERTE DE DISPOSITION ;

QUE LA COUR D'APPEL CONDAMNAIT LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE RIVIERA HOLLYDAY A VERSER A X... LA SOMME DE 15000 FRANCS A TITRE DE DOMMAGES-INTERETS ;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A L'ARRET D'AVOIR DECIDE QUE LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE AVAIT CAUSE A X... UN PREJUDICE EN REFUSANT DE DONNER SUITE A UNE PROPOSITION DE VENTE QUI AVAIT ETE ACCEPTEE PAR CE DERNIER, ALORS QU'IL RESULTE DES CONSTATATIONS MEMES DE L'ARRET QUE LA PROPOSITION EN QUESTION AVAIT ETE RETIREE PAR LA SOCIETE AVANT QU'ELLE EUT ETE ACCEPTEE ET QUE SI UNE REPRISE DES POURPARLERS ENTRE LES PARTIES S'ETAIT ENSUITE PRODUITE, ELLE N'AVAIT PU ABOUTIR A AUCUN ACCORD ;

MAIS ATTENDU QUE SI UNE OFFRE DE VENTE PEUT EN PRINCIPE ETRE RETRACTEE TANT QU'ELLE N'A PAS ETE ACCEPTEE, IL EN EST AUTREMENT AU CAS OU CELUI DE QUI ELLE EMANE S'EST EXPRESSEMENT ENGAGE A NE PAS LA RETIRER AVANT UNE CERTAINE EPOQUE ;

➤ **Cass. Com., 20 mars 1972, n° 70-14154, JCP 1973. II.17543, note Schmidt.**

SUR LES DEUX MOYENS REUNIES : ATTENDU QUE, SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE (COLMAR, 13 JUILLET 1970) LA SOCIETE DES ETABLISSEMENTS X... 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 X... DU 13 AU 23 MAI 1966 POUR VOIR

QUE LES JUGES DU SECOND DEGRE QUI CONSTATENT QUE L'OFFRE QUI AVAIT ETE FAITE PAR LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE RIVIERA HOLLYDAY VALABLE JUSQU'AU 15 DECEMBRE 1963, AVAIT ETE ACCEPTEE EXPRESSEMENT PAR SON BENEFICIAIRE PAR LETTRE DU 24 OCTOBRE CONFIRMEE LE 27 NOVEMBRE 1963, ONT JUSTEMENT DEDUIT DE CES CONSTATATIONS SANS SE CONTREDIRE QUE X... AYANT LEVE L'OPTION CONFORMEMENT AU MANDAT DONNE A Y... PAR LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE L'ACCORD DES VOLONTES ETAIT REALISE ET QUE SI UNE DIFFICULTE AVAIT SURGI DE NOUVEAU IL APPARTENAIT A LA SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE RIVIERA HOLLYDAY DE LA FAIRE CONSTATER REGULIEREMENT NOTAMMENT EN SOLLICITANT DU NOTAIRE L'ETABLISSEMENT D'UN PROCES-VERBAL DE CARENCE ;

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

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI.

FONCTIONNER CES MACHINES, LA SOCIETE X... 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 X... 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 X... ;

QUE LE 16 JUIN 1966 LA SOCIETE VILBER-LOURMAT SIGNA AVEC LA SOCIETE LES TUYAUX CENTRIFUGES DU RHIN, CONCURRENTE DE LA SOCIETE X..., 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 X... 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 X... 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 X... 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 X... 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 X..., 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 X... 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 X..., 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.

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 octobre 1982, N° de pourvoi : 81-11733.**

SUR LE MOYEN UNIQUE : ATTENDU, SELON L'ARRET ATTAQUE (PARIS, 12 JANVIER 1981), QUE M MARCEL MAITRE, AUX DROITS DUQUEL SE TROUVE M MICHEL MAITRE, A DONNE

A BAIL AUX EPOUX DELUC DIVERS LOCAUX COMPRIS DANS UN IMMEUBLE DONT IL ETAIT PROPRIETAIRE AVEC UN DROIT DE



PREFERENCE AU CAS DE VENTE DES LOCAUX CONCERNES ;

QUE M MICHEL MAITRE AYANT VENDU L 'ENSEMBLE DE L'IMMEUBLE A MME SENEZE SANS AVOIR EGARD AUX DROITS DES EPOUX DELUC, CES DERNIERS ONT ASSIGNE M MAITRE ET MME SENEZE EN NULLITE DE LA VENTE, EN REALISATION DE CELLE-CI A LEUR PROFIT ET EN DOMMAGES-INTERETS ;

ATTENDU QUE LES EPOUX DELUC FONT GRIEF A L'ARRET DE LES AVOIR DEBOUTES DE LEUR DEMANDE EN NULLITE DE LA VENTE ALORS, SELON LE MOYEN, "QUE LA SEULE FAUTE DE L'AC QUEREUR RESULTANT DE LA CONNAISSANCE QU'IL AVAIT DU PACTE DE PREFERENCE SUFFIT A JUSTIFIER L'ANNULATION DE LA VENTE INDEPENDAMMENT DE TOUTE INTENTION DOLOSIVE ;

QUE LA COUR D'APPEL, QUI CONSTATE EXPRESSEMENT QUE MME SENEZE AVAIT CONNAISSANCE DU PACTE DE PREFERENCE, NE POUVAIT SE

REFUSER DE PRONONCER LA NULLITE DE LA VENTE SANS VIOLER L'ARTICLE 1143 DU CODE CIVIL" ;

MAIS ATTENDU QUE L'ARRET ENONCE EXACTEMENT "QUE LA NULLITE DE LA

VENTE QUI PORTERAIT ATTEINTE AUX DROITS DE L'ACQUEREUR, PRESUME DE BONNE FOI, NE PEUT ETRE ORDONNEE QUE SI MME SENEZE AVAIT CONTRACTE AVEC M MAITRE DANS DES CONDITIONS FRAUDULEUSES ;

QUE CETTE FRAUDE IMPLIQUE QU'ELLE AVAIT CONNAISSANCE, NON SEULEMENT DE L'EXISTENCE DE LA CLAUSE DE PREFERENCE, MAIS ENCORE DE L'INTENTION DES BENEFICIAIRES DE S'EN PREVALOIR" ;

QUE LA COUR D'APPEL RETIENT SOUVERAINEMENT QUE SI MME SENEZE AVAIT CONNAISSANCE DE LA CLAUSE DE PREFERENCE, IL N'ETAIT PAS ETABLI QU'ELLE AIT SU, AU MOMENT OU ELLE SIGNAIT L'ACTE DE VENTE, QUE LES EPOUX DELUC AVAIENT MANIFESTE LEUR VOLONTE D'ACQUERIR L'IMMEUBLE ET QUE MICHEL MAITRE LEUR AVAIT SCIEMMENT DISSIMULE SON INTENTION DE VENDRE POUR LES EMPECHER DE MANIFESTER CETTE VOLONTE EN TEMPS UTILE ;

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

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 12 JANVIER 1981 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

➤ **Cass. Com. 7 mars 1989, N° de pourvoi : 87-17212.**

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le 28 décembre 1981, M. Schwich, président du conseil d'administration de la société Schwich et Baizeau (S et B), société holding dont les actions sont cotées à la bourse de Lyon, a proposé aux actionnaires majoritaires un pacte destiné à renforcer les liens existant entre eux et organisant une procédure de préemption d'actions ; que ces actionnaires ont apposé leur signature sur ce document, en particulier, MM. Peltié, Martinez, Jean-Baizeau, Roger Baizeau, Jullien de Pommerol (les consorts Peltié) ainsi que

MM. Schwich et Dufour ; que les consorts Peltié ont appris par un avis publié dans la presse par la chambre syndicale des agents de change le 13 août 1986, que M. Schwich et divers autres actionnaires avaient accordé des options d'achat irrévocables à la société Saigmag et que celle-ci, pouvant ainsi acquérir le contrôle de la société S et B, offrait d'acheter en bourse toutes les actions qui lui seraient présentées, au cours auquel la cession de bloc avait été fixée ; que les consorts Peltié ont fait défense à la société Saigmag d'acquérir les actions en invoquant leur

droit de préemption et fait connaître à MM. Schwich et Dufour qu'ils étaient tenus de leur remettre ces actions ; que, n'ayant pas obtenu satisfaction, ils les ont assignés ; que, par l'arrêt confirmatif attaqué, la cour d'appel a reconnu la validité du droit de préemption conféré aux consorts Peltié sur les actions de la société S et B qui avaient fait l'objet de l'option d'achat accordée à la société Saimag par MM. Schwich et Dufour, a ordonné à ces derniers de remettre aux consorts Peltié les ordres de mouvement des actions contre remise du prix et a dit, qu'à défaut d'exécution dans le délai imparti, la décision vaudrait ordre de mouvement contre consignation du prix ; Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :

Attendu que les consorts Peltié soutiennent que les moyens du pourvoi formé par la société Saimag sont devenus irrecevables, faute d'intérêt à agir au jour où la cour est appelée à statuer ; qu'ils font valoir que MM. Schwich et Dufour se sont désistés du pourvoi qu'ils avaient formé contre le même arrêt après que fut intervenue une transaction signée entre eux-mêmes et MM. Schwich et Dufour, ainsi que M. Gros agissant tant en son nom personnel qu'au nom des sociétés S et B, Solep et Sabla ; qu'aux termes de cet accord, les parties ont renoncé à toutes actions engagées en relation avec le litige les opposant, MM. Schwich et Dufour déclarant acquiescer au jugement confirmé par l'arrêt ; qu'il s'en suivrait que le transfert des actions aux consorts Peltié serait devenu irrévocable et que la situation nouvelle ainsi créée serait opposable à la société Saimag et la priverait désormais d'intérêt à agir en vue de remettre en cause les dispositions de l'arrêt ;

Mais attendu qu'en dépit de la transaction susvisée, à laquelle elle n'était pas partie, la société Saimag conserve un intérêt à demander la cassation de l'arrêt attaqué en ce qu'il aurait méconnu ses droits en violation de la loi ; que tel étant l'objet des

moyens proposés, le pourvoi demeure recevable ;

Sur le premier moyen, et sur le cinquième moyen, pris en ses trois branches, réunis : (sans intérêt) ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre branches, et le quatrième moyen, pris en ses première, deuxième, cinquième et sixième branches, réunis :

Attendu que la société Saimag fait aussi à la cour d'appel les griefs, et met en oeuvre les moyens reproduits en annexe ;

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la convention de préemption s'appliquait " en cas de cession d'actions ", que ses signataires étaient tenus de ne pas céder leurs actions à des tiers sans avoir préalablement offert à leurs cocontractants de s'en porter acquéreur, et que l'engagement pris par MM. Schwich et Dufour en faveur de la société Saimag précisait qu'" en cas de levée de l'option, les actions S et B seront retenues pour une valeur de 300 francs et payées en actions Copargest " ; que de ces seules énonciations, elle a déduit à bon droit, hors toute dénaturation, que les termes de l'accord couvraient tout transfert de la propriété des actions, et qu'en particulier l'échange emportait cession des titres à un prix déterminé ; que les moyens ne sont fondés en aucune de leurs branches ;

Sur la recevabilité du troisième moyen, contestée par la défense : (sans intérêt) ;

Mais, sur le troisième moyen, pris en ses trois branches et les troisième et quatrième branches du quatrième moyen :

Vu l'article 1142 du Code civil ;

Attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ;

Attendu qu'après avoir reconnu la validité du droit de préemption des consorts Peltié, la cour d'appel a ordonné à MM. Schwich et Dufour de leur remettre les ordres de mouvement dûment signés pour les actions qu'ils détenaient contre la remise du prix correspondant ;

Attendu qu'en mettant ainsi à néant les conventions passées entre MM. Schwich et Dufour et la société Saigmag, et en ordonnant la substitution des consorts Peltié à cette société dans la propriété des actions, la cour d'appel, qui n'a pas retenu que l'acquisition des titres de la société S et B faite par la société Saigmag résultait

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup> 30 avril 1997, N° de pourvoi : 95-17598.**

Sur la déchéance du pourvoi principal, invoquée par la défense :

Attendu qu'après avoir formé un recours en cassation le 28 juillet 1995, contre un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 7 avril 1995, la société Office européen d'investissement a été mise en liquidation judiciaire par un jugement du 18 décembre 1995 qui a désigné M. Chevrier en qualité de liquidateur ; que le mémoire du

demandeur a été remis au secrétariat-greffe et signifié le 26 décembre 1995, au nom de la société OFEI et que le liquidateur n'a repris l'instance que le 7 novembre 1996 après l'expiration du délai de 5 mois à compter de sa désignation prévu à l'article 978 du nouveau Code de procédure civile ; d'où il suit que la déchéance du pourvoi est encourue ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi provoqué :

Vu l'article 1142 du Code civil ;

Attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 7 avril 1995), que, suivant un acte du 13 novembre 1990, la société Imprimerie H. Plantin a donné à bail des locaux à l'association Médecins du

d'une collusion frauduleuse entre cédants et cessionnaire, a violé le texte susvisé ;  
PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en ce qu'il a mis à néant la convention passée entre MM. Schwich et Dufour et la société Saigmag et ordonné la substitution à celle-ci des consorts Peltié, l'arrêt rendu le 23 juin 1987, 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 Lyon

Monde (l'association) ; que l'acte comportait une

clause aux termes de laquelle " en cas de vente de l'immeuble le droit de préemption

sera en priorité accordé par le bailleur au preneur " ; que, par acte authentique du 13 février 1991, la société Imprimerie H. Plantin a vendu les locaux à la société Office européen d'investissement

(OFEI) moyennant un prix de 7 000 000 francs ; que la société Sofal est intervenue à l'acte pour consentir un prêt à l'acquéreur ; que, le 20 février 1991, la société OFEI a fait une offre de vente des locaux à l'association moyennant le prix de 14 500 000 francs ; que, après avoir refusé d'acquérir les locaux en l'état, l'association a donné son accord, le 28 octobre 1991, pour les acquérir au prix de 9 500 000 francs, la vente devant intervenir le 14 décembre 1991 au plus tard ; que l'association a assigné les sociétés imprimerie H. Plantin et OFEI en annulation de la vente du 13 février 1991 et en substitution avec remboursement des sommes versées au titre des loyers ; que la société Sofal est intervenue à l'instance ;

Attendu que, pour dire que l'association est substituée à la société OFEI dans la vente aux prix et conditions de celle-ci, l'arrêt retient que les droits du bénéficiaire d'un pacte de préférence sont opposables au tiers acquéreur du bien dans la mesure où celui-ci a commis

une fraude ; qu'en l'espèce la collusion entre la société Imprimerie H. Plantin et la société OFEI est évidente et leur mauvaise foi caractérisée et qu'il sera fait droit à la demande de l'association tendant à voir confirmer le jugement en ce qu'il a ordonné sa substitution dans la vente litigieuse ;

Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999, N° de pourvoi : 95-19217.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1142 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 26 mai 1995), que Mme Morin a donné à bail un appartement à usage professionnel à M. Bourva, masseur-kinésithérapeute, ainsi qu'à M. Lanouenan, médecin ; que les parties sont convenues qu'en cas de vente

des locaux pendant la durée de la location, la bailleuse s'engageait à donner la préférence " au preneur " à prix et conditions équivalents ; que M. Bourva a cédé le droit au bail à Mlle Gonnet, kinésithérapeute, la propriétaire ayant accepté la cessionnaire comme nouveau locataire dans les mêmes conditions du bail ; que Mme Morin ayant vendu cet appartement à la société civile immobilière 28 (SCI), représentée par son gérant, M. Lanouenan, Mlle Gonnet a assigné Mme Morin, la SCI, M. Lanouenan et M. X..., notaire rédacteur de l'acte de vente, en annulation de cette vente et paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient que M. Lanouenan a constitué une SCI pour dissimuler la vente des locaux à son profit, que cette

dissimulation, qui lui a permis de ne pas apparaître comme le bénéficiaire de l'acquisition, a été efficace, Mlle Gonnet

CONSTATE la déchéance du pourvoi principal ;

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 avril 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 Versailles.

ayant réalisé tardivement que l'opération avait été effectuée pour son colocataire ; que M. Lanouenan s'est rendu complice de la fraude au préjudice de la cessionnaire, qui n'a pu manifester son intention d'acheter, et que la collusion frauduleuse de la propriétaire et de la SCI doit entraîner la nullité de la vente ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, au besoin d'office, si M. Lanouenan avait eu connaissance de l'intention du cotitulaire du droit de préférence de faire usage de son droit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a rejeté la demande de garantie formée contre le notaire et rejeté la demande de nullité du pacte de préférence, l'arrêt rendu le 26 mai 1995, 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 Paris.

---

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, N° de pourvoi : 96-16040.**

Sur les deux moyens, réunis, après avis donné aux avocats :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 19 mars 1996), que, suivant un acte du 10 novembre 1977, M. Pinel a vendu des parcelles de terre à Mme Dumas de la Roque, l'acte comprenant un pacte de préférence portant sur des parcelles contiguës et stipulant que le pacte liait le vendeur, ses héritiers et représentants ; que, suivant un acte du 22 février 1982, M. Pinel a vendu à M. Seilhan l'ensemble de sa propriété ; que Mme Dumas de la Roque a fait publier le pacte de préférence à la conservation des hypothèques ; que M. Seilhan ayant été mis en redressement judiciaire, une décision du 10 juin 1992 a autorisé la cession de la propriété à M. Mudarres ; que Mme Dumas de la Roque a assigné M. Mudarres et M. Coumet, ès qualités de commissaire à l'exécution du plan, en revendication des parcelles, objet du pacte de préférence ; qu'en appel, Mme Dumas de la Roque a demandé qu'en cas de refus de cession, MM. Seilhan, Mudarres et Coumet soient condamnés à lui verser des dommages et intérêts ; Attendu que Mme Dumas de la Roque fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes alors, selon le moyen, 1° que le jugement du tribunal de grande instance d'Auch du 10 juin 1992, arrêtant le plan de cession de l'exploitation de M. Seilhan déclaré en redressement judiciaire a renvoyé M. Mudarres et Mme Dumas de la Roque devant la juridiction civile pour vider le litige existant entre eux quant à l'application du pacte de préférence, demandant ainsi au juge civil de trancher la question de savoir si le pacte de préférence permettait à Mme Dumas de la Roque d'aboutir dans sa revendication contre M. Mudarres ; qu'en estimant que le juge de la procédure collective aurait exclu l'application du pacte de préférence à la cession effectuée au profit de M. Mudarres, là où il a au contraire réservé l'étendue des droits du repreneur en fonction de la décision du juge civil auquel la connaissance de ce litige était dévolue, la cour d'appel a méconnu la chose jugée par le jugement du 10 juin 1992, violant l'article 1351 du Code civil ; 2° que l'action en paiement d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture doit être dirigée contre le commissaire à l'exécution du plan, désigné pour la durée de ce plan avec mission de veiller à son exécution ; que la demande en paiement de dommages-intérêts pour inexécution du pacte de préférence à raison de la cession intervenue dans le cadre du redressement judiciaire, dirigée notamment contre le commissaire à l'exécution du plan de redressement de M. Seilhan, et qui était partie en première instance, était dès lors parfaitement recevable, quelle que soit la nouveauté de la demande dirigée directement contre M. Seilhan mis en cause devant la cour d'appel ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a statué par un motif inopérant et violé l'article 67, alinéa 1er, de la loi du 25 janvier 1985 ; 3° que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; que l'inexécution donne lieu à dommages-intérêts, peu important qu'elle n'ait pas été fautive ; qu'en se fondant, pour refuser de faire droit à la demande de Mme Dumas de la Roque tendant à obtenir le paiement de dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation issue du pacte de préférence, sur l'absence de faute commise par M. Seilhan ou par le commissaire à l'exécution du plan, la cour d'appel a violé l'article 1142 du Code civil ;

Mais attendu que le pacte de préférence constitue une créance de nature personnelle ; que la cour d'appel, ayant retenu que le pacte de préférence avait été institué par M. Pinel au profit de Mme Dumas de la Roque, cette dernière ne disposait d'aucun droit à l'encontre de M. Seilhan pour l'inexécution de ce pacte auquel il n'était pas partie ; que par ces motifs de pur droit substitués à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE le pourvoi.**

---

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, N° de pourvoi : 98-20673.**

Attendu que, le 18 février 1985, M. de Lassée, président-directeur général de la société L'Assurance universelle, a adressé à M. Carrier, avec qui il réalisait certaines opérations en co-courtage, une lettre précisant que " pour ce qui concerne les contrats que nous assurons en commun, j'ai noté votre accord pour nous laisser une priorité de reprise si d'aventure vous décidiez un jour de ne plus intervenir " ; qu'à cela, M. Carrier a répondu, le 1er mars suivant, " je vous confirme mon accord pour vous laisser une priorité de reprise sur les contrats que nous assurons en commun dans le cas d'une cessation d'activité " ; qu'en vertu d'un protocole d'accord du 31 mai 1994, M. Carrier a cédé ses actions dans la société Cabinet Carrier à la société de courtage Sega, l'évaluation de ces actions étant établie en fonction du chiffre d'affaires réalisé au 31 décembre 1993 ; que, par une lettre du 3 mai 1994, L'Assurance universelle a rappelé au Cabinet Carrier la priorité de reprise qui lui avait été consentie et qu'elle envisageait de faire valoir, à la suite de quoi elle a formulé certaines propositions le 20 juillet suivant ; que le droit de priorité n'ayant finalement pas été exercé et l'accord avec la société Sega s'étant réalisé après un avenant ayant exclu de la base d'évaluation des actions cédées le chiffre d'affaires réalisé par le Cabinet Carrier avec L'Assurance universelle, M. Carrier a assigné cette société pour faire prononcer la nullité de la clause de reprise, faire juger fautive l'opposition de L'Assurance universelle à la cession des contrats de courtage à la société Sega et la condamner à l'indemniser du préjudice causé du fait de la réduction du prix de la cession ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 10 juin 1998) l'a débouté de toutes ses demandes ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Attendu, d'abord, qu'il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé et qui ne sera conclu, ultérieurement, que s'il advient que le promettant en décide ainsi ; que c'est donc à bon droit que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient la validité de la clause après avoir relevé que M. Carrier conservait, pour l'exécution de celle-ci, la liberté de fixer les conditions de la cession envisagée et d'en déterminer le prix ; qu'ensuite, la cour d'appel, saisie d'une demande d'annulation de la clause de préférence fondée sur ce qu'elle ne comportait pas de délai et qui a justement rappelé que la stipulation d'un délai n'est pas une condition de validité du pacte de préférence, n'avait pas à s'interroger sur une éventuelle caducité de celui-ci ; qu'enfin, c'est souverainement que les juges du fond, qui n'avaient pas à entrer dans le détail de l'argumentation développée devant eux, ont estimé que la preuve de la renonciation alléguée par M. Carrier n'était pas rapportée ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la première branche est rendue inopérante par l'effet du rejet du premier moyen ; qu'ensuite, ayant, par motifs propres et adoptés, relevé, outre le fait que M. Carrier avait commis une faute en signant la promesse de cession à la société Sega sans avoir fait préalablement d'offre à la société L'Assurance universelle, que le pacte de préférence ne conférait à celle-ci aucun moyen de contrainte, hormis le droit pour elle de répondre en priorité à l'offre de contracter formulée par le promettant aux conditions fixées par lui, la cour d'appel a, par ces motifs, légalement justifié sa décision de ne retenir aucune faute à la charge de L'Assurance universelle pour avoir invoqué son droit de priorité ; que le moyen ne peut donc être accueilli ;

Et, sur le troisième moyen :

Attendu qu'ayant relevé l'inanité de l'argumentation développée par le demandeur, notamment en ce qu'il prétendait que la clause de préférence mettait son bénéficiaire en position, à son seul gré, de décider d'acquiescer ou de s'opposer à toute cession, ce à quoi le premier juge avait très clairement répondu, la cour d'appel a pu estimer que M. Carrier avait, en formant un appel fondé sur des moyens identiques à ceux soulevés devant le premier juge et pertinemment rejetés par celui-ci, fait dégénérer en abus son droit d'appel ; que le moyen n'est donc pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

---

➤ **Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 et 00-10949.**

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 ;

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mai 2005, n°03-19411.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 27 mai 2003) que M. X... a

donné le 3 février 1999 à la société Sogetrim un mandat de vente de sa propriété ; que la société Les Ciseaux d'Argent ayant accepté par lettre en date du 16 juin 1999 l'offre de M. X... reçue le 14

mai 1999, celui-ci a refusé de donner suite à la vente ; que la société Les Ciseaux d'Argent et la société Sogetrim l'ont assigné en réalisation forcée de la vente et en paiement des honoraires du mandataire ;

Sur les deux moyens, réunis :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

1 / qu'une personne ne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent que

si sa croyance à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs ;

qu'en déduisant l'existence d'un mandat apparent du seul fait que nonobstant la nullité du mandat la société Les Ciseaux d'Argent avait pu croire légitimement aux pouvoirs de la société Sogetrim, sans constater les circonstances autorisant l'acheteur à ne pas vérifier la pérennité des pouvoirs de l'agence, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles 1984 et 1998 du Code Civil ;

2 / que l'offre est caduque si elle n'a pas été acceptée dans le délai fixé par le pollicitant, lequel ne doit pas nécessairement être chiffré ; qu'ainsi en l'espèce où M. X... avait indiqué dans sa télécopie du 10 mai 1999 qu'il souhaitait une réponse immédiate à son offre d'acquisition au prix de 4 000 000 francs net, la cour d'appel en considérant que

➤ **Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, n°03-19376.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Papeete, 13 février 2003), qu'un acte de donation-partage dressé le 18 décembre 1957 et contenant un pacte de préférence a attribué

cette offre avait été faite sans stipulation de terme et avait été acceptée le 17 juin 1999 dans un délai raisonnable, a violé les articles 1108, 1134 et 1589 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que si le mandat simple donné à la société Sogetrim était nul faute d'indication d'une durée déterminée, la société Les Ciseaux d'Argent avait pu légitimement croire aux pouvoirs de l'agence, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée sur la vérification de leur pérennité, a pu retenir l'existence d'un mandat apparent, et a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que l'offre faite par M. X... le 10 mai 1999 mentionnait "réponse immédiate souhaitée", la cour d'appel qui, par une interprétation souveraine que l'imprécision de ces termes rendait nécessaire, en a déduit que l'offre avait été faite sans stipulation de terme et qu'elle devait être acceptée dans un délai raisonnable, et qui a souverainement retenu que compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition, le délai de cinq semaines dans lequel était intervenue l'acceptation de la société Les Ciseaux d'Argent n'était pas déraisonnable, a pu retenir qu'il y avait eu vente ;

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

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

à Mme Adèle A... un bien immobilier situé à Haapiti ; qu'une parcelle dépendant de ce bien a été transmise, par donation-partage du 7 août 1985, rappelant le pacte de préférence, à M. Ruini A..., qui l'a ensuite vendue le 3 décembre 1985 à la SCI Emeraude, par acte de M. B..., notaire ;

qu'invoquant une violation du pacte de préférence stipulé dans l'acte du 18 décembre 1957, dont elle tenait ses droits en tant qu'attributaire, Mme X... a demandé, en 1992, sa substitution dans les droits de l'acquéreur et, subsidiairement, le paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande tendant à obtenir une substitution dans les droits de la société Emeraude alors, selon le moyen :

1 / que l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour des raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécuter matériellement ; qu'en dehors d'une telle impossibilité, la réparation doit s'entendre au premier chef comme une réparation en nature et que, le juge ayant le pouvoir de prendre une décision valant vente entre les parties au litige, la cour d'appel a fait de l'article 1142 du code civil, qu'elle a ainsi violé, une fausse application ;

2 / qu'un pacte de préférence, dont les termes obligent le vendeur d'un immeuble à en proposer d'abord la vente au bénéficiaire du pacte, s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc en obligation de donner, dont la violation doit

entraîner l'inefficacité de la vente conclue malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur, dans les termes de la vente ; que cette substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat,

➤ **Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janv. 2007, n°05-05-21071**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 23 août 2005), que par acte notarié du 1er septembre 1999, Mme X..., aux droits de laquelle se trouvent les consorts X..., a vendu un immeuble à la société Capesterre ; que la société Aux Jardins de France, preneur à bail de divers locaux commerciaux, les a assignés en nullité de la vente pour violation du pacte de préférence stipulé dans le contrat de bail et a demandé le transfert de propriété à son profit ;

Sur le premier et le deuxième moyens, réunis :

laquelle ne se heurte à aucune impossibilité ; qu'en la refusant, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1138 et 1147 du code civil ;

3 / qu'en matière immobilière, les droits accordés sur un immeuble sont applicables aux tiers dès leur publication à la conservation des hypothèques ; qu'en subordonnant le prononcé de la vente à l'existence d'une faute commise par l'acquéreur, condition inutile dès lors que la cour d'appel a constaté que le pacte de préférence avait fait l'objet d'une publication régulière avant la vente contestée, la cour d'appel a violé les articles 28, 30 et 37 du décret du 4 janvier 1955 ;

Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas démontré que la société Emeraude savait que Mme X... avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence, la cour d'appel a exactement déduit de ce seul motif, que la réalisation de la vente ne pouvait être ordonnée au profit de la bénéficiaire du pacte ;

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

**PAR CES MOTIFS :**  
**REJETTE** le pourvoi ;

Attendu que la société Aux Jardins de France fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes en annulation de la vente et en substitution d'acquéreur et de ne lui allouer que des dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1°/ que le droit de préférence prévu au profit du preneur par une clause du contrat de bail subsiste tant que celui-ci est légitimement maintenu dans les lieux à défaut de paiement de l'indemnité d'éviction ; qu'ayant constaté que la société Capesterre, tiers acquéreur, avait eu connaissance du pacte de préférence et que, depuis une décision de la cour de cassation du 16 juin 1999, le droit de préférence conserve sa pleine efficacité tant que le preneur est maintenu dans les lieux, la cour d'appel ne pouvait exclure la collusion frauduleuse de l'acquéreur avec le vendeur du seul fait de la mention dans l'acte de vente notarié du congé délivré ; qu'ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles L. 145-28 du code de commerce et 1134 du code civil ;

2°/ que la cour d'appel ne pouvait affirmer que la preuve de la collusion frauduleuse entre la société Capesterre et Mme X... n'était pas rapportée, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par les conclusions de Jardins de France, si les circonstances précisément énumérées (congé donné le 21 janvier 1999 sans précision de l'intention de vendre, liens unissant le vendeur au tiers acquéreur, déclaration d'intention d'aliéner adressée dès le 26 mai 1999, vraisemblance qu'un acte sous seing privé avait précédé l'acte de vente du 1er septembre 1999 mentionnant que le bail avait d'ores et déjà été remis au tiers acquéreur) ne caractérisaient pas "un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes" démontrant d'une part que le congé avait été donné dans le seul but d'anéantir le pacte de préférence, et d'autre part que l'effet ainsi désiré ne s'étant pas produit, les parties à la vente étaient passées outre, en fraude des droits de la SA Aux Jardins de France, qu'ainsi, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions en violation de l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

3°/ que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel ; que le bailleur qui s'engage, aux termes d'un pacte de préférence, à ne vendre qu'au preneur, ne peut revenir sur cet engagement irrévocable dont l'exécution, dans l'hypothèse où il décide de vendre son bien, dépend de la seule volonté du bénéficiaire ; qu'en refusant à celui-ci la possibilité de se substituer au tiers acquéreur avec lequel le vendeur a finalement contracté, la cour d'appel a violé les articles 1134, alinéas 1 et 2, du code civil ;

4°/ que l'exécution de l'engagement irrévocable du bailleur de ne vendre son bien qu'au preneur ne peut être paralysée par la négligence du bailleur à transmettre son offre de prix au titulaire du droit de préférence ; qu'en déniaut au bénéficiaire le droit de se voir substituer au tiers acquéreur au motif que l'expression de sa volonté d'acquérir avait été faite à une époque à laquelle le vendeur n'avait formulé aucune proposition de vente ni offre de prix, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs inopérants en violation de l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'ayant souverainement retenu qu'il n'existait aucune preuve de ce que la société Capesterre aurait eu connaissance de l'intention de la société Aux Jardins de France de faire usage de son droit de préférence, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle décidait d'écarter, a pu en déduire, abstraction faite d'un motif surabondant relatif à une éventuelle levée de l'option par le bénéficiaire du pacte, que la violation du droit de préférence ne pouvait être sanctionnée que par l'allocation de dommages-intérêts ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le troisième moyen qui ne serait pas de nature à

permettre l'admission du pourvoi ;  
PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

**Recueil Dalloz 2007 p.1698**

**Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence**

**Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier, Centre de droit de la consommation et du marché, UMR CNRS 5815 « Dynamiques du droit »**

1 - Il y a Jean qui rit et Jean qui pleure, selon qu'il s'inscrit dans l'une ou l'autre des logiques qui président à l'application de la nouvelle jurisprudence en matière de pacte de préférence. Et c'est doute vrai pour leurs commentateurs. Tout commence - ou se poursuit, plus exactement - par l'arrêt de la Chambre mixte du 26 mai 2006 <sup>(1)</sup> par lequel la Cour de cassation affirmait avec force que « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* », formule très attendue, dont tous les termes sont choisis et importants, à l'occasion d'une affaire passablement complexe, qui trouvait d'ailleurs son prolongement dans un arrêt de la première Chambre civile du 11 juillet 2006, sans que, mystérieusement, les pourvois aient été joints <sup>(2)</sup>.

2 - L'arrêt rapporté s'inscrit dans la même veine et poursuit ce revirement de jurisprudence <sup>(3)</sup>, tout en révélant une situation très classique : le propriétaire d'un immeuble l'avait donné à bail à une société commerciale, la société Aux Jardins de France, bail dans lequel était inséré un pacte de préférence, mais avait cédé l'immeuble en violation de ce pacte. Le bénéficiaire du pacte tentait, infructueusement, d'obtenir l'annulation de la vente conclue avec le tiers et la substitution dans la situation de ce dernier, et, malgré des éléments de fait qui auraient pu lui être favorables, la Cour de cassation rejetait le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait débouté l'auteur de cette prétention en reprenant la formule de l'arrêt de 2006, faute pour le demandeur d'avoir établi les éléments de preuve demandés.

3 - La boucle est, par ailleurs, bouclée à la lecture d'un arrêt moins classique, cependant, rendu durant la rédaction de ces lignes, du 14 février 2007 <sup>(4)</sup>. M. Lesser avait apporté à une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (Selarl) un fonds de commerce de pharmacie et le bail commercial, lequel contenait un pacte de préférence à son profit consenti par la propriétaire de l'immeuble. Cependant, la fille de la bailleresse avait vendu l'immeuble à une société civile immobilière (SCI). La Selarl, nouveau bénéficiaire du pacte de préférence, avait alors assigné, classiquement, la SCI et la propriétaire en annulation de la vente et en substitution, et avait obtenu gain de cause devant la Cour d'appel de Metz, ce qui était déjà une belle prouesse judiciaire, motivée par le fait que la nouvelle propriétaire de l'immeuble était intervenue à la cession du bail commercial pour accepter le nouveau preneur et que le gérant de la SCI avait eu connaissance du bail mentionnant le pacte de préférence, alors même qu'il avait eu connaissance du litige dans lequel le représentant de la Selarl avait clairement affirmé sa volonté d'acquérir l'immeuble. L'essentiel de l'arrêt ne se trouve pas dans l'attendu principal, qui reprend également la formule de l'arrêt de 2006, mais dans la suite que l'on peut intégralement reproduire : « *Qu'ayant, d'une part, constaté que le pacte de préférence consenti par Mme Dach au preneur M. Lesser dans le bail commercial de mars 1988 avait été transféré à la société Pharmacie du Lion, bénéficiaire de la cession de bail, par acte authentique du 14 avril 1998 auquel était intervenue Mme Dach qui avait déclaré accepter la société*

*Pharmacie du Lion aux lieu et place de M. Lesser, et, d'autre part, relevé que le gérant de la SCI en avait eu connaissance parce qu'il lui avait été remis un exemplaire du contrat de bail, que le rapport d'expertise produit aux débats par la SCI mentionnait l'existence d'un pacte de préférence au profit du preneur et que selon l'acte notarié il avait eu connaissance du litige judiciaire qui opposait Mme Denis à la société Pharmacie du Lion dont le représentant légal avait, au cours de la procédure, exprimé la volonté d'acquérir l'immeuble, la cour d'appel, qui en a exactement déduit que le pacte de préférence était opposable à la SCI et qui a souverainement retenu, par motifs adoptés, que les parties à l'apport n'avaient cessé de manifester leur volonté de maintenir leurs obligations et droits contenus dans le contrat de bail initial quand bien même le bail avait été renouvelé et que la Selarl s'était substituée à M. Lesser, a légalement justifié sa décision. » Annulation et substitution non plus vécue comme une frustration, mais donc comme une réalité, pour la première fois semble-t-il (5). Or, nous avouons les résistances à nous résoudre à la consommation de ce revirement (6), sans qu'il soit nécessaire de reprendre intégralement, une nouvelle fois, les arguments, largement minoritaires en doctrine, militant contre cette décision, fondamentale pour les pactes de préférence et, de façon médiate, pour les promesses unilatérales de vente.*

Une présentation simple de la situation contractuelle révèle une appréciation plutôt positive de ces arrêts. En effet, le bénéficiaire du pacte de préférence attend l'exécution de celui-ci et entend obtenir son exécution forcée dès qu'il observe que sa violation aboutit à la conclusion du contrat, objet du pacte de préférence, avec un tiers. Que ce tiers soit de mauvaise foi, parce qu'il connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir au jour de la conclusion du contrat, et c'en est trop, le bénéficiaire entend obtenir l'annulation du contrat tiers et la substitution dans la situation de ce tiers. La morale contractuelle est à ce prix ! Jusqu'à l'arrêt du 26 mai 2006, l'obstacle à l'obtention d'un tel résultat judiciaire était constitué par l'article 1142 du code civil et l'impossible exécution forcée en nature d'une obligation de faire, ou d'un contrat, de telle manière que la violation d'un pacte de préférence se soldait par une réparation par équivalent.

Pour forcer l'obstacle, il ne suffisait pas d'imposer l'application de l'article 1142 du code civil, ni de donner corps à la formule, discutable, de l'article 1106, alinéa 3, de l'avant-projet de code civil tel que préparé sous la direction de P. Catala, sous la plume de notre collègue et ami D. Mazeaud, selon lequel : « *Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi.* » En effet, ce texte ne propose que l'inopposabilité du contrat conclu avec le tiers au bénéficiaire. L'obstacle est vaincu grâce à la double sanction constituée de l'annulation du contrat conclu avec le tiers et sa substitution par le bénéficiaire du pacte. Ce faisant, la solution nouvelle propose bien une forme d'exécution forcée en nature du pacte de préférence et, demain sans doute, de la promesse unilatérale de vente. Pour autant, les portes de l'annulation et de la substitution ne sont pas si aisément franchies dans la mesure où la jurisprudence maintient son exigence d'un élément de preuve essentiel, à savoir que le bénéficiaire du pacte de préférence établisse la connaissance par le tiers, au jour de la conclusion du contrat avec le promettant, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Preuve redoutable, proche de la *probatio diabolica*, sauf dans quelques situations particulières, celles des relations de famille ou des pactes de préférence insérés dans des statuts ou des pactes extrastatutaires entre associés ou, encore, dans certaines relations de distribution (7). Cette preuve était, cependant, critiquée car elle profiterait finalement doublement au tiers, en lui permettant de conclure le contrat en violation du pacte et en le protégeant ensuite derrière une exigence probatoire presque impossible.

4 - L'arrêt rapporté montre, de ce point de vue, que cet obstacle probatoire résiste encore. Le tiers acquéreur, en effet, avait eu connaissance du pacte de préférence par le fait qu'un congé avait été délivré par le nouveau propriétaire-bailleur, mais le bénéficiaire n'était pas parvenu à démontrer que le tiers connaissait son intention de s'en prévaloir. On observera, alors, que l'arrêt du 14 février 2007, à l'inverse, situation exceptionnelle qui doit être soulignée parce qu'elle ne s'inscrit pas dans les exemples plus hauts cités, montrait la démonstration complète de cet élément de preuve : la

connaissance du pacte de préférence par le tiers résultait de la remise d'un exemplaire du bail et il semble qu'à l'occasion d'un litige préexistant entre le promettant et le bénéficiaire, litige mentionné dans l'acte notarié constatant la vente avec le tiers, ce dernier ait eu connaissance de l'intention exprimée par le bénéficiaire au cours de ce litige de son intention de s'en prévaloir. Cette situation assez exceptionnelle peut se reproduire dans d'autres situations moins extraordinaires. Ainsi d'un pacte de préférence conclu entre un père et un fils, finalement violé au profit d'un frère ou d'un cousin, permettant assez facilement d'apporter la preuve de la connaissance du pacte comme de l'éventuelle intention de s'en prévaloir. Plus courante, peut-être, est la situation des pactes insérés dans des montages sociétaires, dans des statuts de société anonyme simplifiée (SAS), ou des pactes extrastatutaires, par exemple, où un associé s'engage dans la voie d'un tel pacte de préférence au profit de ses associés et conclut un contrat avec un tiers, nouvel associé, par exemple, pas encore agréé, ou bien avec lui-même *via* une société dont il est l'associé majoritaire <sup>10</sup>(8). Plus ordinaire, enfin, est la présence de ces pactes dans des contrats de distribution, comme le contrat de franchise, où le franchisé assure le franchiseur que, en cas de projet de cession du fonds ou du bail commercial, il préférera le franchiseur, le tout de manière à éviter que le fonds « *passe à la concurrence* ». Bref, l'obstacle tracé par la Cour de cassation serait globalement sage si la solution était légitime, dans la mesure où il contingente finalement assez efficacement la solution de facilité consistant à accepter, sans limite ou si peu, l'exécution forcée en nature du pacte de préférence (ou de la promesse unilatérale de vente).

5 - Si, cependant, l'admission sans plus de réserve d'une telle solution aboutirait à des effets redoutables, la solution actuelle n'est pas à l'abri de lourdes critiques : il eût été préférable, en effet, de s'en tenir à la solution ancienne, sauf à permettre au juge du fond de prononcer, dans des cas précis, une sanction plus musclée.


On observera, dans un premier temps, que si l'arrêt rapporté concerne une violation d'un pacte de préférence portant sur une vente, par une vente tierce conclue avec un tiers, l'arrêt du 14 février 2007 concerne un pacte de préférence portant sur une vente dont la violation est réalisée par un apport en société. Or, traditionnellement, la jurisprudence considérait qu'un tel pacte ne joue pas dès lors que le contrat conclu avec le tiers est un autre type de contrat, donation <sup>11</sup>(9), échange <sup>12</sup>(10), constitution d'usufruit <sup>13</sup>(11), bail <sup>14</sup>(12), adjudication <sup>15</sup>(13) ou apport en société <sup>16</sup>(14), comme en l'espèce. Si revirement il devait y avoir en la matière, cela reviendrait à considérer que, désormais, la sanction de la violation d'un pacte de préférence est de principe, quelle que soit la violation.

Par ailleurs, dans un second temps, c'est tout le régime du pacte de préférence qui est en jeu. Le tiers, dont on doit, comme pour n'importe qui, présumer la bonne foi, acquiert un bien qui fait, par ailleurs, l'objet d'un pacte de préférence conclu par le vendeur avec une autre personne, le bénéficiaire, qu'il considère, lui, comme un tiers, lequel, victime d'une inexécution contractuelle indéniable, entend obtenir une sanction exemplaire, l'annulation de la vente conclue par cet acheteur, vente à laquelle il est indubitablement tiers, et la substitution dans les droits de cet acheteur, par une sorte de translation homothétique contractuelle des plus inhabituelles. Car c'est bien le nouveau propriétaire qui subit un ersatz d'action en revendication d'un non-propriétaire, simple créancier d'une obligation de faire.

Il convient, alors, de présenter à nouveau une conception différente du pacte de préférence. Celui-ci assure au bénéficiaire la préférence dans la transmission d'une offre de contracter. Observons que ce contrat peut être une vente ou n'importe quel contrat. On ne peut confondre, cependant, le consentement donné par le promettant au pacte (ou à la promesse) avec l'objet de ce pacte, une offre, éventuelle, de contracter. Prononcer, par conséquent, l'exécution forcée du pacte, ou de la promesse, en assurant la conclusion du contrat qui est la perspective consiste en un raccourci saisissant de consentements distincts et éventuellement successifs. L'annulation et la substitution sont, de ce point de vue, des sanctions illégitimes. Imaginons un fiancé qui, contrairement à tous ses

engagements, se marie avec une autre femme : admettra-t-on l'annulation du mariage et la substitution de la fiancée bafouée dans les droits de la mariée ? C'est pourtant cette solution que propose la jurisprudence dans le domaine des contrats. Un pacte de préférence portant sur un contrat de travail ou de société alors que ce contrat de travail ou de société est conclu avec un tiers doit-il subir la même sanction que celle prévalant pour un pacte ou une promesse portant sur une offre de vente ? Cela ne signifie évidemment pas que la violation d'un tel pacte, et hors précaution contractuelle protégeant mieux le bénéficiaire, ne doit pas, et sévèrement, être sanctionnée. Encore convient-il que la sanction soit raisonnable et proportionnée. On pourra observer ce pacte de préférence dans tous les sens, il n'est pas assimilable au contrat qu'il prépare de telle manière que la violation du pacte, comme la promesse ou comme n'importe quel élément de la négociation, ne peut être sanctionnée par la conclusion du contrat préparé, sauf à violer, franchement et directement, le principe de liberté contractuelle.

L'enjeu repose sur une certaine conception du contrat de vente et de la propriété. Si l'on considère que le tiers a très vraisemblablement acquis le bien à des conditions plus favorables pour le vendeur que ne le prévoyait le pacte pour le bénéficiaire, la solution de la Cour de cassation empêche une circulation profitable de la chose, contre une forme de stérilité de la valeur de celle-ci, de telle manière que le pacte de préférence, comme la promesse de vente, constitue bien, finalement, une forme d'indisponibilité contractuelle de la chose, qu'il faudrait alors justifier par un intérêt légitime et sérieux et pour une durée limitée, ce qui devrait interdire de tels contrats pour une durée indéterminée.

Dans bien des cas, le promettant et le bénéficiaire se connaissent et le pacte de préférence est un pas vers la conclusion du contrat définitif, un élément de cette punctuation que vantait Rieg, et le tiers est dans une situation factuelle qui le place dans une situation de connaissance du pacte et de l'éventuelle intention du bénéficiaire. Inversement, nul ne peut nier que, dans bien d'autres situations, le pacte de préférence vise à figer une situation contractuelle, par exemple dans certains pactes d'actionnaires où l'accumulation des clauses d'agrément, de préférence et de préemption en vient presque à nier le principe de libre négociation des titres, à tout le moins valide l'analyse de ces pactes en une forme d'indisponibilité contractuelle de la chose (et ce indépendamment des conséquences de cette affirmation en matière de publicité foncière)  (15).

Par ailleurs, les arrêts nouveaux, pas davantage que les zéloteurs de l'annulation et de la substitution, ne décrivent les conditions de cette substitution. Une telle substitution conduit à considérer que le consentement du promettant vendeur est particulièrement élastique, dans la mesure où, en ne respectant pas le pacte de préférence, le promettant a, non seulement, mal exécuté ce pacte, ce dont il doit naturellement répondre, mais, encore, l'a implicitement (et fautivement) résilié. Il y a donc un triple forçage du consentement du promettant, d'abord en niant le contrat conclu avec le tiers, ensuite en faisant comme si ce consentement demeurait et, enfin, grâce à l'affreuse fiction de la rétroactivité, en faisant comme si ce consentement était susceptible d'un transfert (au sens psychanalytique du terme peut-être d'ailleurs) au bénéficiaire du pacte. Même la fraude, sans doute simplement paulienne, et en admettant qu'il s'agisse d'une de ces fraudes qui corrompent tout, justifie au mieux l'annulation de la vente tierce, mais point la substitution. A bien des égards, d'ailleurs, l'association des sanctions de l'annulation, d'une part, et de la substitution, d'autre part, est curieuse. En effet, le tiers est devenu propriétaire de la chose. L'annulation de la vente remet les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la vente, pour autant d'ailleurs que ce soit possible, en l'absence de revente, etc., de sorte qu'il n'est alors plus question de substitution, mais de vente forcée avec le bénéficiaire, comme une partie de la doctrine l'attend dans le cas d'une promesse de vente. Et si substitution il y a, c'est que le bénéficiaire prend la place du tiers, exactement comme dans le cas d'une cession de contrat, de telle manière que l'annulation de la vente est inutile. On soupçonnera, ici comme ailleurs, que cette association, cette multiplication, des sanctions vient tenter de justifier une sanction pourtant bien curieuse.



6 - Il reste à mesurer la portée de la solution retenue par la Cour de cassation. La substitution s'effectue-t-elle aux conditions du pacte ? C'est ce que semble exiger la sanction, par l'annulation de la vente, restitution du prix contre la chose, puis la substitution, qui est en réalité la conclusion forcée du pacte, donc de la vente qui devait en résulter... au prix proposé par ce pacte. C'est donc bien que cette solution fige la valeur de la chose, au détriment de sa circulation.





S'effectue-t-elle aux mêmes prix et conditions que le contrat conclu avec le tiers ? La substitution est alors possible, sans annulation. Cette solution, qui demeure critiquable, est encore celle qui assure le moindre préjudice du vendeur promettant, mais avec deux conséquences : d'une part, la solution fait beau jeu du consentement, qui s'est exprimé sans contrainte avec le tiers qui a surenchéri sur la proposition du bénéficiaire, et, d'autre part, elle assure une prime, précisément, à la surenchère, même si seule cette solution est admissible, dans une logique qui, si elle doit être conservée, favorise la valorisation des biens. Un risque cependant : que le vendeur, qui sait le bénéficiaire prêt à acheter, suscite une vente avec un tiers pour inciter le bénéficiaire à surenchériser, voire à se substituer à un prix supérieur à celui prévu dans le pacte.




7 - Reste, enfin, à traiter contractuellement ces décisions, ce qui était assez aisé avant l'arrêt de 2006 et est plus délicat aujourd'hui. Il est, notamment, très hasardeux de se prononcer sur le sort d'une clause qui chercherait à faire échec à cette solution, pour retrouver la solution antérieure du type : « *Le promettant pourra à tout moment résilier le contrat. Cette résiliation résultera, par exemple, de la vente de l'objet du contrat avec un tiers. Le bénéficiaire renonce au droit de demander l'annulation d'une telle vente et la substitution dans les droits de l'acquéreur.* » En revanche, à mi-chemin entre l'ancien et le nouveau système, peut-on envisager un droit de repentir à titre onéreux. Inversement, les parties peuvent forcer la portée de la solution, notamment en aménageant ses conséquences, par exemple pour imposer une substitution aux prix et conditions proposées par le tiers par une formule comme : « *En tout état de cause et notamment en cas de violation du droit de préférence par le promettant, le bénéficiaire pourra obtenir l'annulation du contrat conclu en violation et la substitution dans le droit du tiers, à des prix et conditions identiques* », voire renforcer l'avantage du promettant : « *[...] à un prix identique majoré de 10 %* ».

Par ailleurs, la question de la preuve de la connaissance du pacte et de l'intention d'acquiescer peut être aménagée. Outre la question de la préconstitution d'une telle preuve par un bénéficiaire prudent qui avertirait par avance les candidats tiers, par exemple dans les relations de distribution ou dans les sociétés, de l'existence de tels pactes et de son intention de les exercer, le contrat peut-il aménager cette situation ? Le contrat peut, par exemple, prévoir que le promettant devra informer tout candidat acquéreur de l'existence d'un tel pacte et que le bénéficiaire est présumé avoir l'intention de se prévaloir du pacte.

Des aménagements sont possibles, sans doute, mais ils paraissent bien dérisoires face à l'impact du changement de solution, dont on ne cessera de dire, même à contre-courant, le plus grand mal : « *Si tout le monde pense la même chose, c'est sans doute qu'elle est fausse.* »

**Mots clés :**  
**VENTE** \* Promesse de vente \* Pacte de préférence \* Acquéreur de bonne foi \* Dommages-intérêts


(1) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. ch. mixte n° 4, rapp. Bailly, concl. Sarcelet ; D. 2006. Jur. 1861, note Mainguy et Gautier, Somm. 2644, obs. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson  ; AJDI 2006. 667  ; Rev. sociétés 2006. 808, obs. Barbiéri  ; RTD civ. 2006. 550, obs. Mestre et Fages  ; JCP 2006. I. 10142, obs. Leveneur, 176, obs. Labarthe ; Defrénois 2006. 1207, obs. Savaux ; RDC 2006. 1080, obs. Mazeaud, 1131, obs. Collart Dutilleul ; *Adde*, Kenfack, Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence, RLDC sept. 2006, n° 2173.

(2) Civ. 1re, 11 juill. 2006, D. 2006. Jur. 2510, note Gautier, et Pan. 2638, obs. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson  ; AJDI 2007. 226, obs. Cohet-Cordey  ; RTD civ. 2006. 759, obs. Mestre et Fages  .

(3) Civ. 3e, 31 janv. 2007, n° 05-21.071, publié au *Bulletin* ; V. égal. Civ. 3e, 31 janv. 2007, n° 05-16.175, non publié.

(4) Civ. 3e, 14 févr. 2007, n° 05-21.814, publié au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 657.

(5) V., cep., Com. 7 janv. 2004, n° 00-11.692, Bull. Joly 2004. 544, note Le Cannu, cité par Mestre et Fages, obs. ss. Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, préc.

(6) Cf. note préc. ss. Cass., ch. mixte, 26 mai 2006 ; L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004. 1  ; La violation du pacte de préférence, Dr. et patr., janv. 2006, p. 72 ; Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?, RDC 2005. 47.


(7) Cf., par ex., Com. 13 déc. 2005, n° 04-18.243, inédit.

(8) Cf., de façon voisine, Com. 19 déc. 2006, n° 05-10.197, 05-10.198, 05-10.199, 03-21.042, inédits.

(9) Civ. 1re, 18 oct. 1983, n° 82-11.687, Gaz. Pal. 1983. Pan. 80.

(10) Soc. 13 mai 1949, D. 1949. Jur. 477, note Savatier (le pacte ne joue pas) ; Com. 7 mars 1989, n° 87-17.212, Bull. civ. IV, n° 79 ; JCP 1989. II. 21316, concl. Jéol, note Reinhard (le pacte joue).

(11) Civ. 3e, 5 mars 1970, n° 67-12.398, Bull. civ. III, n° 178.

(12) Civ. 3e, 10 mai 1984, n° 82-17.079, Bull. civ. III, n° 96 ; RD imm. 1985. 74, note Malinvaud et Boubli ; JCP 1985. II. 20328, note Dagot ; Defrénois 1985, art. 33612, p. 1234, note Olivier, à propos d'un bail rural considéré comme une violation du bail ; 1er avr. 1992, n° 90-16.985, Bull. civ. III, n° 116 ; RTD civ. 1993. 346, obs. Mestre  .

(13) Décisions contrastées : certaines décisions ont refusé que le droit de préférence soit mentionné dans le cahier des charges relatif à l'adjudication (CA Lyon, 22 nov. 1927, DP 1928. 1. 151) ; d'autres ont admis qu'un dire du cahier des charges pouvait permettre au bénéficiaire de se substituer à l'adjudicataire (CA Nancy, 31 oct. 1928, DP 1929. 2. 166, note Lalou ; et, sur pourvoi, Req. 6 janv. 1931, Gaz. Pal. 1931. 1. 471).

(14) CA Paris, 27 juin 1949, *Cts Cuypers c/ Delles Violet*, D. 1949. Jur. 537 ; Civ. 5 mars 1951, JCP 1951. II. 6496, note Laurent (le pacte ne joue pas) ; Com. 9 déc. 1974, n° 73-13.113, Bull. civ. IV, n° 323 (*idem* à propos d'un pacte sur cession de parts sociales confronté à une augmentation de capital).

(15) Comp. Com. 19 déc. 2006, préc.

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 février 2007, n°05-21814.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Metz, 4 octobre 2005), que M.X... a fait apport à la

société d'exercice libéral à responsabilité limitée Pharmacie du Lion (la SELARL) de son fonds de commerce de pharmacie et du bail commercial contenant au profit de

l'apporteur un pacte de préférence immobilier consenti par Mme Irma Y..., bailleresse, qui a agréé l'apport ; que Mme Romaine Y..., venant aux droits de cette dernière, décédée, a vendu à la société civile immobilière Serp (la SCI) l'immeuble donné à bail et que la SELARL, se disant bénéficiaire du pacte de préférence consenti à l'origine à M.X... et soutenant que la vente avait été conclue au mépris de ses droits, a assigné Mme A... en qualité de tutrice de Mme Romaine Y... et la SCI en nullité de cette vente ;

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

1° / que, conformément à l'article 1690 du code civil, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ; qu'en relevant que le représentant de la SCI Serp avait eu connaissance du droit de préférence pour en déduire que celui-ci lui était opposable, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a violé les dispositions de ce texte ;

2° / qu'en l'absence de signification du transport faite au débiteur, l'accomplissement de la formalité énoncée au deuxième alinéa de l'article 1690 du code civil pour rendre la cession opposable au tiers suppose que le débiteur a accepté le transport sans équivoque dans un acte authentique ; qu'en se limitant à relever que la bailleresse avait agréé la cession de bail et n'avait pas manifesté son intention de ne pas transmettre le pacte de préférence au nouveau preneur, la cour d'appel qui, par ces seuls motifs, n'a pas caractérisé l'acceptation non équivoque de celle-ci de céder la créance résultant de ce pacte de préférence à la société Pharmacie du Lion, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des dispositions des articles 1134 et 1690 du code civil ;

3° / que constitutive d'un manquement à une obligation de faire, la méconnaissance d'un droit de préférence se résout en dommages-intérêts en application de l'article 1142 du code civil ; que l'annulation d'une vente consentie en violation d'un pacte de préférence n'est encourue qu'à la double condition d'établir que l'acquéreur a eu connaissance, non seulement du droit de préférence, mais encore de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'en statuant par les motifs sus-reproduits établissant que la SCI Serp avait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence, mais sans constater qu'elle avait eu également connaissance de la lettre du 30 mars 2001 par laquelle la Pharmacie du Lion avait proposé d'acquérir le bien litigieux et, partant, de l'intention de cette dernière de faire usage du droit dont elle se prétendait titulaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des dispositions de l'article 1142 du code civil ;

Mais attendu que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ;

Qu'ayant, d'une part, constaté que le pacte de préférence consenti par Mme Y... au preneur M.X... dans le bail commercial de mars 1988 avait été transféré à la société Pharmacie du Lion, bénéficiaire de la cession de bail, par acte authentique du 14 avril 1998 auquel était intervenue Mme Y... qui avait déclaré accepter la société Pharmacie du Lion aux lieu et place de M. X..., et, d'autre part, relevé que le gérant de la SCI en avait eu connaissance parce qu'il lui avait été remis un exemplaire du contrat de bail, que le rapport d'expertise produit aux débats par la SCI mentionnait

l'existence d'un pacte de préférence au profit du preneur et que selon l'acte notarié il avait eu connaissance du litige judiciaire qui opposait Mme A... à la société Pharmacie du Lion dont le représentant légal avait, au cours de la procédure, exprimé la volonté d'acquérir l'immeuble, la cour d'appel, qui en a exactement déduit que le pacte de préférence était opposable à la SCI et qui a souverainement retenu, par motifs adoptés, que les parties à l'apport

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mai 2008, n° 07-11.690.**

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Pau, 17 octobre 2005), que par acte du 24 juin 2000, Mme X... a signé, par l'intermédiaire d'un agent immobilier, une proposition d'achat d'un immeuble appartenant aux conjoints Y..., avec remise d'un dépôt de garantie ; qu'elle a retiré son offre d'achat le 26 juin, tandis que l'agent immobilier lui adressait le 27 juin un courrier l'informant de l'acceptation de cette offre par les conjoints Y... ; que Mme X... a assigné ces derniers en restitution de la somme versée et en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt retient la validité de la rétractation de son offre d'achat par Mme X..., celle-ci étant intervenue par lettre recommandée

➤ **Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2009, n° 08-13230.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1101 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 15 janvier 2008) que le département de la Haute-Savoie a adressé le 17 mars 1995 à M. X... une offre de rétrocession d'une partie d'un terrain que celui-ci lui avait

n'avaient cessé de manifester leur volonté de maintenir leurs obligations et droits contenus dans le contrat de bail initial quand bien même le bail avait été renouvelé et que la SELARL s'était substituée à M.X..., a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

expédiée le 26 juin 2000, antérieurement à l'émission, par les conjoints Y..., de leur acceptation par lettre recommandée expédiée le 27 juin 2000 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si une offre d'achat ou 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 engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que les conjoints Y... disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que Mme X... s'était engagée à maintenir son offre jusqu'à cette date, 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

vendu en 1981 en se réservant un droit de préférence ; que le 8 décembre 2001 M. X... a enjoint au département de signer l'acte authentique de vente ; que Mme X..., venant aux droits de son père décédé, l'ayant assigné le 28 janvier 2004 en réalisation forcée de la vente, le département s'est prévalu de la caducité de son offre ;

Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient que l'offre contenue dans la

lettre du 17 mars 1995 a été renouvelée dans le courrier du 7 octobre 1996 sans être assortie d'aucun délai et qu'en conséquence M. X... a pu l'accepter par courrier du 8 décembre 2001 ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai

raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE,

➤ **Cass. Civ. 3<sup>e</sup>., 3 nov. 2011, n° 10-20.936**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 1er mars 2010), que la société Le Bélier, exerçant l'activité de marchand de biens, a consenti le 8 janvier 2002 une promesse synallagmatique de vente à la société civile immobilière BB2, portant sur un immeuble à usage commercial, que le 11 mars 2002 elle a consenti sur le même bien un bail commercial à effet du 1er janvier 2002 à la société Spriet, stipulant un droit de préférence au profit du locataire, que la réitération authentique de la vente au profit de la société BB2 est intervenue le 7 novembre 2002 et qu'informée de l'existence de cet acte par la société gestionnaire du bien litigieux le 17 décembre 2002, la société Spriet a demandé l'annulation de la vente du 7 novembre 2002 alors que la société BB2 assignait la société Le Belier en résolution de la même vente ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Le Bélier fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du contrat de vente du 7 novembre 2002 et de dire que la société Spriet sera substituée à la société BB2, d'ordonner la réalisation de la vente à son profit et d'ordonner la mainlevée de la publication de l'assignation en résolution de la vente du même immeuble délivrée par la société BB2 à la société Le Bélier alors, selon le moyen :

1°/ que si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, et ce lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir; que cette double exigence exclut que la connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence puisse résulter de la seule connaissance de l'existence d'un pacte de préférence ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sur le fondement d'une lettre du 27 décembre 2002, postérieure à la vente, dans laquelle la société Spriet manifeste son intention d'acquérir, sans qu'il résulte de ses constatations qu'à la date à laquelle elles ont contracté, les sociétés Le Bélier et BB2 avaient déjà connaissance d'une intention du bénéficiaire du pacte de préférence d'acquérir la propriété de l'immeuble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1142 du code civil ;

2°/ que la connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique ; qu'en se plaçant pour procéder à cette appréciation, à la date de la réitération de la vente par acte authentique le 7 novembre 2002, sans constater que les parties avaient entendu faire de celle-ci un élément constitutif de leur engagement, la cour d'appel a violé les articles 1583 et 1589 du code civil;

3°/ que l'absence de date certaine de la promesse de vente qui vaut vente ne peut dispenser le bénéficiaire d'un pacte de préférence qui agit en nullité de la vente et entend obtenir sa substitution à l'acquéreur de la charge de prouver que c'est bien lors de la promesse de vente qui vaut vente, dont il lui appartient le cas échéant d'établir la date, que le tiers acquéreur a eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et de son intention de s'en prévaloir ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1142 et 1315 du code civil;

Mais attendu qu'ayant constaté que les sociétés Le Bélier et BB2 étaient, lors des opérations litigieuses, représentées par la même personne physique et souverainement retenu que la société BB2 avait connaissance, lorsqu'elle a contracté le 7 novembre 2002, de l'existence du pacte de préférence consenti par la société Le Bélier à la société Spriet, inséré au contrat de bail signé le 11 mars 2002, et de l'intention de la bénéficiaire de s'en prévaloir, et, à bon droit, que la promesse synallagmatique de vente consentie par la société Le Bélier le 8 janvier 2002 ne pouvait priver d'effet le pacte de préférence dès lors que le contrat de bail prenait effet, en toutes ses clauses et conditions, au 1er janvier 2002, la cour d'appel a pu déduire de ces seuls motifs que la vente de l'immeuble avait été réalisée en violation du pacte de préférence et qu'elle devait être annulée ;

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

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'après avoir prononcé la nullité du contrat de vente du 7 novembre 2002, la cour d'appel, devant laquelle la société Spriet avait demandé la mainlevée de la publication de l'assignation, a pu en déduire qu'il convenait d'accueillir cette demande ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

➤ **Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2011, n° 10-18.105**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 4 mars 2010), que par acte notarié du 22 juillet 1997 la société Elboeuf Martyrs 21 a consenti un bail commercial à la société Homel contenant pacte de préférence ; que par acte reçu par M. X...le 29 juin 1999, la société Elboeuf Martyrs 21, aux droits de laquelle vient la société Financière Hamelin, a cédé le bien à la société Eurosic aux droits de laquelle vient la société Cicobail ; que le même jour un contrat de crédit-bail a été consenti par la société Eurosic à la société Compagnie Nitot ; que la société Homel a assigné la société Financière Hamelin, la société Compagnie Nitot et la société Eurosic en nullité de la vente du 29 juin 1999 et en substitution ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que la société Homel fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en annulation de l'acte de vente du 29 juin 1999 et de sa demande tendant à se voir substituer à l'acquéreur, alors, selon le moyen :

1°/ que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur si bien qu'en se bornant à juger en l'espèce que les conditions de la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence à l'acquéreur ne sont pas réunies, en raison de l'absence d'intention frauduleuse de la société Eurosic, crédit-bailleur, et de l'absence de preuve de sa connaissance que la société Homel, bénéficiaire, aurait eu l'intention de se prévaloir du pacte de préférence, sans rechercher si la société Compagnie Nitot, crédit-preneur, dont le dirigeant était M. Y..., également dirigeant de la société Elboeuf Martyrs 21 (qui) ne pouvait ignorer l'existence du pacte et est intervenue à l'acte de vente qui mentionnait faussement l'absence de pacte de préférence, qui a débattu des clauses et des conditions du contrat avec la société Elboeuf Martyrs 21, et enfin a entendu assumer tous les risques et obligations quels qu'ils soient qui, selon le droit commun incombent au propriétaire de l'immeuble, l'opération s'analysant à terme en une acquisition du bien par la société Compagnie Nitot au moyen d'un financement procuré par la société Eurosic, a eu connaissance de l'intention de la société Homel de se prévaloir du pacte de préférence, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1134, 1138 et 1147 du code civil;

2°/ que la constatation de manoeuvres réalisées de concert par le vendeur et l'acquéreur afin de cacher intentionnellement au bénéficiaire d'un pacte de préférence une opération envisagée à son détriment suffit à justifier une annulation de la vente frauduleusement conclue de sorte que la cour d'appel ne pouvait se borner à juger que les conditions de l'annulation de la vente du 29 juin 1999 et de la substitution de la société Homel, bénéficiaire du pacte de préférence, à l'acquéreur, ne sont pas réunies, sans rechercher si, comme le soutenait la société Homel dans ses écritures, l'opération ne consistait pas en un montage frauduleux réalisé de concert par le vendeur et par le futur acquéreur de l'immeuble, tous deux représentés lors de la signature de l'acte notarié du 29 juin 1999 par M. Y..., dans le but de permettre à ce dernier, à la tête du groupe de sociétés composé de la société Elboeuf Martyrs 21, la société Financière Hamelin et la société Compagnie Nitot, d'assurer un refinancement de l'immeuble litigieux, ce qui justifiait l'annulation de la vente frauduleusement conclue au détriment de la société Homel, bénéficiaire du pacte de préférence, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1134, 1138 et 1147 du code civil;

Mais attendu qu'ayant retenu que l'acte de vente du 29 juin 1999 ne faisait pas état de l'existence du pacte de préférence et mentionnait au contraire l'absence de restriction du vendeur de son droit de disposer, que le simple fait de l'existence du bail dans lequel était inséré le pacte soit mentionné dans l'acte de vente était insuffisant pour établir que la société Eurosic, acquéreur, qui n'était pas tenue de se faire communiquer ce bail, avait eu connaissance du pacte de préférence, une éventuelle négligence de la société Eurosic ne permettant pas de caractériser son intention frauduleuse et que s'il était établi que ce n'était pas la société Eurosic mais la société Compagnie Nitot qui était davantage intéressée en raison du contexte économique de l'opération, en sa qualité de futur acquéreur, qui avait choisi l'immeuble et avait négocié les conditions de la vente, la société Homel ne démontrait pas que la société Compagnie Nitot avait été mandatée par la société Eurosic qui n'intervenait en qualité d'acquéreur que pour financer l'opération, la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis et procédant aux recherches prétendument omises, a légalement justifié sa décision ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident formé par les sociétés Financière Hamelin et Compagnie Nitot :

Attendu que la société Financière Hamelin et la société Compagnie Nitot font grief à l'arrêt de condamner la société Compagnie Nitot " in solidum " avec la société Financière Hamelin et M. X...au paiement à la société Homel, d'une certaine somme, à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ qu'un tiers engage sa responsabilité délictuelle envers une partie à un contrat s'il commet une faute lui causant un préjudice ; qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que le pacte de préférence avait été violé par la vente conclue entre les sociétés Elboeuf Martyrs 21 et Eurosic ; qu'en condamnant la société Compagnie Nitot à réparer le préjudice causé à la société Homel par cette vente, sans caractériser aucune faute qui lui soit imputable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil;

2°/ qu'un tiers engage sa responsabilité délictuelle envers une partie à un contrat s'il commet une faute lui causant un préjudice ; qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que le pacte de préférence dont bénéficiait la société Homel avait été violé par un contrat de vente auquel la société Compagnie Nitot n'était pas partie ; qu'en la condamnant pourtant à réparer le préjudice causé par cette vente bien qu'aucun lien de causalité n'existe entre son comportement et le préjudice allégué, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil;

Mais attendu qu'ayant retenu qu'économiquement sinon juridiquement, l'opération s'analysait, à terme, en une acquisition par la société Compagnie Nitot au moyen d'un financement procuré par la société Eurosic, que la société Compagnie Nitot dont le dirigeant, M. Y..., également dirigeant de la société Elboeuf Martyrs 21, ne pouvait ignorer l'existence du pacte de préférence et était intervenu à l'acte de vente qui mentionnait faussement l'absence de pacte de préférence, la cour d'appel a pu en déduire que la demande de dommages-intérêts formée à l'égard de la société Compagnie Nitot était justifiée sur le fondement de l'article 1382 du code civil;

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

Sur le second moyen du pourvoi incident formé par les sociétés Compagnie Nitot et Foncière Hamelin et sur le moyen unique du pourvoi incident formé par M. X..., réunis, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant retenu que la renonciation à un droit ne pouvait résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer, que le fait pour la société Homel d'avoir eu connaissance postérieurement à l'acte de vente litigieux du changement d'identité du bailleur et de l'existence d'une opération de crédit-bail ne valait pas renonciation à invoquer le bénéfice d'un pacte de préférence qui avait vocation à s'appliquer en premier lieu au moment de la vente, que le contrat de crédit-bail signé entre les sociétés Eurosic et Compagnie Nitot était inopposable à la société Elboeuf Martyrs 21 dès lors que l'indivisibilité des deux conventions signées le même jour ne s'appliquait que dans les rapports entre Eurosic et Compagnie Nitot, que la qualité de Sicomi de la société Eurosic était indifférente dès lors que le titulaire du droit de préférence avait priorité sur elle pour acquérir aux mêmes conditions de vente et qu'il n'existait aucune condition propre au contrat de vente du 29 juin 1999 que la société Homel aurait été dans l'impossibilité de remplir et que la société Homel démontrait, par les pièces versées aux débats, que son exploitation était bénéficiaire et que son unique associé disposait à l'époque de la vente de liquidités représentant environ 30 % du prix de vente de l'immeuble, la cour d'appel, procédant aux recherches prétendument omises et appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, en a déduit que la société Financière Hamelin, la compagnie Nitot M. X...devaient être condamnés in solidum à



réparer le préjudice subi par la société Homel en conséquence de la violation du pacte de préférence ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

➤ **Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366.**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société à responsabilité limitée Rubens & Partner (la société) a pour associés M. X..., M. Moïse Y... et M. Paul Y... ; que par acte du 21 avril 2009, ce dernier a cédé ses parts sociales à M. X... ; que faisant valoir que cet acte était intervenu en violation de la clause des statuts prévoyant qu'en cas de cession, les parts devront être proposées par priorité aux autres associés, au prorata de leur participation, M. Moïse Y... en a demandé l'annulation ; que les premiers juges ayant accueilli cette demande par une décision assortie de l'exécution provisoire, M. Paul Y... a, par acte du 14 janvier 2011, cédé deux de ses trois parts à M. Moïse Y... ;

Sur le second moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à l'annulation de la vente du 14 janvier 2011 alors, selon le moyen :

1°/ que la cassation de l'arrêt attaqué sur le premier moyen, en ce que la cour d'appel a confirmé la nullité de la cession des parts à M. X..., entraînera la cassation de l'arrêt attaqué en ce que la cour d'appel a refusé, en conséquence de la nullité de cette cession, d'accueillir la demande de M. X... en annulation de la cession de ces mêmes parts à M. Moïse Y... le 14 janvier 2011 en violation de son droit de propriété, par application des dispositions de l'article 625, alinéa 2 du code de procédure civile;

2°/ qu'en écartant l'irrégularité et partant la nullité de la cession des deux parts à M. Moïse Y..., après avoir considéré que la clause litigieuse obligeait les associés, à offrir préalablement à toute cession, l'acquisition des parts aux autres associés et après avoir constaté qu'en l'espèce, M. Paul Y... s'était contenté d'offrir à M. X... par courrier reçu par ce dernier le 2 février 2011, l'acquisition de la part qu'il n'entendait pas céder à M. Moïse Y..., auquel il avait d'ores et déjà cédé ses deux autres parts le 14 janvier 2011, ce dont il résulte que cette cession avait été consentie au mépris de l'article 13 des statuts tel qu'interprété, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations au regard de l'article 1134 du code civil qu'elle a violé ;

3°/ que la nullité de la cession consentie au mépris de la priorité prévue par les statuts au profit des associés n'est pas subordonnée à la preuve d'un grief, de sorte qu'en se déterminant comme elle l'a fait sur le fondement de l'absence d'irrégularité faisant grief, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

4°/ que si le défendeur ne comparait pas, il est néanmoins statué sur le fond ; qu'en se fondant pour écarter la demande de nullité de la cession consentie à M. Moïse Y... par M. Paul Y..., sur la non comparution de ce dernier, la cour d'appel, qui a qualifié de surcroît sa décision d'arrêt réputé contradictoire, a violé l'article 472 du code de procédure civile ;

Mais attendu, de première part, que le chef de l'arrêt rejetant la demande d'annulation de la cession de parts du 14 janvier 2011 ne se rattache pas par un lien de dépendance nécessaire à celui prononçant l'annulation de la cession de parts intervenue le 21 avril 2009 entre M. Paul Y... et M. X... ;

Attendu, de deuxième part, qu'après avoir rappelé qu'aux termes des statuts les parts sociales devaient, en cas de cession, être proposées aux autres associés à proportion de leur participation, l'arrêt relève, d'un côté, que M. Paul Y... avait proposé de céder deux de ses trois parts à M. Moïse Y... et la dernière à M. X... et, de l'autre, que l'acceptation de cette proposition par M. Moïse Y... n'avait pas mis obstacle à l'acceptation par M. X... de la proposition le concernant ; qu'ainsi, c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations que la cour d'appel a statué comme elle a fait ;

Attendu, de troisième part, que M. X... ayant fait valoir, dans ses écritures d'appel, que la nullité d'un acte conclu en violation d'un pacte de préférence était subordonnée à la double condition de la connaissance du pacte et de la connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, le moyen est incompatible avec l'argumentation développée devant les juges du fond ;

Et attendu, enfin, que les motifs critiqués par la quatrième branche sont surabondants ;

D'où il suit que le moyen, pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches :

Attendu que M. X... fait encore grief à l'arrêt d'annuler la cession du 21 avril 2009 alors, selon le moyen :

1°/ que la clause des statuts selon laquelle « en cas de cession, les parts devront être proposés par priorité aux autres associés au prorata de leur participation », stipulée à propos de la cession des parts à un tiers et après qu'il ait été précisé que les parts sont « librement cessibles entre associés », ne s'applique qu'en cas de cession des parts à un tiers ; qu'en faisant application de cette clause à une cession de parts entre associés, la cour d'appel a dénaturé l'article 13 des statuts de la société et violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en statuant comme elle l'a fait, sans même répondre aux conclusions de M. X... qui faisait valoir que la clause litigieuse ne peut recevoir application qu'en cas de cession à un tiers, la cour d'appel a en tout état de cause, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que le droit de préemption permet à son bénéficiaire de se substituer à l'acquéreur dans les droits et obligations d'un contrat de vente déjà signé tandis que le pacte de préférence donne à son bénéficiaire le droit de se voir proposer la vente par priorité préalablement à toute cession ; qu'en prononçant la nullité de la cession faute de preuve que préalablement à la cession du 21 avril 2009, M. Moïse Y... s'est vu proposer l'acquisition des parts de son fils Paul Y... au prorata de sa participation, après avoir décidé que la clause litigieuse ne constituait pas un

pacte de préférence mais un droit de préemption ce dont il résulte qu'aucune offre préalable de vente ne pouvait être exigée, la cour n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations au regard de l'article 1134 du code civil qu'elle a violé ;

Mais attendu, d'une part, que M. X... ayant soutenu devant la cour d'appel que l'interprétation de la clause litigieuse devait donner un sens à celle-ci, le moyen, qui invoque une dénaturation de cette stipulation, est incompatible avec la position ainsi adoptée devant les juges du fond ;  
Attendu, d'autre part, qu'en faisant application de cette stipulation à des cessions consenties entre associés après avoir relevé qu'elle ne portait pas atteinte au principe de « libre négociabilité » des parts sociales entre associés affirmé par l'article L. 223-16 du code de commerce, même si elle y apportait une restriction, la cour d'appel a répondu aux conclusions invoquées ;

Et attendu, enfin, que la cour d'appel n'a fait qu'appliquer la stipulation considérée en retenant qu'elle imposait à l'associé cédant de proposer ses parts par priorité aux autres associés, à proportion de leur participation ;

D'où il suit que le moyen, pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le même moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles 1134 et 1142 du code civil ;

Attendu que la violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés ;

Attendu que tout en constatant, pour rejeter la demande de M. Moïse Y... tendant à la condamnation de M. X... au paiement de dommages-intérêts au titre de « l'accaparement irrégulier de parts », que la collusion frauduleuse entre ce dernier et M. Paul Y... n'est pas caractérisée, l'arrêt retient que la cession de parts entre associés consentie en violation des droits d'un coassocié bénéficiaire d'une clause statutaire de préemption est nulle ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la cassation de ce chef du dispositif de l'arrêt atteint, par voie de conséquence, celui rejetant la demande de dommages-intérêts formée par M. Moïse Y... à l'encontre de M. X..., qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ;

**PAR CES MOTIFS :**

**CASSE ET ANNULE**, mais seulement en ce qu'il a annulé la cession de parts du 21 avril 2009 et rejeté la demande de M. Moïse Y... en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt rendu entre les parties, le 18 octobre 2012, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; 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 d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne M. Moïse Y... aux dépens ;

### III. DOCTRINE

- **D. MAINGUY**, « *Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ?* », **D. 2006 p. 1861.**

**1** - « *Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » : la formule, synthétique, claque dans le paysage juridique des contrats préparatoires et, spécialement des pactes de préférence, dans une affaire particulièrement propice. Un acte notarié de donation-partage établi en 1957 attribuant un ensemble immobilier partageant un ensemble plus vaste et contenant un engagement de préférence au profit des autres attributaires, l'héritier d'un des attributaires qui reçoit une partie de ces biens lui-même par donation-partage en 1985 rappelant l'engagement de préférence et qui cède ce bien à une société civile immobilière en 1985, et l'un des bénéficiaires qui tente de faire valoir ses droits de préférence en agissant pour obtenir l'annulation de la vente tierce et sa substitution à l'acheteur, en vain cependant faute d'être parvenu à prouver la connaissance de l'intention par le bénéficiaire de se prévaloir du pacte, devant la Cour d'appel de Papeete, arrêt finalement approuvé par la Cour de cassation, mais avec un tel bémol érigé en formule de principe qu'il vaut revirement de jurisprudence et, peut-être, une annonce d'évolution majeure de la sanction de la violation des contrats préparatoires.

**2** - Revirement, en effet, dans la mesure où la Cour de cassation, s'agissant des première et troisième Chambres civiles et de la Chambre commerciale, avait eu l'occasion de formuler la règle inverse en s'abritant derrière l'article 1142 du code civil de façon catégorique en 1997 puis en 1999 (1). Revirement donc, mais revirement inachevé au fond de l'affaire au regard de la suite de l'arrêt : « *il n'était pas démontré que la société E. savait que Mme Y... avait l'intention de se prévaloir de son pacte de préférence* », de sorte que le principe de l'annulation et de la substitution possibles du tiers dans les droits du bénéficiaire est affirmé, mais ici sans effet. Revirement surprenant et spectaculaire surtout, dans la mesure où, jusqu'à présent, la jurisprudence avait, avec une relative constance, depuis quelques années, affirmé l'indépendance du pacte de préférence, comme celle de la promesse unilatérale de vente, dont la présence est sous-jacente derrière cet arrêt, pour refuser leur exécution forcée en nature.

**3** - On ne peut en effet circonscrire la portée de cet arrêt au seul domaine des pactes de préférence dans la mesure où il s'inscrit dans le bouillonnement doctrinal et jurisprudentiel particulier né de l'arrêt fameux de la troisième Chambre civile du 15 décembre 1993 à propos des voisines promesses unilatérales de vente. On connaît la suite, l'arrêt de 1993 valide la rétractation de sa promesse par le promettant sans permettre l'exécution forcée en nature de celle-ci, sous un tonnerre de critiques doctrinales qui réclame cette exécution en nature, comme elle réclame la substitution du bénéficiaire dupé dans les pactes de préférence, avec un virtuosité d'analyses et de propositions à la mesure des enjeux. Les contrats sont distincts mais la problématique est la même : le bénéficiaire qui est confronté à la rétractation de sa promesse par le promettant avant qu'il ait eu le temps ou l'opportunité de lever l'option, et à la vente du bien convoité à un tiers, sans doute dans les deux hypothèses pour mieux vendre à un tiers, peut-il exiger d'un juge qu'il revienne sur le contrat conclu avec ce tiers pour obtenir l'annulation de ce contrat et être substitué à ce tiers de telle manière que la vente qui a été conclue avec le tiers le soit finalement avec le bénéficiaire ?

Si l'on s'en tient à une vue première de la situation, la morale contractuelle, la force

obligatoire des engagements militent en ce sens, et justifient les affirmations désormais classiques selon lesquelles le promettant a d'ores et déjà donné son consentement à la vente par la promesse unilatérale ou que le bénéficiaire du pacte peut obtenir substitution dans les droits du tiers acquéreur, comme s'il bénéficiait d'une préemption opérant substitution, du type de celle offerte aux SAFER ou aux musées nationaux.

Qu'on se rende cependant compte de la situation de façon plus large. Voilà un acquéreur, qui se découvrira ensuite « tiers » acquéreur, qui achète un bien dans des conditions ordinaires d'un vendeur (la promesse ou la préférence pourrait être associée à un autre contrat qu'une vente, mais c'est à son propos que les difficultés sont les plus importantes) alors que ce vendeur était préalablement engagé par une promesse de vendre ou un engagement de préférer un autre, le bénéficiaire. Ce dernier entend obtenir l'annulation du contrat de vente auquel il est pourtant tiers, considérer alors que la chose vendue est rétroactivement retournée dans le patrimoine du vendeur promettant et que son consentement à la vente est toujours efficace mais désormais tourné vers le bénéficiaire qui, ainsi, peut logiquement obtenir l'exécution forcée de la promesse ou du pacte de préférence ! Ce que l'on résume, pour éluder ces difficultés majeures, en termes de droit des biens ou des contrats (et si la chose a été revendue ou donnée à bail, etc ?), par la question de l'exécution forcée en nature de la promesse ou du pacte de préférence. La doctrine est majoritaire en ce sens (2) malgré quelques voix discordantes (3) pour réclamer cette solution, elle est satisfaite s'agissant des pactes de préférence par cet arrêt, encore que l'on attende encore un arrêt qui valide effectivement une telle substitution prononcée au fond, et on peut s'attendre à ce qu'il prélude une évolution pour les promesses unilatérales. Les regrets ici exprimés ne peuvent alors manquer de saluer le travail réalisé par D. Mazeaud qui organisait un colloque sur le thème de « *L'exécution du contrat en nature ou par équivalent* » en octobre 2004 et dont les actes promouvant l'exécution en nature sont ici consacrés (4).

**4** - C'est cette épineuse question que la Cour de cassation, réunie en une large chambre mixte rassemblant les première et troisième Chambres civiles, la Chambre commerciale et la Chambre sociale, avait à résoudre, en toute connaissance de cause, si on s'en tient à la très grande qualité du rapport du conseiller Bailly et de l'avis de l'avocat général, M. Sarcelet, tous deux d'une particulière clarté et finesse d'analyse, utilisant pratiquement toute la doctrine publiée sur ces thèmes, renvoyant au projet de réforme du droit des obligations, etc. On observera, d'ailleurs, que si M. Bailly proposait quatre solutions pertinentes, tout en paraissant préférer une solution contraire à la substitution, l'avis de l'avocat général penchait clairement en faveur d'une solution tendant à reconnaître l'indépendance du pacte de préférence et donc à approuver les juges du fond d'avoir écarté la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur car « *la réalisation de ce contrat n'était pas comprise dans le pacte* ». Or, si la Chambre mixte parvient à la même solution c'est grâce à une formule radicalement différente et qui engage l'avenir : la Cour de cassation a, en ce sens, fait jurisprudence.

**5** - Or cette solution n'est sans doute pas la plus opportune, pour quelques raisons qu'il est utile de rappeler, en disant à nouveau combien les efforts doctrinaux visant à renforcer la sanction, par l'exécution forcée en nature, de la violation du pacte de préférence, comme des promesses unilatérales de vente, ont été intenses.

Une première façon de renforcer l'efficacité de la sanction de ces contrats préparatoires a consisté à décrire le pacte de préférence, étant entendu que l'identification de l'obligation du promettant comme une obligation de faire se heurte à l'article 1142 du code civil et ne promet que des dommages et intérêts et que l'analyse en termes d'obligation de ne pas faire ou d'obligation de donner a été rejetée (5).

Une deuxième façon, la première n'étant pas franchie, a alors été d'observer la force obligatoire de ces contrats, indépendamment de leur contenu obligationnel, sous la conduite de P. Ancel notamment : l'engagement, irrévocable, du promettant étant de préférer, ou de

promettre, l'exécution forcée du contrat contenant cet engagement ne dépend pas de la nature des obligations qu'il contient, mais s'impose par le seul secours du principe de la force obligatoire du contrat, par un sensationnel retour en force de l'article 1134, alinéa 1er.

Enfin, une troisième façon a consisté à critiquer les deux exigences de connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir comme conditions éventuelles de l'annulation de la vente tierce et de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur, en raison de la difficulté probatoire que ces conditions emportent, de telle manière que, au final, la fraude supposée entre le promettant et le tiers-acquéreur leur profite doublement, d'une part, en permettant de conclure la vente tierce et, d'autre part en renforçant leur position par la preuve quasi impossible à fournir, sauf dans des hypothèses très particulières où le tiers acquéreur est un co-indivisaire ou un associé du bénéficiaire par exemple.

Ce sont finalement ces arguments qui ont convaincu la Chambre mixte de la Cour de cassation, dans une voie finalement assez radicale, éloignée en tout cas de la formule de l'article 1106 de l'avant-projet de réforme du code civil, bien plus timide : « *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* » où ni la possibilité d'une annulation ni celle d'une substitution ne sont évoquées.

**6** - A l'inverse, les arguments qui militent, en défaveur désormais, de ce revirement ont déjà été proposés et peuvent rapidement être rappelés, avec cependant, évidemment, moins de force aujourd'hui que lorsqu'il s'agissait de conforter la jurisprudence prévalant jusqu'à présent.

Le premier argument consiste à dénoncer la dépendance que la doctrine majoritaire assure entre tel contrat préparatoire, pacte de préférence ou promesse unilatérale, et le contrat préparé, pour considérer que l'engagement de promettre, notamment, est irrévocable puisque, selon cette conception, le promettant a donné définitivement son consentement au contrat préparé, une vente le plus souvent, argument moins efficace pour le pacte de préférence dans la mesure où la vente n'est alors qu'éventuelle (6). Cette confusion est regrettable dans la mesure où le consentement à la promesse unilatérale ne peut pas être confondu avec le consentement à la vente, sinon par un raccourci singulier qui objectivise le consentement du promettant tout en conservant à celui du bénéficiaire sa nature traditionnelle. Il est tout de même sidérant que l'on puisse ainsi considérer que, en tout état de cause, le consentement donné à la promesse vaut consentement à la vente future, et que le consentement donné par le vendeur à la vente à un tiers vaut consentement donné à une autre vente, celle que le bénéficiaire réclame, alors même que si le promettant n'a pas vendu au bénéficiaire, c'est bien qu'il ne le voulait pas, que l'on se trouve dans le cadre d'une promesse ou d'un pacte. La formule de l'avocat général Sarcelet est excellente : « *la réalisation de ce contrat n'étant pas comprise dans le pacte* » pas davantage que dans la promesse. Ce faisant, le bénéficiaire ne dispose pas d'un droit acquis à la conclusion du contrat préparé qui justifie que l'on ne se préoccupe que de ses intérêts, en oubliant tous les autres protagonistes, le vendeur et le tiers contractant. Finalement, c'est bien l'autonomie de ces contrats préparatoires qui est l'enjeu de la solution à donner. Ou bien, en effet, on considère ces contrats comme véritablement autonomes en ce sens qu'ils participent à la période de la négociation d'un contrat préparé, sous une forme contractuellement organisée, de telle manière que les logiques de la négociation des contrats doivent s'y retrouver, obligation de négocier de bonne foi, mais pas d'obligation de contracter, avec le risque, largement dénoncé, de rapprocher ces contrats du régime de l'offre de contracter ; contre la solution nouvelle donc. Ou bien, au contraire, cette autonomie est refusée, ces contrats se rapprochant davantage de la vente à conclure, mais avec le risque, alors, de dénaturer ces contrats en les érigeant en véritables droits de préemption, dans leur sens le plus musclé (rappelons que la plupart des droits de préemption organisent un

régime de préférence et non de substitution de contractant) ; pour le revirement, alors.

Le second consiste à relativiser l'argument tiré de l'irrévocabilité de l'engagement contractuel : la formule de l'article 1134, alinéa 2, consiste à ériger en faute la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, sauf exception. Observons d'ailleurs, que l'engagement de préférer était en l'espèce à durée indéterminée de telle manière que chaque partie devait pouvoir le dénoncer à tout moment, solution qui est différente de celle que prône la jurisprudence en termes de prescription des pactes à durée indéterminée. Par conséquent, la violation d'un pacte de préférence ou la rétractation d'une promesse unilatérale de vente pourraient utilement et plus exactement être considérées comme des formules de résiliation, éventuellement fautives, de ces contrats préparatoires. Mûrissons la portée de cette décision dans d'autres contrats : le contrat de distribution rompu avant son terme doit-il faire l'objet d'une exécution forcée en nature dès lors que les conditions posées lors de la conclusion du contrat sont toujours rassemblées, le contractant ainsi évincé au profit d'un distributeur tiers pourra-t-il obtenir la substitution dans les droits du tiers, quel sera le sort des mécanismes d'offre concurrente ? On sait bien que la jurisprudence contrôle alors l'abus dans la rupture du contrat en observant, alors, sous une forme ou sous une autre, les motifs d'une telle rupture, pour mesurer l'étendue des dommages et intérêts dus, mais point pour assurer une perpétuation du contrat.

Le troisième argument consiste à réfléchir sur l'opportunité d'une telle sanction en nature. Bien entendu, l'argument usuellement présenté selon lequel l'obstacle de l'article 1142 est académique et que la force obligatoire du contrat, éventuellement préparatoire, permet d'obtenir leur exécution forcée en nature est un argument implacable. Une chose, cependant, est la possibilité d'une telle sanction et une autre est celle de son opportunité, surtout de manière aussi systématique. On relèvera au passage la contradiction qu'il y a à invoquer la force obligatoire du contrat préparatoire, l'érigent ainsi au rang de contrat ordinaire pour, aussitôt, nier son indépendance à l'égard du contrat préparé.

Lorsque le promettant décide de ne pas assumer son engagement de promesse ou de préférer en vendant à un tiers, il ne commet pas nécessairement une « fraude » aux droits du bénéficiaire, au sens où il chercherait absolument à évincer le bénéficiaire. Il cherche en réalité, le plus souvent, à réaliser une bonne affaire, en vendant le bien plus cher que le prix qu'il aurait pu espérer de ce bénéficiaire, couvrant le préjudice qu'il aura à réparer. C'est en ce sens que ces contrats préparatoires participent de cette période particulière qu'est la négociation du contrat préparé. A défaut, les parties n'auraient-elles pas conclu une vente conditionnelle ? Et pourquoi ne pas reprocher au bénéficiaire de s'être insuffisamment préoccupé de ses propres intérêts par l'organisation minutieuse du pacte, via une clause de dédit ou une clause pénale ? Il est donc difficile de chercher à déceler une obligation de contracter et on répètera ici que la violation d'un tel contrat est, souvent, économiquement profitable, pour le vendeur, pour le tiers acquéreur, pour le bénéficiaire qui verra son préjudice réparé, la perte de chance de conclure le contrat envisagé, et pour l'Etat.

Pourquoi ne pas choisir un mécanisme de sanction plus souple tel que, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, une obligation de renégocier prioritairement avec le bénéficiaire qui pourrait ainsi s'aligner sur le prix proposé par le tiers, c'est-à-dire, finalement, identifier un véritable remède à cette inexécution contractuelle tenant compte de tous les intérêts en jeu, plutôt que la plus lourde sanction envisageable ? Ce n'est pas non plus dire qu'une telle fraude est inconcevable, notamment lorsque le vendeur cherche, tout au contraire, à évincer le bénéficiaire, indépendamment du prix que le bénéficiaire lui propose, situation que l'on trouve parfois dans certains contrats d'affaires où un pacte de préférence ou une promesse de vente est associée à une clause de non concurrence.

**7** - Tous ces arguments militent donc franchement en défaveur de la solution finalement choisie par la Cour de cassation, solution qui pêche par sa radicalité : dans certaines

situations, il est possible que la sanction de la violation du pacte ou d'une promesse par leur exécution forcée en nature puisse être efficace, il est bien moins certain qu'elle soit toujours utile, de telle manière que, quitte à faire évoluer sa jurisprudence, il eut été sans doute préférable de s'en remettre à la sagesse des juges du fond, libres, en principe, de choisir le mode de réparation qu'ils jugent le plus efficace (7), annulation et substitution dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsque vendeur, bénéficiaire et tiers-acquéreur sont associés dans une même société et que la fraude au droit du bénéficiaire sont évidents, réparation du préjudice subi pour le reste, voire d'autres remèdes adaptés.



(1) Cass. 3e civ., 30 avr. 1997, Bull. civ. III, n° 96 ; D. 1997, Jur. p. 475, note D. Mazeaud ; JCP éd. G 1997, II, 22963, note H. Thuillier ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. n° 129, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, art. 36634, n° 110, p. 1007, obs. P. Delebecque ; 10 févr. 1999, Bull. civ. III, n° 37 ; D. 2000, Somm. p. 278, obs. P. Brun ; RJDA 1999, n° 392, censurant l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « *sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit* » ; Cass. com., 7 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989, concl. M. Jéol, note Y. Reinhart.

(2) Not. P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 771 ; P. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, *in* Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patr. mai 1998, n° 60, p. 78 ; D. Mazeaud, note sous Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, JCP N 1995, II, p. 31 ; Sur cette décision V. aussi, D. 1994, Jur. p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* Somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; D. 1995, Somm. p. 87, obs. L. Aynès ; D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 févr. 1994, doct., p. 210 ; D. Mazeaud, Exécution des contrats préparatoires, *in* L'exécution forcée du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 61 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois 1999, art. 37021, p.833.

(3) D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1 ; La violation du pacte de préférence, Dr. et patr. 2006, n° de janvier, p.72.

(4) L'exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1.

(5) Cass. 3e civ., 10 juill. 2002, AJDI 2003, p. 461, obs. F. Cohet-Cordey ; JCP G, pan. 1396 : « *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* ».

(6) Cf. N. Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? RDC 2005, p. 37.

(7) Cass. 1re civ., 12 juin 1954, Bull. civ. I, n° 190.

#### IV. EXERCICE

Monsieur Dallec fait des envieux car il possède l'un des derniers exemplaires du tout premier Code civil de 1804. Monsieur Litoz souhaite depuis longtemps faire l'acquisition de ce Code et il n'est d'ailleurs pas le seul. Messieurs Nemo et Auditor, également collectionneurs, ont en effet de nombreuses fois formulé des offres d'achat à monsieur Dallec. Ces hommes se connaissent car ils sont membres du cercle très fermé des collectionneurs d'ouvrages juridiques anciens, le « *ubipoussieras, ibi jus* ».

Monsieur Dallec envisage depuis quelques temps de vendre son Code car il connaît quelques difficultés financières et il sait que la vente de son bien lui rapporterait beaucoup d'argent. Monsieur Auditor, qui est un proche, est le premier à être au courant et souhaiterait formuler une offre au plus proche de ses attentes. Les deux hommes se rencontrent à plusieurs reprises pendant deux semaines. Durant cette période, monsieur Auditor a notamment pu feuilleter le Code et se faire ainsi une idée de son état. Il formule alors une offre d'achat entrant dans la fourchette de prix que monsieur Dallec lui a annoncé. Ce dernier lui promet alors de réfléchir à son offre en lui affirmant sa volonté de trouver rapidement un accord.

La semaine suivante, à l'occasion de l'une des réunions du cercle « *ubipoussieras, ibi jus* », monsieur Dallec annonce à tous qu'il pourrait prochainement vendre son Code. Monsieur Litoz parvient alors à lui faire signer un document par lequel il s'engage à le lui vendre en priorité au cas où il le vendrait. Monsieur Auditor se sent trahi.

Un mois passe et monsieur Nemo, qui n'était pas présent lors de la réunion, apprend que monsieur Dallec a peut-être l'intention de vendre son Code. Il vient alors le voir et lui formule une offre d'achat faramineuse que monsieur Dallec accepte immédiatement. Quelle n'est pas la déception de monsieur Litoz lorsqu'il découvre que monsieur Nemo est l'heureux propriétaire du précieux Code.

Monsieur Litoz vient vous voir afin de savoir s'il n'existe pas un moyen de faire tenir son engagement à monsieur Dallec. Monsieur Auditor, profondément peiné par la subite volte-face de son ami, souhaite faire annuler la vente.

Si monsieur Dallec était venu vous voir avant de vendre son livre à monsieur Nemo, que lui auriez-vous conseillé afin d'éviter un éventuel litige tout en préservant ses intérêts ?

## **SEANCE 3 : LES PROMESSES DE VENTE**

### **I. TEXTES LEGISLATIFS**

- Texte modifié suite à l'ordonnance du 10 février 2016.
- Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

### **II. JURISPRUDENCE**

**Rétractation de la promesse :**

- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 déc. 1993, n° 91-10.199.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, n° 94-16326.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008 n° 07-11721.

### **Indemnité d'immobilisation :**

- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 déc. 1984, n° 83-11788.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 2002, n° 00-16422.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 septembre 2008, n° 07-13989.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1 déc. 2010, n°09-65673.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 sept. 2012, n°1023912.
- 

### **Faculté de substitution :**

- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 avril 1984, n° 83-12106.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juillet 1999, n° 97-18926 et 97-18927, D. 2000, p. 195.
- Cass. Com. 27 mars 2001, n° 98-13637.

### **Promesse synallagmatique de vente :**

- Cass. Com., 13 février 1978, n° 76-13429.
- Cass. Com., 16 avril 1991, n° 89-20697.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 juin 2004, n° 03-12207.

## **III. DOCTRINE**

- V. SOUBISE, « *La transmission par substitution de bénéficiaire des droits conférés par une promesse de vente* », D. 1994, chr. 237.
- F. COLLART-DUTILLEUL, « *La durée des promesses de contrat* », RDC. 2004.15
- D. MAINGUY, « *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter* » : RTD civ. 2004, p.1.
- D. MAZEAUD, « *L'exécution des contrats préparatoires* » : RDC février 2005, p. 270.
- M. FABRE-MAGNAN, « *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente* », D. 2015, p. 826.
- H. LE NABASQUE, « *Les avant-contrats* », Bull. Joly Sociétés, 2016, n°9, p. 518.
- D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016, p. 2477
- R. MORTIER, « *Renforcement légal de l'efficacité de la promesse unilatérale de contrat* », Dr. Sociétés, n° 4, 2016, comm. 54.

## **IV. EXERCICES**

- Résoudre les cas pratiques.
- Analyser conjointement les arrêts Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1 déc. 2010, n°09-65673 et Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 sept. 2012, n°1023912

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Texte modifié suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1124 C. civ. (disposition nouvelle) :** La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

### V. également séance précédente.

### ➤ Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux :

**Art. 15 :** La promesse synallagmatique de vente vaut vente lorsque les parties sont convenues du bien et du prix. La promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente lorsque les parties, quoique convenues du bien et du prix, subordonnent sa formation à un accord sur un autre élément ou à un accord passé dans une certaine forme.

Le contrat conclu en violation d'une promesse synallagmatique de vente valant vente avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

L'inexécution d'une promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente ne donne lieu qu'à l'octroi de dommages et intérêts.

**Art. 20 :** La promesse de vente, unilatérale ou synallagmatique, est soumise en tant que de raison aux règles applicables à la vente.

**Art. 21 :** Si, au moment de la conclusion de la promesse ou de la vente, le bien était détruit, le contrat est nul de plein droit.

Si, au moment de la conclusion de la promesse ou de la vente, le bien était partiellement détruit, l'acheteur qui établit qu'il n'aurait pas acheté ou qu'il aurait acheté à des conditions substantiellement différentes, peut annuler le contrat par voie de notification.

## II. JURISPRUDENCE

### Rétractation de la promesse :

#### ➤ Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993, n° de pourvoi : 91-10199

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 8 novembre 1990), que Mme Godard, qui avait consenti, le 22 mai 1987, aux consorts Cruz une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1er septembre 1987, a notifié aux bénéficiaires, le 26 mai 1987, sa décision de ne plus vendre ; que

les consorts Cruz, ayant levé l'option le 10 juin 1987, ont assigné la promettante en réalisation forcée de la vente ;

Attendu que les consorts Cruz font grief à l'arrêt de les débouter de cette demande, alors, selon le moyen, que, dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de

donner ; qu'en rejetant la demande des bénéficiaires en réalisation forcée de la vente au motif qu'il s'agit d'une obligation de faire, la cour d'appel a ainsi violé les articles 1134 et 1589 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1996, n° de pourvoi : 94-16326**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 mars 1993), que, suivant un acte notarié du 18 avril 1988, Mme Ferry a consenti à M. Le Fur, qui l'a acceptée, une promesse de vente portant sur un appartement, sous diverses conditions suspensives dont celle de l'obtention d'un prêt ; qu'il était stipulé à l'acte que l'option devait être levée au plus tard le 30 juin 1988 à 18 heures ; que, le 9 mai 1988, M. Le Fur a informé Mme Ferry par deux lettres recommandées que le prêt ayant été obtenu, il levait l'option ; que Mme Ferry a refusé l'un des courriers et n'est pas allée chercher le second ; que M. Le Fur l'a sommée de se rendre chez le notaire ; que, Mme Ferry ayant refusé de signer l'acte de vente, M. Le Fur l'a assignée en réalisation forcée de la vente ; Attendu que Mme Ferry fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen, d'une part, que, tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire, et que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ; qu'en se déterminant de la sorte, après avoir constaté que Mme Ferry avait refusé de retirer les deux lettres recommandées qui lui avaient été adressées par M. Le Fur, le 9 mai 1988, pour lui faire savoir qu'il levait l'option, et que celui-ci

que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

lui avait, en conséquence, fait délivrer une sommation d'avoir à se présenter chez le notaire instrumentaire pour y signer l'acte authentique sans rechercher si la promettante n'avait pas, ainsi, signifié au bénéficiaire sa décision de revenir sur son engagement, et de ne plus vendre, bien avant la levée de l'option, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1589 du Code civil, ensemble l'article 1142 du même Code, d'autre part, qu'en retenant que le bénéficiaire avait " efficacement " levé l'option le 30 mai 1988, en l'étude de Me Carre, notaire, de sorte que la vente était parfaite, après avoir constaté que la promettante s'y était, préalablement, et, à tout le moins, concomitamment, refusée à maintenir sa promesse, et qu'elle ne désirait plus vendre, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui s'en évinçaient nécessairement au regard des articles 1134 et 1589 du Code civil, ensemble l'article 1142 du même Code ;

Mais attendu qu'ayant relevé, sans avoir à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, que le délai de levée de l'option expirait à 18 heures le 30 juin 1988, la cour d'appel, qui a retenu que si Mme Ferry avait alors refusé de signer l'acte de vente, M. Le Fur avait levé efficacement cette option, le même jour à 11 heures, en rencontrant Mme Ferry chez le notaire, en présentant à cette occasion le

chèque rédigé à l'ordre de ce dernier et en réitérant sa volonté de signer l'acte, en a exactement déduit que la vente était parfaite ;

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

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008 n° 07-11721.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 octobre 2006) que par acte notarié du 30 juillet 1999, la société Foncière Costa a consenti à la société Ogic une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble sis... à Paris et sur la commercialité attachée à l'immeuble sis au numéro 35 de la même avenue ; que la promesse expirait le 15 octobre 1999 avec stipulation d'une prorogation automatique jusqu'au 28 février 2000 et de deux conditions suspensives relatives à l'absence d'hypothèque et à la justification par la venderesse d'un titre de propriété incommutable sur le bien vendu ; que la société Ogic a renoncé à la première condition alors que la seconde s'est réalisée ensuite d'un arrêt du 3 janvier 2003 consacrant définitivement le droit de propriété de la société Foncière Costa ; que le 22 septembre 1999 les parties sont convenues de proroger la durée de la promesse jusqu'au 30 juin 2000 sauf à remplacer la délivrance d'une garantie de paiement à première demande par celle d'une caution fournie par la société Axa banque ; que par acte du 29 mars 2000 la société Foncière Costa a consenti une promesse synallagmatique de bail à la société Brioni portant sur l'immeuble sis ... ; qu'un bail commercial étant intervenu le 1er octobre 2000, la société Foncière Costa a refusé de signer l'acte authentique de vente avec la société Ogic ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Ogic fait grief à l'arrêt de dire qu'elle n'avait pas levé l'option d'achat contenue dans la promesse unilatérale de vente du 30 juillet 1999, alors, selon le moyen :

1° / que la levée de l'option d'achat par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'est soumise à aucune condition de forme ; que le contrat de vente est formé dès lors que le bénéficiaire de la promesse a manifesté sa volonté de réaliser la vente, dans les conditions stipulées dans la promesse, que celle-ci soit ou non assortie de conditions suspensives ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que par conclusions en date du 17 septembre 1999, la société Ogic avait déclaré sa volonté de réaliser la vente de l'immeuble sis... ; qu'en jugeant toutefois que par ces écritures, la société Ogic n'avait pas levé l'option, mais avait seulement " confirmé qu'elle avait l'intention de réaliser la vente ultérieurement, lorsque les conditions suspensives seraient accomplies ", la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi l'article 1134 du code civil ;

2° / que le fait que la société Ogic ait cru bon, postérieurement à la levée de l'option de proroger la promesse ou d'indiquer aux services fiscaux qu'elle " envisageait d'acquérir l'immeuble " constituait autant d'actes ou diligences nécessairement dépourvus de toutes conséquences juridiques, en l'état d'une vente qui, par hypothèse, était déjà conclue, en sorte que la cour d'appel, qui se fonde sur ces faits ou événements pour nier l'existence d'une vente ferme, lesquels faits ou événements n'auraient pu utilement être pris en considération que si la volonté de la société Ogic antérieurement exprimée de lever l'option avait été équivoque, se détermine par des motifs inopérants et, derechef, viole les articles 1134 et 1589 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant souverainement retenu qu'aux termes de ses conclusions d'intervention signifiées les 17 septembre 1999 et 23 février 2000, dans le litige opposant la société Foncière Costa à son vendeur la société Paris participations, la société Ogic s'était bornée à solliciter qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle réitérait, si besoin était, sa volonté de réaliser la promesse de vente du 30 juillet 1999 et de payer le prix dès réalisation des conditions suspensives, qu'à la date de ces conclusions la société Foncière Costa ne détenait pas de titre de propriété sur les biens objet de la promesse de vente du 30 juillet 1999, qu'elle n'avait été utilement titrée qu'au jour de la publication du jugement du 15 décembre 1998, les 7 avril et 9 juin 2000, et le titre n'étant devenu irrévocable que par arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 2005, que postérieurement à ces écritures, la société Ogic avait arrêté avec la venderesse des dispositions incompatibles avec une vente parfaite, consécutive à une levée d'option, la cour d'appel en a déduit que la société Ogic n'avait pas levé l'option mais avait seulement confirmé qu'elle avait l'intention de réaliser la vente ultérieurement ;

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

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Ogic fait grief à l'arrêt de juger que le défaut d'exécution par la société Foncière Costa de son engagement de vendre ne pouvait se résoudre qu'en dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que s'il est de principe que le manquement du promettant à son obligation de vendre l'immeuble objet d'une promesse unilatérale de vente constitue la violation d'une obligation de faire qui ne peut se résoudre, en application de l'article 1142 du code civil, que par l'allocation de dommages-intérêts, les parties ont la faculté de stipuler que par exception, la vente de l'immeuble pourra

être exécutée de manière forcée sur décision de justice ; qu'en l'espèce, il résultait des termes clairs et précis de la promesse de vente du 30 juillet 1999 qu'en cas de carence du promettant, la vente de l'immeuble sis... pourrait intervenir sur décision de justice ; qu'ainsi les parties avaient expressément convenu que le juge pourrait sanctionner par la réalisation judiciaire de la vente la carence du promettant à conclure la vente ; qu'en rejetant la demande de la société Ogic tendant à ce qu'il soit constaté que la vente de l'immeuble sis... soit réputée parfaite, au motif que les parties n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " de vendre se résoudrait par une voie autre que celle prévue par l'article 1142 du code civil, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la promesse de vente du 30 juillet 1999, en violation de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant retenu que si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du code civil, la cour d'appel, sans dénaturer, en a exactement déduit que la société Ogic n'était pas fondée à prétendre à une exécution en nature et que la société Foncière Costa devait réparer le dommage que l'inexécution de son obligation de vendre avait pu causer à la société Ogic ;

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

Mais sur le troisième moyen :

Vu l'article 1134 du code civil, ensemble l'article 1589 du même code ;

Attendu que pour constater, par motifs adoptés, la caducité de la promesse de vente consentie le 30 juillet 1999 par la société Foncière Costa à la société Ogic, l'arrêt retient, d'une part, que la rétractation de l'engagement de vendre souscrit par la société Foncière Costa est intervenue avant la levée de l'option par la société Ogic et, d'autre part, que le jugement du 26 juin 2002 est confirmé en ce qu'il a constaté la caducité de la promesse ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs contradictoires et sans tirer les conséquences légales de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les textes sus-visés ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile ;

#### **Indemnité d'immobilisation :**

##### **➤ Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 décembre 1984, n° de pourvoi : 83-11788**

SUR LE PREMIER MOYEN : VU L'ARTICLE 1226 DU CODE CIVIL, ATTENDU QUE LA CLAUSE PENALE EST CELLE PAR LAQUELLE UNE PERSONNE, POUR ASSURER L'EXECUTION D'UNE CONVENTION, S'ENGAGE A QUELQUE CHOSE EN CAS D'INEXECUTION ;

ATTENDU, SELON L'ARRET ATTAQUE (PARIS, 12 DECEMBRE 1982), QUE LA SOCIETE GETRA A PROMIS DE VENDRE UN APPARTEMENT A M. EL ABED AUQUEL ETAIT ACCORDE UN DELAI POUR DEMANDER LA REALISATION DE LA VENTE ET QUI A PAYE A LA PROMETTANTE UNE INDEMNITE D'IMMOBILISATION EGALE A 10 % DU PRIX ;

QUE, MALGRE UNE PROLONGATION DU DELAI OBTENU MOYENNANT LE PAIEMENT D'UNE NOUVELLE SOMME D'ARGENT, M. EL ABED N'A PAS LEVE L'OPTION EN TEMPS UTILE ET LA PROMESSE DE VENTE EST DEVENUE CADUQUE ;

Attendu que l'arrêt du 4 avril 2003 ayant fait l'objet d'un précédent pourvoi, rejeté par arrêt de la troisième chambre civile en date du 31 mars 2005, le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre cet arrêt est irrecevable ;

Attendu qu'aucun grief n'est dirigé contre l'arrêt du 11 mars 2004 ;

#### **PAR CES MOTIFS :**

-déclare irrecevable le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 4 avril 2003 ;

-rejette le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 11 mars 2004 ;

**CASSE ET ANNULE**, par voie de retranchement mais seulement en ce qu'il a constaté la caducité de la promesse de vente consentie le 30 juillet 1999 par la société Foncière Costa à la société Ogic, l'arrêt rendu le 26 octobre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

ATTENDU QUE, POUR CONDAMNER LA SOCIETE GETRA A RESTITUER A M. EL ABED LA SOMME VERSEE POUR OBTENIR LA PROLONGATION DU DELAI D'OPTION, L'ARRET ENONCE QUE SEULE LA PREMIERE SOMME STIPULEE A LA PROMESSE DE VENTE A LE CARACTERE D'UNE INDEMNITE D'IMMOBILISATION, LA SOMME EXIGEE POSTERIEUREMENT S'ANALYSANT COMME UNE PENALITE CONTRACTUELLE ;

QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QUE M. EL ABED N'AYANT PRIS AUCUN ENGAGEMENT, LES SOMMES VERSEES PAR LUI N'ETAIENT PAS DESTINEES A ASSURER L'EXECUTION D'UNE CONVENTION, LA COUR D'APPEL A VIOLE LE TEXTE SUSVISE ;

PAR CES MOTIFS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE STATUER SUR LE SECOND MOYEN : **CASSE ET ANNULE EN TOUTES SES DISPOSITIONS** L'ARRET RENDU LE 17



DECEMBRE 1982, ENTRE LES PARTIES, PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ; 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'ORLEANS, A CE DESIGNEE PAR DELIBERATION SPECIALE PRISE EN LA CHAMBRE DU CONSEIL ;

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 2002, n°00-16422.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1226 du Code civil ;

Attendu que la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 30 mars 2000), que, suivant un acte sous seing privé des 18 et 30 janvier 1990, M. X..., agissant à titre personnel et comme gérant de la société Creb, a promis de céder des biens immobiliers à la société Mobil Oil française, sous la condition suspensive pour le bénéficiaire de l'obtention des autorisations nécessaires à l'implantation et l'exploitation d'une station-service ; que l'acte stipulait que, dans le cas où la société Mobil Oil française ne pourrait pas réaliser son projet pour quelque raison que ce soit, M. X... conserverait une somme de 200 000 francs à titre d'indemnité d'immobilisation ; que, le 31 décembre 1993, la société Mobil Oil française a renoncé à cette acquisition ; que M. X... et la société Creb ont assigné la société Mobil Oil française en paiement de dommages-intérêts, celle-ci demandant reconventionnellement le remboursement d'un prêt de 500 000 francs consenti à M. X..., sous déduction de l'indemnité de 200 000 francs prévue au contrat ;

Attendu que, pour débouter M. X... et la société Creb de leurs demandes et les condamner à rembourser à la société Mobil Oil française la somme de 300 000 francs, l'arrêt retient que la clause selon laquelle la société Mobil Oil française acceptait que la somme de 200 000 francs soit conservée par M. X... constituait, quelle que soit la dénomination donnée par les parties, une clause pénale et que la réparation ainsi fixée forfaitairement ne présentait pas un caractère manifestement dérisoire ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de vente sous condition suspensive pour l'acquéreur de l'obtention d'autorisations administratives, la stipulation d'une indemnité d'immobilisation, qui n'a pas pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation, ne constitue pas une clause pénale, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit sans objet les demandes formées à l'encontre de la société Sogerim et de la compagnie Acte IARD, l'arrêt rendu le 30 mars 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; 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 Grenoble.

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 septembre 2008, n° 07-13989.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Angers, 6 février 2007), que, par acte du 15 juillet 2002, les consorts X... ont promis de vendre à M. Y..., qui a accepté, un

immeuble sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt ; que l'acte prévoyait que la partie qui ne voudrait pas réitérer la vente devrait payer à l'autre une indemnité

à titre de clause pénale et précisait que si le défaut d'obtention du prêt résultait de la faute de l'acquéreur, le dépôt de garantie versé par celui-ci resterait acquis au vendeur "à titre d'indemnité d'immobilisation" ; que les consorts X... ont assigné M. Y..., auquel ils reprochaient de n'avoir pas sollicité un prêt conforme aux stipulations contractuelles, en paiement de la clause pénale et de l'indemnité d'immobilisation ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant relevé que selon la condition suspensive stipulée dans la promesse M. Y... devait demander un prêt d'une durée de 15 ans au taux de 5,5 % et que la référence à un financement de 52 634 euros suffisait à démontrer que le montant de l'emprunt n'était pas laissé à la discrétion de l'acquéreur même s'il n'avait pas été repris dans la clause relative à la condition suspensive, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise sur le montant du prêt convenu entre les parties, et qui, par motifs propres et adoptés, a constaté qu'il résultait des pièces produites que les demandes de financement, toutes postérieures à la date initialement convenue pour la signature de l'acte authentique, étaient d'un montant beaucoup plus élevé que celui prévu, a pu en déduire, sans être tenue de répondre à une simple allégation, que l'absence de réalisation de la condition suspensive était imputable à M. Y... ;

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

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1226 du code civil ;

Attendu que la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ;

Attendu que pour accueillir la demande des consorts X... tendant au paiement de l'indemnité d'immobilisation, l'arrêt, qui relève que le contrat prévoyait que si le défaut d'obtention du prêt résultait de la faute de l'acquéreur, notamment s'il avait négligé d'en faire la demande ou de donner les justifications utiles ou s'il refusait sans motif légitime les offres reçues, la somme de 2 440 euros resterait acquise au vendeur en application de l'article 1178 du code civil, retient que cette indemnité répare forfaitairement le préjudice subi par le vendeur du fait de l'acquéreur qui a empêché la réalisation de la condition suspensive et que s'agissant d'une indemnité forfaitaire et non d'une pénalité, il n'y a pas lieu à réduction ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la stipulation, fût-elle improprement qualifiée d'indemnité d'immobilisation, avait pour objet de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a enjoint à M. Y... de payer aux consorts X... la somme de 2 440 euros au titre de l'indemnité forfaitaire d'immobilisation en tant que de besoin par remise par le notaire de la somme de ce montant détenu au titre du dépôt de garantie, l'arrêt rendu le 6 février 2007, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers ; 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 d'Angers, autrement composée ;

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1 déc. 2010, n°09-65673.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 20 novembre 2008) qu'Edouard X..., qui était alors marié en premières nocces sans contrat avec Mme Y..., a signé le 6 mai 1958, une promesse de vente en vue d'acquérir un appartement en cours de construction ; que l'acte authentique, qui devait intervenir dans un délai de deux ans, a été régularisé le 13 avril 1960, postérieurement à l'assignation en divorce délivrée le 18 mai 1959 mais avant que celui-ci soit prononcé le 21 mai 1962 ; qu'Edouard X..., est décédé le 21 juin 2002 laissant pour lui succéder, son fils unique, Bernard X..., né de sa première union et Mme Z..., sa seconde épouse, commune en biens ; que, par testament olographe du 3 juillet 1995, Edouard X... a légué à cette dernière la propriété de l'appartement litigieux ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé, après avis de la troisième chambre civile :

Attendu que M. Bernard X... fait grief à l'arrêt d'avoir jugé que l'immeuble sis ... était un bien propre de son père ; Attendu qu'ayant retenu, d'une part, qu'aux termes de l'acte du 6 mai 1958 une seule partie, les vendeurs, s'était engagée de manière ferme et définitive, envers le candidat acquéreur, qui prenait acte de l'engagement mais qui de son côté ne s'engageait pas, à conclure le contrat définitif, disposant d'une option lui permettant dans l'avenir de donner ou non son consentement à la vente et que le versement d'un dépôt de garantie d'un montant presque égal au prix de la vente ne préjudiciait en rien à la qualification de cet acte, et, d'autre part, que l'acte

authentique signé le 13 avril 1960 stipulait que la propriété du bien n'était acquise qu'à compter de cette date, la cour d'appel en a exactement déduit que l'immeuble litigieux constituait un bien propre du défunt ;

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

Sur le second moyen pris en ses deux branches, ci-après annexé :

Attendu que ces griefs ne sont pas de nature à permettre l'admission du moyen ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 sept. 2012, n°10-23912.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 29 juin 2010), que par acte sous seing privé du 4 avril 2007, la société DR Cap Corniche a signé avec la société France Invest Ans une promesse unilatérale de vente portant sur l'achat d'un immeuble et a versé une indemnité d'immobilisation ; que la société France Invest Ans n'ayant pas signé l'acte authentique dans le délai de la promesse, la société DR Cap Corniche l'a assignée en paiement de l'indemnité d'immobilisation et en réparation de son préjudice ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société DR Cap Corniche fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en réparation du préjudice, alors, selon le moyen, qu'en relevant d'abord qu'au vu de l'importance de l'indemnité d'immobilisation, les articles 1.3 et 1.6 de l'acte de promesse du 4 avril 2007

créaient une véritable obligation d'acquérir à la charge de la société France Invest Ans, transformant la promesse unilatérale de vente en contrat synallagmatique, tout en retenant ensuite que cette société, n'ayant souscrit aucune obligation d'acquérir, n'avait pu commettre de faute en refusant d'acquérir le bien objet de la promesse, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires et ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la société France Invest Ans n'avait souscrit aucune obligation d'acquérir, la cour d'appel en a justement déduit sans se contredire, qu'elle n'avait commis aucune faute en refusant d'acquérir le bien ;

Mais sur le premier moyen :  
Vu l'article 1589 du code civil ;

Attendu que pour débouter la société DR Cap Corniche de sa demande en paiement de l'indemnité d'immobilisation, l'arrêt retient qu'au vu de l'importance de cette indemnité,

les articles 1.3 et 1.6 du contrat créent une véritable obligation d'acquérir à la charge du bénéficiaire, transformant la promesse unilatérale de vente en contrat synallagmatique ;

Qu'en statuant ainsi, sans relever que la promesse de vente était assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait la société France Invest de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts de la société DR Cap Corniche, l'arrêt rendu le 29 juin 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, pour le surplus, 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, autrement composée ;

#### **Faculté de substitution :**

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 avril 1984, n° de pourvoi : 83-12106**

SUR LES DEUX MOYENS REUNIS : ATTENDU QUE MME PLAIDEUX QUI AVAIT CONSENTI UNE PROMESSE UNILATERALE DE VENTE D'UN TERRAIN A M BOUQUET, LEQUEL S'ETAIT, EN VERTU D'UNE CLAUSE DE L'ACTE, SUBSTITUE DANS LE BENEFICE DE LA PROMESSE LES EPOUX SAUL, FAIT GRIEF A L'ARRET ATTAQUE (PARIS, 8 DECEMBRE 1982) D'AVOIR DECIDE LA REALISATION DE LA VENTE AU PROFIT DES EPOUX SAUL, ALORS,

SELON LE MOYEN, "QUE, D'UNE PART, CONSTITUE NECESSAIREMENT UNE CESSION ET PROMESSE UNILATERALE DE VENTE SOUMISE IMPERATIVEMENT AUX DISPOSITIONS D'ORDRE PUBLIC DE L'ARTICLE 1840 A DU CODE GENERAL DES IMPOTS, L'UTILISATION PAR LE BENEFICIAIRE DE LA PROMESSE DE LA FACULTE CONTRACTUELLE DE SUBSTITUTION D'UN TIERS BENEFICIAIRE, QUI N'EST PAS UNE

STIPULATION POUR AUTRUI ET EST GENERATRICE D'UNE CESSION DE CREANCE ;

QUE DANS CES CONDITIONS IL IMPORTAIT PEU QU'IL EXISTAT UN ACTE DISTINCT DE LA LETTRE DE SUBSTITUTION DU 27 FEVRIER 1980 ET QUE SON AUTEUR N'AIT PAS LUI-MEME, LEVE L'OPTION ;

QU'EN EFFET, IL Y AVAIT EU CESSION DE LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE DU 19 JANVIER 1980 AU SENS DU TEXTE PRECITE QUI A ETE VIOLE PAR L'ARRET ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'IL S'EVINCE DES CONSTATATIONS DE L'ARRET QUE LA DATE D'ENREGISTREMENT EST POSTERIEURE A DIX JOURS APRES QUE LA PROMESSE AIT ETE ACCEPTEE EN TANT QUE TELLE, QUE LADITE PROMESSE ETAIT DONC ENTACHEE D'UNE NULLITE ABSOLUMENT D'ORDRE PUBLIC EN VERTU DE L'ARTICLE 1840 A DU CODE GENERAL DES IMPOTS" ; MAIS ATTENDU, D'UNE PART, QU'APRES AVOIR RETENU QUE M BOUQUET, BENEFICIAIRE INITIAL, N'AVAIT JAMAIS LEVE L'OPTION MAIS S'ETAIT BORNE A FAIRE

CONNAITRE QU'IL SE SUBSTITUAIT LES EPOUX SAUL, L'ARRET ENONCE A BON DROIT QUE CETTE SUBSTITUTION, QUI N'A PAS LE CARACTERE D'UNE CESSION, N'ENTRE PAS DANS LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1840 A DU CODE GENERAL DES IMPOTS, QUE, D'AUTRE PART, L'ARRET RETIENT EXACTEMENT, QUE L'ACCEPTION DE LA PROMESSE PAR LES EPOUX SAUL AVANT L'EXPIRATION DU DELAI DE DIX JOURS EDICTE PAR L'ARTICLE 1840 A DU CODE DES IMPOTS A EU POUR EFFET DE TRANSFORMER LA PROMESSE UNILATERALE EN PROMESSE SYNALLAGMATIQUE QUI N'ETAIT PLUS SOUMISE AU TEXTE SUSVISE ;

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

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 8 DECEMBRE 1982 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ; CONDAMNE LA DEMANDERESSE, ENVERS LES DEFENDEURS, AUX DEPENS LIQUIDES A LA SOMME DE ,EN CE NON COMPRIS LE COUT DES SIGNIFICATIONS DU PRESENT ARRET

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juillet 1999, n° de pourvoi : 97-18926 et 97-18927**

Joint les pourvois n°s 97-18.926 et 97-18.927

Sur le premier moyen de chacun des pourvois :

Vu l'article 1689 du Code civil ;

Attendu que, dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Chambéry, 30 juin 1997 96/181 et 182), que, par un acte du 31 octobre 1992, la société JPP Promotion a reconnu devoir la somme de 3 300 000 francs à M. Mouret ; que, par un second acte du 25 mai 1993, la société JPP Promotion s'est engagée à vendre à M. Mouret divers lots d'un immeuble moyennant le prix de 3 300 000

francs payable par compensation, avec la créance constatée par l'acte du 31 octobre 1992 ; que la promesse étant conclue avec faculté de substitution au profit de M. Mouret, ce dernier s'est substitué la société civile immobilière 188, avenue Victor-Hugo (SCI) ; que M. Mouret a assigné la société JPP Promotion en réitération forcée de la promesse ; que la SCI est intervenue volontairement en se prévalant de l'acte de substitution ; que la société JPP Promotion ayant été mise en liquidation judiciaire, M. Mouret a déclaré sa créance ;

Attendu que, pour rejeter cette créance, l'arrêt n° 96/181 retient que l'acte de substitution entraînait nécessairement cession de la créance de sorte que M. Mouret n'avait plus la qualité de créancier ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la substitution d'un tiers au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente prévoyant cette faculté ne constitue pas une cession de créance, la cour d'appel, qui a constaté que la promesse avait été enregistrée le 25 mai 1993 et qu'elle prévoyait que la société JPP Promotion pourrait refuser de réitérer l'acte en versant à M. Mouret la somme de 3 300 000 francs augmentée d'un intérêt, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen de chacun des pourvois :

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 30 juin 1997, 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.

➤ **Cass. Com. 27 mars 2001, n° de pourvoi 98-1363**

Sur le pourvoi formé par :

1 / M. Jean-Pierre Mauries, demeurant 88, boulevard Arago, 75014 Paris,

2 / Mme Marie-Claire Sauvanet, demeurant 24, boulevard Saint-Germain, 75005 Paris,

en cassation d'un arrêt rendu le 16 janvier 1998 par la cour d'appel de Paris (14<sup>e</sup> chambre civile, section B), au profit de M. Eric Fromant, demeurant Les Sylphides, 562 Parc de Cassan, 95290 L'Isle Adam, défendeur à la cassation ;

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

LA COUR, composée selon l'article L. 131-6, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 13 février 2001, où étaient présents : M. Leclercq, conseiller le plus ancien faisant fonctions de président, M. Métivet, conseiller rapporteur, Mme Garnier, conseiller, M. Jobard, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Métivet, conseiller, les observations de la SCP Thomas-Raquin et Benabent, avocat de M. Mauries et de Mme Sauvanet, de la SCP Delaporte et Briard, avocat de M. Fromant, les conclusions de M. Jobard, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant en matière de référé (Paris, 16 janvier 1998), que, par acte du 24 juin 1994 suivi d'un avenant du 10 mars 1995, M. Mauries et Mme Sauvanet (les cédants) ont consenti à M. Fromant "ou toute(s) personne(s) physique(s) ou morale(s) qu'il se substituerait" une promesse de cession d'actions de la société Esi-Elufrance, payables pour partie au jour de la cession et le solde en cinq annuités ; que M. Fromant s'étant substitué la société Eric Fromant finances dans le bénéfice de la promesse, celle-ci a acquis les actions et a payé la partie du prix stipulée comptant et la première annuité; que la deuxième annuité étant restée impayée, les cédants ont assigné M. Fromant devant le juge des référés en paiement d'une provision sur le montant de celle-ci ;

Attendu que les cédants reprochent à l'arrêt d'avoir dit n'y avoir lieu à référé alors, selon le moyen, que si le promettant qui a consenti au bénéficiaire une faculté de se substituer un tiers ne peut s'opposer à cette substitution, celle-ci n'a pas pour effet de libérer le bénéficiaire des obligations qu'il a contractées, hormis le cas où le promettant accepte expressément de s'en (sic) décharger ; que, dès lors, la substitution opérée au profit de la société Eric Fromant finances ne pouvait avoir pour effet de libérer M. Fromant de son obligation de régler le solde du prix de vente aux auteurs de la promesse, sans l'accord exprès de ces derniers ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la promesse de cession d'actions, ainsi que son avenant comportaient une clause permettant au bénéficiaire de se substituer un tiers dans le bénéfice de cette promesse, sans que soient prévus l'information préalable des cédants ou leur agrément et ayant exactement énoncé que cette substitution ne constituant pas une cession de créance, n'emportait pas l'obligation d'accomplir les formalités prévues par l'article 1690 du Code civil, la cour d'appel, statuant en référé, a pu décider que, cette faculté de substitution ayant été mise en oeuvre, il existait une contestation sérieuse sur l'obligation incombant au

bénéficiaire originaire de la promesse d'être tenu à titre personnel au paiement du prix ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

**Promesse synallagmatique de vente :**

➤ **Cass. Com., 13 février 1978, n° 76-13429.**

SUR LE MOYEN UNIQUE, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU QUE, SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE (PARIS, 17 MARS 1976), LES EPOUX X... ONT PROMIS DE VENDRE LEUR FONDS DE COMMERCE A LELONG PAR UN ACTE SOUS SEING PRIVE DU 22 MARS 1973, ENONCANT QUE LA SIGNATURE DES ACTES DEFINITIFS DEVAIT INTERVENIR AVANT LE 30 JUIN, SOUS PEINE D'UN DEDIT DE 100.000 FRANCS A LA CHARGE DE LA PARTIE DEFAILLANTE ;

QU'IL ETAIT, CEPENDANT, PRECISE QUE, DANS LE CAS OU LELONG N'OBTIENDRAIT PAS LE PRET DONT IL AVAIT BESOIN POUR ACQUITTER SOPRIX, LES CONVENTIONS SERAIENT RESILIEES PUREMENT ET SIMPLEMENT, SANS INDEMNITE DE PART ET D'AUTRE ;

QUE LELONG, QUI N'A PAS SIGNE L'ACTE DE CESSION DANS LE DELAI IMPARTI, BIEN QUE LE PRET NECESSAIRE NE LUI AIT PAS ETE REFUSE, A SOLLICITE LA RESTITUTION DE LA SOMME DE 100.000 FRANCS PAR LUI CONFIEE A L'INTERMEDIAIRE ;

QU'IL A FAIT VALOIR DANS CE BUT, QUE LA PROMESSE DONT IL ETAIT BENEFICIAIRE ETAIT NULLE POUR N'AVOIR PAS ETE ENREGISTREE DANS LE DELAI FIXE PAR L'ARTICLE 7 DE LA LOI DU 19 DECEMBRE 1963, DEvenu ARTICLE 1840 DU CODE GENERAL DES IMPOTS ;

QUE POUR LE DEBOUTER DE SA PRETENTION, LA COUR D'APPEL A RETENU QUE LA NULLITE AINSI INVOQUEE N'ETAIT PAS APPLICABLE A

LA PROMESSE INTERVENUE, DISPENSEE DE LA FORMALITE, EN RAISON DE SON CARACTERE SYNALLAGMATIQUE ;

ATTENDU QU'IL LUI EST REPROCHE D'AVOIR AINSI STATUE ALORS, SELON LE POURVOI, QUE, D'UNE PART, LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENDRE EST CARACTERISEE PAR UN ENGAGEMENT D'ACQUERIR SYMETRIQUE DE L'OFFRE DE VENDRE, QUE LE DEDIT NE PEUT ETRE ASSIMILE A UN ENGAGEMENT D'ACQUERIR CAR IL CONSTITUE UNE CONTREPARTIE ACCESSOIRE A LA PROMESSE UNILATERALE ET NON UNE CONTREPARTIE SYMETRIQUE A L'OFFRE DE VENDRE ;

QU'IL EN EST DE MEME DE LA RESERVE DE PRET, QUI CONSTITUE L'ACCESSOIRE DE LA CLAUSE DE DEDIT ;

QU'AINSI LA COUR D'APPEL EN DEDUISANT LE CARACTERE SYNALLAGMATIQUE DE LA PROMESSE DE LA SEULE EXISTENCE D'OBLIGATIONS ACCESSOIRES, DONT ELLE NE RELEVAIT PAS LE CARACTERE CONTRAIGNANT, SANS CONSTATER L'EXISTENCE D'UNE MANIFESTATION DE VOLONTE VALANT ENGAGEMENT PRINCIPAL D'ACHETER, N'A PAS JUSTIFIE LEGALEMENT SA DECISION, ET ALORS, D'AUTRE PART, QUE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE VAUT VENTE ;

QUE LES PARTIES AVAIENT MENTIONNE DANS L'ACTE, DANS DES TERMES CLAIRS ET DEPOURVUS DE TOUTE AMBIGUITE, QUE L'ACCEPTANT



DEVIENDRAIT ACQUEREUR DANS LA SEULE MESURE OU LA VENTE AURAIT LIEU, QUE LES PARTIES ETAIENT LIBRES DE RAPPORTER LEUR DECISION JUSQU'A EXPIRATION DU DELAI ET QUE LA VENTE ETAIT " PROJETEE " ET NON " REALISEE " ;

QU'AINSI, ALORS QUE LES PARTIES AVAIENT EXPRESSEMENT MENTIONNE QUE LA VENTE N'ETAIT PAS REALISEE AVEC LA SIGNATURE DE LA PROMESSE, LES JUGES DU FOND NE POUVAIENT DECIDER QUE CETTE PROMESSE AVAIT UN CARACTERE SYNALLAGMATIQUE, SANS DENATURER LES TERMES CLAIRS ET PRECIS DE L'ACTE, ET MECONNAITRE LA NATURE JURIDIQUE DE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE ;

MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL, QUI A CONSTATE QUE L'ACTE DU 22 MARS 1973 CONTENAIT LES DIVERSES ENONCIATIONS QUI SONT, EN VERTU DE LA LOI DU 29 JUIN 1935, OBLIGATOIRES DANS LES ACTES DE CESSION DE FONDS DE COMMERCE, A RETENU, D'UNE PART, QUE PAR SON IMPORTANCE, L'INDEMNITE NE CONSTITUAIT PAS SIMPLEMENT LA COMPENSATION DE L'IMMOBILISATION

DU FONDS DANS LA PERIODE D'A PEINE TROIS MOIS ALLANT DU 22 MARS AU 30 JUIN ET QU'ELLE TRADUISAIT " L'ENGAGEMENT " DE L'ACHETEUR DE PRENDRE POSSESSION A LA DATE CONVENUE ET, D'AUTRE PART, QUE LES PARTIES AVAIENT MARQUE AVEC LA PLUS GRANDE NETTETE L'ACCORD DE LEURS VOLONTES EN PREVOYANT UNE RESILIATION PURE ET SIMPLE AU CAS DE NON OBTENTION PAR L'ACHETEUR DU PRET SOLLICITE ET EN LAISSANT, EN OUTRE, A CHACUNE DES PARTIES LA POSSIBILITE DE SE DEGAGER EN ABANDONNANT OU EN DOUBLANT LES ARRHEES ;

QU'EN RELEVANT AINSI L'INTENTION COMMUNE DES PARTIES, LA COUR D'APPEL, QUI N'A PAS DENATURE L'ACTE IMPRECIS QUI LUI ETAIT SOUMIS, A JUSTIFIE SA DECISION ;

QUE LE MOYEN NE PEUT DONC ETRE ACCUEILLI EN AUCUNE DE SES BRANCHES ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 17 MARS 1976 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

➤ **Cass. Com., 16 avril 1991, n° 89-20697.**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 10 octobre 1989), que la société Alamo Trading (société Alamo) est entrée en relation avec la société Pescabrava France (société Pescabrava) en vue de l'achat d'une certaine quantité de saumon fumé ; que la société Pescabrava, soutenant qu'il résultait d'un échange de télex, dont le dernier était daté du 10 novembre 1988, que la vente était parfaite, a assigné la société Alamo en paiement ; que celle-ci a répliqué que la vente était restée à l'état de projet, faute de réalisation des conditions tenant aux modalités de paiement du prix ;

Attendu que la société Pescabrava fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande, alors, selon le pourvoi, que, d'une part, la vente est parfaite dès que les parties sont convenues de la chose et du prix ; qu'en l'espèce, il est acquis aux débats que les sociétés Pescabrava et Alamo sont convenues, dès le 17 octobre 1988, de la vente de 100 tonnes de saumon fumé au prix de 123 francs le kilo ; qu'il n'est pas contesté qu'elles ont confirmé les termes du contrat par télex le 10 novembre 1988 ; qu'en déniant cependant à la vente son caractère parfait, la cour d'appel a violé l'article 1583 du Code civil ; et alors que, d'autre part, en estimant que les modalités

de paiement du prix étaient des éléments de formation du contrat de vente, sans relever expressément l'intention déclarée des deux parties de différer la conclusion de la vente à l'octroi de la lettre de change, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article 1583 du Code civil ;

Mais attendu que, l'arrêt relève que, par téléx des 17 octobre et 10 novembre 1988, la société Alamo avait soumis son engagement à l'octroi d'une lettre de crédit dont elle entendait " vérifier le contenu " et précisé qu'elle confirmerait dès qu'elle

aurait reçu celle-ci " la totalité de la commande " ; qu'ayant ainsi constaté que cette société avait fait connaître à la société Pescabrava qu'elle considérait les modalités de paiement du prix comme un élément constitutif de son consentement, la cour d'appel a pu en déduire qu'il ne résultait pas des termes des documents invoqués que le contrat de vente s'était formé ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 juin 2004, n° 03-12207.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134, 3<sup>ème</sup> alinéa, du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 10 décembre 2002), que M. X... a consenti, par acte sous seing privé du 28 octobre 1997, une promesse synallagmatique de vente d'un immeuble à la SARL Sceaux Immobilier prévoyant sa réitération en la forme authentique au plus tard le 30 janvier 1998 ; qu'elle était soumise à diverses conditions suspensives, notamment celle de verser le prix et les frais dans la comptabilité du notaire au plus tard le 30 janvier 1998 ; que le promettant ayant soutenu la caducité de la promesse pour défaillance de cette condition suspensive, la société Sceaux Immobilier l'a assigné en réalisation de la vente tandis que par voie reconventionnelle M. X... a demandé la constatation de la caducité ;

Attendu que pour accueillir cette dernière demande, l'arrêt retient que la vente était soumise à la condition de verser le prix et les frais au plus tard le 30 janvier 1998, que lors de l'assignation de M. X..., le 20 mars 1998, la société Sceaux Immobilier ne les avait pas consignés, que dans ces conditions elle ne pouvait prétendre voir réaliser la vente et que la promesse synallagmatique du 28 octobre 1997 est devenue caduque ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que, par lettre du 7 janvier 1998, le conseil de M. X... avait évoqué divers empêchements de vendre, dont la remise en cause par son épouse du partage de leur communauté, et avait demandé au notaire d'arrêter la vente, qu'il avait écrit le 28 janvier 1998 à la société Sceaux Immobilier que cette transaction ne pouvait plus se faire, et le 30 janvier 1998 étant expiré sans que les conditions suspensives soient réalisées que la convention du 28 octobre 1997 était nulle, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le promettant avait invoqué de bonne foi la défaillance de son cocontractant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

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'Orléans ;

### III. DOCTRINE

RTD Civ. 2004 p. 1

#### **L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter** (1)

**Daniel Mainguy, Agrégé des facultés de droit ; Professeur à la faculté de droit de Montpellier**

#### **L'essentiel**

Le célèbre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 rendu à propos de la rétractation de sa promesse par le promettant est (presque) unanimement critiqué par la doctrine. Pourtant la jurisprudence maintient le cap, contre vents et marées. Elle a sans doute de bonnes raisons, qui sont souvent obliérées par la doctrine. Il s'agit donc ici de vérifier quelques-unes de ces raisons et de passer en revue les arguments généralement invités au débat. Où l'on se rend compte que, comme souvent, la doctrine « autolégitime » ses prises de position, ici à partir d'une définition de la promesse de vente qu'elle a considérée comme vraie, érigeant donc en erreur toute proposition jurisprudentielle qui contredit le modèle. Nous voudrions simplement poser quelques jalons justifiant la position prétorienne qui s'inscrit pleinement dans la théorie générale de l'avant-contrat et, plus globalement, des contrats.

1. Peut-on défendre et justifier la position de la Cour de cassation dans la question de la rétractation de la promesse de contracter ? A lire les commentaires presque unanimement critiques de la doctrine, il faudrait croire que non. « Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil vient de subir ... un coup de boutoir propre à le faire vaciller », commentait dans une note vitriolée (2) notre collègue et ami D. Mazeaud qui poursuivait ainsi : « désormais, les conventions, plus précisément les contrats, tiennent lieu de loi à ceux qui les ... respectent ». Tandis que M<sup>me</sup> Rose-Noëlle Shütz grinçait : « comme celles des hommes politiques, les promesses unilatérales de vente n'engagent-elles que ceux à qui elles sont faites ? » (3).

C'est dire dans quel état d'esprit la doctrine s'est placée face aux solutions jurisprudentielles en la matière, et combien difficile est la tâche de légitimer, autant que faire se peut, la position de la Cour de cassation qui nous paraît tout au contraire marquée du sceau de la sagesse et de l'efficacité.

2. Beaucoup a été déjà dit et écrit sur le sujet, ou plutôt contre le sujet : après l'arrêt du 15 décembre 1993 (4), dont on rappellera simplement avant d'y revenir que la Cour de cassation avait décidé d'accorder pleine efficacité à la rétractation de sa promesse par le promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire, l'autorité de promesse unilatérale de contracter est ramenée au niveau de celle d'une offre, l'utilité même de la promesse comme outil contractuel est réduite à néant, la bonne foi contractuelle part en lambeau, le respect de la parole donnée est un principe outrageusement bafoué, etc.

Les critiques portées contre ces solutions sont bien souvent autant philosophiques ou morales, voire moralistes, que véritablement techniques, pour tenter de faire admettre que la sanction


du promettant rétractant sa promesse devrait dépasser la seule hypothèse de l'allocation de dommages et intérêts et reconnaître le maintien forcé de la promesse de façon à contraindre la formation du contrat promis. Le débat est donc tout autant présenté autour de la question de l'efficacité de la promesse que, plus largement, sur celle de savoir si l'exécution forcée d'un contrat doit aboutir à son exécution en nature. Tel est l'objectif de la quasi-unanimité de la doctrine. Nous voudrions précisément esquisser dans cette étude quelques arguments, même isolés, confortant la position de la Cour de cassation : il ne nous paraît ni possible ni souhaitable de renverser cette solution car l'exécution par équivalent satisfait largement, en principe, le créancier ¶(5).


3. Replaçons en premier le problème dans son contexte contractuel. Les promesses de contracter s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation, des pourparlers, des palabres. Elles sont des techniques juridiques contractuelles qui instrumentalisent ces négociations par la rédaction d'un véritable contrat, un contrat préparatoire en vue de la conclusion, hypothétique mais encouragée, d'un contrat préparé, d'un contrat promis, un contrat de vente, de prêt, un contrat de société ou de travail. Et bien d'autres encore que la pratique nourrit comme autant de reflets du principe de la liberté contractuelle. Nombreux sont les contrats ainsi usuellement préparés par un contrat de promesse, alors que l'on raisonne souvent exclusivement à partir de la seule promesse de vente, ce qui est alors très réducteur. Parmi les contrats de l'avant-contrat, la promesse unilatérale de contrat dite aussi contrat d'option ¶(6) se présente comme un contrat modèle ¶(7) dont, surtout, la promesse unilatérale de vente ¶(8). Ces promesses peuvent alors être classées comme des contrats ayant pour objet une obligation de contracter ¶(9). La distinction avec la promesse synallagmatique de vente, le compromis de vente dont parle la pratique notariale, est souvent moins nette qu'on veut bien le penser. Si dans cette dernière les deux parties entendent contracter, il apparaît que cette rencontre des volontés ne forme pas systématiquement le contrat promis, ce qui permet de maintenir les promesses synallagmatiques dans le camp des contrats préparatoires. On évoque même une simple différence géographique : les promesses unilatérales seraient surtout observées à Paris et dans le Midi tandis que les promesses synallagmatiques gouverneraient le reste de la France ¶(10).

Contrats préparatoires modèles, les promesses de contrat sont d'ailleurs les seules évoquées par le code civil, à travers l'article 1589 du code civil rejoint médiocrement par un article 1589-1 issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Elles sont des formules contractuelles très usitées, nées de la pratique notariale ¶(11) et dont la jurisprudence et la doctrine ont déterminé le régime. Elles peuvent se définir comme les contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l'une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) l'obligation de conclure un contrat déterminé dans sa nature et son contenu. La promesse unilatérale de contrat peut se définir comme l'accord par lequel l'une des parties, le promettant, promet à l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celui-ci lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord. « En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci » ¶(12). C'est à partir de cette définition communément admise que les analyses diffèrent sur le fondement, essentiellement, de la considération du contenu de la promesse de contracter, de l'intensité de l'engagement du promettant et donc de la rétractation de la promesse par ce dernier. Or, nous verrons que cette définition est essentiellement doctrinale de sorte que la critique, doctrinale, de la jurisprudence repose sur

un simple discours : serait fausse la prétention de la Cour de cassation de donner une solution qui, au final, renverse la définition donnée par la doctrine. Il restera cependant à mesurer l'autorité et la justesse de cette définition.

4. Parmi les nombreuses difficultés posées par les promesses de vente, celle constituée par la rétractation de sa promesse par le promettant est assurément la plus encline à la polémique. Si les enjeux économiques sont en effet très importants, les analyses retenues, sur un plan fondamental, ne le sont pas moins car c'est alors la conception du contrat que l'on se fait qui est placée en exergue.


Ainsi, M<sup>me</sup> M. Fabre-Magnan traitait de cette question, pour approuver elle aussi la solution jurisprudentielle, à partir de l'analyse parfois tentée de l'objet de l'obligation du promettant comme une obligation de donner. Elle montrait ainsi que l'obligation de donner est une obligation impossible, plus qu'inutile, surtout pour expliquer le mécanisme du transfert de propriété, et elle cherchait à démontrer que le transfert de propriété en tant qu'effet du contrat se suffit à lui-même. Elle réfutait alors l'alternative entre obligation de donner susceptible d'exécution forcée et obligation de faire qui ne le serait pas, telle que la jurisprudence la présente en matière de promesses de vente, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques  (13).

A l'inverse, M. P. Ancel a, dans un célèbre article intitulé Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, placé le débat autour de la distinction opposant la conception fondée sur l'autonomie de la volonté, disons la conception individualiste, et la conception normativiste. La conception classique, telle du moins que la présente M. Ancel, envisage le contrat - et la promesse de vente - comme un outil simplement producteur d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Il constate que bien des effets d'un contrat ne sont pas des obligations : des options, des renonciations, des paiements, des facultés, des libertés, des délais, des effets de toute nature, constitutifs, extinctifs, abdicatifs, translatifs... La force obligatoire du contrat ne se confond donc pas avec le contenu obligationnel du contrat : ce serait réducteur, faux et inefficace. Jusque-là, tout le monde est d'accord. On peut l'être moins lorsqu'il rattache ce constat à la doctrine normativiste, disons pour résumer kelsénienne, qui ferait du contrat l'une des normes de sa fameuse pyramide : le contrat ne produirait ses effets que dans la mesure de ce que la loi autorise. Cette association n'est nullement nécessaire : le contrat est certes un acte normateur au sens où le décrit P. Ancel mais sans que l'on doive le rattacher impérativement à la pyramide des normes. Le mot « norme » contractuelle est-il identique au terme « norme » tel qu'on l'envisage en matière de théorie ou de philosophie du droit ? C'est autant une question de théorie du droit et de conception des sources du droit  (14) qu'un problème de philosophie analytique qu'il ne nous appartient pas de résoudre ici mais, plus techniquement, on pourrait par exemple objecter que les contrats internationaux et bien des contrats d'affaires n'ont pas nécessairement besoin d'une permission légale pour être obligatoires et se satisfont de la loi du marché. On observera encore, quoique rapidement, que la démonstration présente une certaine radicalité en ce sens que la sanction de la force obligatoire du contrat conduit presque nécessairement à l'exécution en nature du contrat. On peut au contraire dissocier les deux propositions. La force obligatoire du contrat et son exécution, éventuellement forcée d'une part, la question des moyens de parvenir à cette exécution, exécution en nature ou exécution par équivalent. Nous y reviendrons car ces détours théoriques ne sont guère éloignés de la question qui nous occupe ici. D'autres distinctions fondamentales pourraient encore être appelées en renfort de l'analyse des promesses de contracter : celle qui oppose les tenants d'une conception subjective du contrat

contre les tenants d'une conception plus objective. On rencontre cette distinction notamment à l'examen des mécanismes de circulation du contrat mais aussi dans les promesses avec le problème des clauses de substitution. Où la conception subjective renâcle à admettre la cession d'un contrat, la conception objective l'admet bien plus aisément : le contrat est autant un bien qu'un lien, le contrat avant les contractants. On peut encore inviter la distinction qui oppose les tenants d'une conception morale ou sociale du contrat où l'on reconnaîtra l'approche solidariste du contenu du contrat contre les tenants d'une conception plus utilitariste du contrat. Toutes ces approches du contrat, que l'on ne va bien entendu ni inventorier ni analyser ni discuter ici, éclairent plus ou moins les arguments qui sont présentés dans le débat de l'efficacité de la promesse de contracter.

5. Dès lors, il paraît indispensable de reprendre l'ensemble de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle sur le thème de la promesse de contracter. Pour ce faire, un rapide tour d'horizon permettra en premier un regard, technique, sur *le constat de l'efficacité de la rétractation* afin de déterminer de quelle façon la jurisprudence traite de cette question ; il impliquera en second une interrogation sur *la justification de l'efficacité de la rétractation* de la promesse de contracter, laquelle offrira l'occasion d'annoncer les raisons de la solution jurisprudentielle.

## **LE CONSTAT DE L'EFFICACITE DE LA RETRACTATION DE LA PROMESSE DE CONTRACTER**

6. Rétracter ? Rétractation ? Voilà des termes bien curieux, que M. G. Cornu dans son Vocabulaire juridique  (15) prend soin d'explicitier, consacrant ce faisant sa juridicité : « manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme n'est d'ailleurs pas réservé au contrat de promesse. Le droit de la consommation et son code fourmillent de délais et de facultés de rétractation, celle de l'article L. 121-16 en matière de contrats conclus à distance, de l'article L. 121-25 en matière de démarchage à domicile, ou encore de l'article L. 311-15 en matière de crédit à la consommation. Signalons enfin et surtout, par un singulier paradoxe, la faculté de rétraction de l'acheteur non professionnel immobilier de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Il s'agit cependant moins de formules contractuelles de « rétractation » que des sortes de clauses légales de dédit à titre gratuit dans lesquelles la réflexion d'un contractant est aménagée *a posteriori*, pour lui permettre de revenir sur un engagement pris peut-être à la légère ou en raison de l'utilisation de techniques commerciales incitatives et agressives.


La « rétractation » de la promesse est sans doute un terme moins fort que celui envisagé par M. Cornu dans la mesure où le but de la rétractation n'est pas « de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme emprunte également à la signification usuelle du terme : « le fait de déjuger ce qui a été fait, dit ou écrit » affirme le Littré. Dans tous les cas, le terme « rétractation » est affecté d'un certain préjugé négatif qui n'est vraisemblablement pas sans influence sur la conception que l'on peut se faire du contenu de la promesse et de son régime. Rétracter une affirmation consiste à déclarer que l'on a plus l'opinion que l'on avait exprimée, c'est-à-dire démentir ; se rétracter consiste à reconnaître formellement la fausseté de ce qu'on a affirmé. Le terme « rétractation » est donc assez négatif, il renvoie également au terme « retraite » et l'on parle de la retraite honteuse d'une armée, voire de sa débâcle, même si



certaines sont admirables.

Face à ces constats bien négatifs, nous préférerions un terme plus contractuel, moins marqué, plus neutre. Disons d'emblée avant de le démontrer que la formule - évidemment moins imagée, moins directe - de « résiliation unilatérale du contrat de promesse par le promettant » nous paraît bien préférable et plus conforme à la réalité contractuelle, dans laquelle la rétractation de la promesse consiste pour le promettant soit, directement, à retirer sa promesse, un peu comme le pollicitant retire, rétracte, son offre soit, indirectement, par exemple par la vente de la chose par le promettant. Ces constats permettront de mesurer, d'une façon générale, le degré d'efficacité de la promesse de contracter.

### **Les formes directes de rétractation de la promesse**

7. La première forme de rétractation de sa promesse par le promettant est la rétractation proprement dite de la promesse de contracter : le promettant indique au bénéficiaire qu'il n'entend plus être lié par celle-ci avant que le bénéficiaire ait levé l'option et, partant, privant ce dernier de la possibilité d'opter, malgré les termes et l'objet du contrat de promesse. Il s'agit en corollaire de savoir si l'exécution forcée de l'engagement du promettant est possible dans l'hypothèse où le promettant rétracte sa promesse, et de quelle façon doit s'entendre cette exécution forcée.

L'analyse doctrinale classique privilégie l'observation suivante de l'engagement du promettant. Celui-ci a engagé son consentement au contrat promis de façon irrévocable en concluant la promesse de contracter en sorte que, à la différence de la simple offre de contracter, le promettant ne pourrait rétracter sa promesse ou tout au moins, cette rétractation serait inefficace : « le contrat d'option rend l'offre irrévocable »  (16). De sorte que la seule sanction sérieuse du promettant serait d'ignorer sa rétractation. C'est donc une exécution en nature de la promesse qui est choisie. L'analyse classique fait par conséquent de la promesse de contracter un contrat très proche du contrat promis. A bien des égards d'ailleurs, le contrat promis apparaît comme à moitié conclu, s'agissant du promettant tout au moins. Le bénéficiaire pourrait toujours lever l'option, dans les conditions qui étaient initialement fixées, et faire constater la formation de la vente pour demander, ainsi, l'exécution forcée en nature de la promesse.

8. Pourtant, contre l'avis de la majorité de la doctrine, la Cour de cassation s'est prononcée dans l'important arrêt  (17) du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant  (18). Rappelons brièvement les faits : M<sup>me</sup> Godard avait consenti une promesse de vente portant sur un immeuble aux consorts Cruz, accordant à ces derniers une option courant jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 1987. Mais, le 26 mai 1987, la promettante notifiait aux bénéficiaires sa décision de ne plus vendre. Les bénéficiaires particulièrement têtus levaient tout de même l'option le 10 juin 1987 de sorte que l'appréciation de l'efficacité de la rétractation était particulièrement opportune. Pour la Cour de cassation, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option est pleinement efficace et le bénéficiaire de la promesse simplement créancier d'une obligation de faire ne peut obtenir l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le maintien forcé du consentement du promettant : « les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et ... la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

9. Malgré les contestations unanimes et nombreuses, la Cour de cassation a maintenu sa

jurisprudence. Un arrêt du 26 juin 1996 <sup>(19)</sup> a été l'occasion pour la « doctrine de la Cour de cassation » de manifester à nouveau son attachement à cette solution. Or, cet arrêt du 26 juin 1996 était une bonne occasion pour la Cour de revenir sur l'arrêt de 1993. Elle a délibérément choisi de ne pas le faire. Le conseiller rapporteur D. Prunier invitait ses collègues à « réaffirmer la doctrine de notre précédent arrêt en retenant ... que la recherche (de savoir si le promettant avait rétracté sa promesse alors que le bénéficiaire avait levé l'option) n'était pas demandée, ce qui sous-entend que si elle l'avait été, elle aurait été efficiente, montrant ainsi que seule la levée de l'option est de nature à justifier que le promettant, tenu alors d'une obligation de donner, soit obligé de s'exécuter et qu'à défaut sa volonté soit suppléée par une décision judiciaire » <sup>(20)</sup>, éclairant - peu - une solution ambiguë dont l'interprétation fut divergente <sup>(21)</sup> mais finalement considérée comme une solution de confirmation de l'arrêt de 1993.

Ce premier constat est donc bien établi : la rétractation, directe, de la promesse par le promettant avant la levée de l'option est efficace.

### **Les formes indirectes de rétractation de la promesse de contracter**

10. Une forme voisine de rétractation repose sur l'hypothèse de la vente de la chose objet de la promesse par le promettant à un tiers. Il ne s'agit pas seulement d'une hypothèse particulière dérivant de la première car, à la précédente difficulté, s'ajoute la question de savoir si le bénéficiaire pourrait demander l'annulation de la vente consentie par le promettant au tiers au mépris de son droit issu de la promesse.

Or, le bénéficiaire ne dispose que d'un droit personnel contre le promettant et non d'un droit réel sur le bien objet de la promesse, même lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente, de sorte que si le principe de l'effet relatif du contrat de promesse impose que le tiers doive respecter son contenu, le bénéficiaire bafoué ne disposera de guère de moyens pour défendre son droit <sup>(22)</sup>. L'exposé de ces solutions montre d'ailleurs que la solution proposée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1993 n'est pas isolée, bien au contraire.

11. Contre le promettant, les moyens d'action du bénéficiaire sont limités à des actions en responsabilité contractuelle et ne sont guère plus efficaces contre le tiers acquéreur, d'autant moins que le tiers sera de bonne foi <sup>(23)</sup>. Tout au plus pourra-t-il utiliser, en cas de mauvaise foi du tiers, les moyens offerts par les règles de la responsabilité ou de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil. Si le tiers connaissait l'existence de la promesse, il a commis une faute en acquérant ce bien qui pourrait justifier que le juge prononce l'inopposabilité de l'acquisition à l'égard du bénéficiaire de la promesse <sup>(24)</sup> plutôt que de choisir un mode de réparation par l'allocation de dommages et intérêts destinés à compenser le préjudice subi par le bénéficiaire <sup>(25)</sup>.

12. Plus difficile est la question de savoir si le bénéficiaire déçu peut obtenir l'annulation de la vente conclue entre le promettant et le tiers. 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...*, ni, en particulier, de l'article 1599 du code civil relatif à la vente de la chose d'autrui dans la mesure où la promesse unilatérale de vente ne crée pas de droit réel au profit du bénéficiaire et que seul l'acheteur est titulaire de l'action en nullité, relative, de l'article 1599 du code civil.



On considère généralement que le juge pourrait, en cas de fraude manifeste, prononcer éventuellement la nullité du contrat. Une telle fraude ne serait cependant pas la fraude paulienne de l'article 1167 dans la mesure où celle-ci ne connaît pour sanction que l'inopposabilité de l'acte <sup>13</sup>(26). L'annulation pourrait être poursuivie sur le fondement plus général de la règle *fraus omniacorrumpit* au cas où le bénéficiaire serait en mesure de prouver la collusion frauduleuse du promettant et du tiers. Il ne s'agit là, en tout état de cause, que d'une possibilité pour le juge qui choisit le mode de réparation qu'il estime le plus opportun <sup>14</sup>(27). Par ailleurs, le droit du bénéficiaire n'est pas renforcé par la publication de la promesse à la conservation des hypothèques. Le tiers n'est pas de ce fait censé la connaître puisque aux termes des règles de la publicité foncière, il ne s'agit que d'une inscription facultative, mais on pourrait admettre que la publication participe de la démonstration probatoire destinée à renverser la présomption de bonne foi du tiers.

Toutes ces solutions de rattrapage sont bien illusoire. Il paraît assez évident que les solutions résultant des arrêts de 1993 et 1996 sur des rétractations « directes » emportent des conséquences voisines dans des hypothèses de rétractations « indirectes ». La sanction par la substitution du bénéficiaire au tiers, dont le succès était déjà bien douteux auparavant, devient une perspective très lointaine : il suffirait au promettant de rétracter sa promesse puis de vendre au tiers. Le problème est toujours le même : le promettant ne souhaite plus contracter avec le bénéficiaire, peut-on l'y contraindre ?

13. Les difficultés rencontrées par le bénéficiaire d'une promesse ressemblent alors à celles qui auraient été les siennes s'il avait été bénéficiaire d'un pacte de préférence face à un promettant qui n'aurait pas respecté le droit de préférence du bénéficiaire. Or, force est d'observer que les sanctions du promettant, dans un pacte de préférence, sont loin d'être parfaitement efficaces. Ainsi, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte de préférence 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 <sup>15</sup>(28). La vente du bien objet du pacte de préférence au mépris du pacte de préférence est donc valable.

Dès lors, la sanction de la violation d'un pacte de préférence consiste simplement en l'allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence <sup>16</sup>(29). Le bénéficiaire ne peut donc réclamer l'exécution forcée du contrat en vertu du principe de son effet relatif selon lequel si, bien entendu, le pacte de préférence est opposable au tiers, et réciproquement, le tiers ne saurait se voir lié par les effets obligatoires du contrat <sup>17</sup>(30). Les tribunaux peuvent, seulement, en cas de mauvaise foi du tiers, annuler le contrat conclu avec ce tiers s'il est établi que celui-ci a eu « connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » <sup>18</sup>(31). Ainsi, la Cour de cassation censurait récemment l'arrêt d'appel qui avait annulé une vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » <sup>19</sup>(32). Mais on cherche en vain une décision définitive faisant application de cette règle.

En toute hypothèse, le bénéficiaire du pacte ne saurait être substitué au tiers acheteur, et ce malgré un arrêt du 7 mars 1989 <sup>20</sup>(33), dont on a pu penser qu'il admettait implicitement la possibilité de la substitution lorsque était démontrée l'existence d'une fraude commise lors de la violation du pacte de préférence, conséquence directe de la solution désormais établie selon laquelle le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit (du promettant) de disposer (de l'objet du pacte) en sorte que le promettant n'était pas obligé de conclure mais

simplement de préférer comme l'affirmait l'arrêt du 30 avril 1997 <sup>13</sup>(34). Seules la résolution judiciaire et l'allocation de dommages et intérêts peuvent donc être espérées par le bénéficiaire déçu, contre le promettant si le tiers est de bonne foi, contre le promettant et contre le tiers, *in solidum*, si le tiers est de mauvaise foi <sup>14</sup>(35).

14. Le constat est donc à nouveau des plus clairs : la rétractation de sa promesse par le promettant est efficace en ce sens que le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'exécution forcée de la promesse, il ne pourra obtenir davantage que des dommages et intérêts. Cette efficacité est clairement affirmée par la Cour de cassation et elle s'inscrit logiquement dans sa jurisprudence sur le non-respect de ce type d'outils contractuels de l'avant-contrat. Encore convient-il de le justifier.

### **LA JUSTIFICATION DE L'EFFICACITE DE LA RETRACTATION DE LA PROMESSE DE CONTRACTER**

15. La justification de cette efficacité est le coeur du problème posé, une fois constaté le régime de la promesse et donc que la rétractation n'est pas sanctionnée par le maintien forcé du consentement par la jurisprudence.

L'alternative doctrinale aux solutions prétorienne contestées serait la possibilité d'obtenir, devant une juridiction, la conclusion forcée du contrat promis, son exécution en nature. La perspective existe d'ailleurs : la rétractation de la promesse par le promettant après que le bénéficiaire a opté serait inefficace, le contrat promis étant alors formé. Le bénéficiaire peut obtenir le constat judiciaire de la conclusion de la vente. Mieux, elle permet d'obtenir un titre authentique, par exemple lorsque le vendeur refuse de réitérer la vente en sa forme authentique. La jurisprudence se fonde alors sur l'existence d'une obligation de donner qui permet, elle, l'exécution forcée de l'obligation et du contrat. Surtout envisagée à propos des promesses synallagmatiques de vente <sup>15</sup>(36), elle est pleinement applicable aux promesses unilatérales après que le bénéficiaire a levé l'option.

Il reste donc, à lire la doctrine, à s'offusquer de la solution retenue, ce qui laisse cependant la place à des arguments permettant de la justifier. Nous présenterons ces arguments *pro* et *contra* successivement, plutôt qu'en les entremêlant afin de faire la part de la valeur de chacun de ceux-ci.

#### **Contre la solution jurisprudentielle : il faut imposer la conclusion du contrat promis**

16. Les arguments contre la solution sont les plus nombreux et les plus développés en doctrine. Ils se fondent sur la nature de la promesse de vente ou bien sur son contenu mais ils s'accompagnent d'autres qui relèvent de la morale contractuelle.

#### **Arguments tenant à la nature de la promesse de contracter**

17. Quel est l'objet d'une promesse de contracter ? C'est l'une des questions centrales. Pour l'essentiel de la doctrine qui critique les solutions jurisprudentielles, la plus importante donc, voire la quasi-unanimité, le promettant a déjà donné son consentement au contrat préparé. C'est la conception classique de la promesse de vente que l'on retrouve, depuis l'article de Boyer sur les promesses synallagmatiques de vente paru en 1949 <sup>16</sup>(37), chez la grande majorité des auteurs d'ouvrages de droit des obligations ou de droit des contrats spéciaux : «

Le promettant s'étant d'ores et déjà engagé à vendre à des conditions précises, la réalisation de l'opération ne dépendra plus que de la seule volonté du bénéficiaire » (38). L'affirmation est parfois plus directe. Mes collègues et amis Antonmattéi et Raynard écrivent ainsi que « dans les relations entre les parties, l'engagement du promettant (son acte de volonté à la vente) est irrévocable pendant la durée de validité de la promesse ; il s'ensuit que la rétractation de celui-ci, intervenue à cette époque est normalement inopérante : si le bénéficiaire a déjà levé l'option avant, le contrat est conclu ; si le bénéficiaire n'a pas levé l'option avant la rétractation, il doit toujours pouvoir le faire pendant la durée d'efficacité de la promesse » (39). De même, M<sup>me</sup> J. Schmidt présente la promesse comme le contrat ayant « pour objet de mettre à la charge du promettant l'obligation de maintenir l'offre de contrat définitif pendant le délai d'option » (40), de sorte que « il n'est pas exact d'affirmer que le promettant s'engage à conclure le contrat définitif » (41). On se prend à espérer une présentation alternative. Mais elle poursuit : « il a exprimé ce consentement de manière irrévocable dans la promesse si bien que la formation de contrat définitif dépend uniquement de la levée de l'option par le bénéficiaire. L'obligation du promettant consiste à maintenir son consentement à la disposition du bénéficiaire pendant la durée de l'option et, corrélativement, à s'abstenir de tout comportement qui compromettrait la réalisation du contrat définitif ».

Il résulte donc de la conception que la doctrine ultramajoritaire se fait de la promesse de vente que celle-ci est une sorte de contrat hybride : pour le bénéficiaire elle est un véritable contrat préparatoire à la vente en ce sens que la conclusion du contrat définitif n'est pas certaine, tandis que pour le promettant, elle serait déjà la vente. Le maître mot est alors l'irrévocabilité de l'engagement de la promesse par le promettant parce que l'objet de la promesse serait le maintien du consentement. Il nous semble cependant que cela procède essentiellement de l'autosuggestion doctrinale : dans la plupart des cas, les auteurs envisagent en premier la définition de la promesse de vente et donc leur espoir contractuel, avant d'envisager ensuite les solutions jurisprudentielles, pour les regretter, fatalement, puisqu'elles ne concordent pas avec les propos premiers. Or, la promesse de vente n'est pas un contrat spécial répondant à un étalon contractuel qui serait figé dans le marbre de la loi, codifiée ou non. Elle est une création de la pratique dont la doctrine tente de rendre compte. Si l'on observe, à l'inverse, la position jurisprudentielle, on observera que si la promesse comporte une obligation de contracter, celle-ci ne peut pas se solder par le forçage du consentement au contrat promis, fût-ce moralement regrettable.

### **Arguments tenant au contenu de la promesse de contracter**

18. Une deuxième série d'arguments, très voisins des premiers, repose sur le contenu de la promesse et donc sur son exécution. A partir du constat que la promesse engage le promettant comme vendeur, son engagement de vendeur serait irrévocable sur le fondement de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> de sorte que la solution de la Cour « fragilise le droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente » (42), si l'on s'en tient à l'opinion doctrinale majoritaire.

Certains auteurs ont cependant fait valoir que cette façon de raisonner - la rétractation n'est pas l'exécution d'une obligation ou du contrat mais une question de révocation d'une obligation - a été contestée par une partie de la doctrine (43) qui considère que la solution, pour contredire efficacement la jurisprudence, pourrait être radicale : il convient en effet d'observer que la rétractation est inefficace en ce sens qu'elle est une violation de l'article 1134 lui-même, et point de l'article 1142 du code civil. Mais il suffit d'observer que cette présentation est un rien artificielle : en quoi la violation de l'engagement de promesse est-il la violation d'un engagement légal et non d'une obligation ? Ne suffirait-il pas au promettant de

résilier le contrat de promesse, plutôt que de la rétracter, pour que le résultat soit identique ? C'est alors assimiler révocation de l'engagement et résiliation de celui-ci ¶(44), délibérément.

Il reste alors à découvrir le contenu de la promesse, de sorte qu'il permette de parvenir à ce résultat. L'obligation du promettant pourrait donc être une obligation ou pas, si l'on suit P. Ancel ou R.-N. Schütz notamment, reprenant en cela les analyses de L. Boyer ¶(45) et de F. Collard-Dutilleul ¶(46).

19. Si l'engagement du promettant se réalise dans une obligation, il s'agira vraisemblablement d'une obligation de faire. C'est la solution retenue par la Cour dans les arrêts de 1993 et 1996. La doctrine qui critique ces solutions retient généralement que cette obligation de faire est de peu de consistance. L'obligation de faire en question ne pourrait qu'être l'obligation à la charge du promettant de maintenir son offre. Pour la doctrine, cette analyse présente cependant un grave inconvénient. Il en résulte en effet que la promesse de vente ne fige pas le consentement du promettant : il n'a pas donné son consentement à la vente. C'est alors toute l'économie de la promesse unilatérale - dans la logique prônée par les tenants de cette conception - qui est bouleversée par cette décision ¶(47).

A moins que l'on admette, pour réaliser et vérifier cette économie du contrat de promesse, que cette obligation de faire soit, au contraire des solutions de 1993 et 1996, susceptible d'exécution forcée, entendons d'exécution forcée en nature. Sans entrer dans les détails de l'application de l'article 1142 du code civil, on sait que le principe selon lequel les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts est appliqué avec une certaine souplesse, en gros selon que l'implication de la personne est ou non envisagée. C'est alors toute la satisfaction du principe de liberté contractuelle qui est en cause.

Les critiques des solutions de 1993 et 1996 considèrent le plus souvent qu'une telle exécution forcée est possible car l'enjeu est la force obligatoire du contrat et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Soit, mais alors, ce n'est plus le principe de l'article 1142, qui n'évoque que l'exécution des *obligations*, qui serait invoqué. Il paraît en toute hypothèse difficile d'imposer l'exécution forcée en nature de l'obligation de maintenir son offre ou d'une obligation de contracter. La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une « exécution forcée » par le créancier par le biais d'une saisie - ce qui signifie, au passage, que ce n'est pas d'exécution forcée du débiteur dont il s'agit mais simplement de satisfaction contrainte du créancier - autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté, et elle implique une « chose » des plus incorporelles, la volonté encore. Même si « l'exécution forcée des obligations contractuelles de faire » ¶(48) est promue chaque fois qu'elle est possible, et donc que « l'exécution en nature n'est plus une exception, c'est certain » ¶(49), cela ne permet pas de franchir les limites du principe de la liberté contractuelle. Or la promesse de contracter s'inscrit dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation. Rien n'est encore figé pour la conclusion du contrat définitif même si la formule contractuelle de la promesse est une formule plus contraignante que les outils traditionnels de la négociation tel le contrat de négociation.

20. Une partie de la doctrine estime cependant que l'obligation pourrait être une obligation de ne pas faire ¶(50), une obligation de ne pas obérer la réalisation de cette première obligation et, notamment, de ne pas offrir la conclusion du contrat objet de la promesse à un tiers voire

plus largement de « ne rien faire qui viendrait faire obstacle à la vente si le bénéficiaire lève l'option » (51). A moins qu'il s'agisse d'une obligation particulière, *sui generis* en quelque sorte, « d'une obligation spécifique non protégée par le législateur » (52).

Sans doute également et à l'inverse de ce dont le pourvoi faisait état dans l'arrêt de 1993 par exemple, le promettant n'est pas tenu d'une obligation de donner (53). Une telle obligation de donner ne naît, en effet, qu'à la levée de l'option, formant la vente ou dans une promesse synallagmatique de vente. Par ailleurs, une telle obligation de donner ne vaudrait que pour les promesses de *vente* alors même que le propos peut - doit - être généralisé à l'ensemble des promesses de contrat, contrat translatif de propriété ou non. La jurisprudence évoque d'ailleurs l'existence d'une obligation de donner mais uniquement en face d'une promesse synallagmatique de vente, ou d'une promesse unilatérale de vente ayant fait l'objet d'une option, alors que le vendeur ou l'acheteur (54) refuse de réitérer l'acte en sa forme authentique. L'obligation de donner est alors propre à la vente, ici conclue, point à la promesse et est une technique permettant d'imposer la force obligatoire de la vente, pas de la promesse.

21. L'alternative consiste à déborder l'obligation et son éventuelle exécution forcée en considérant que ce n'est pas une obligation qui est en question mais le contrat. M<sup>me</sup> R.-N. Schütz (55) l'exprime par exemple à travers un raisonnement en deux étapes. En premier, le principe en cause est celui de la force obligatoire du contrat (de promesse) et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter (la vente). Elle considère en second et de façon induite 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 proposition formulée par P. Ancel est plus sophistiquée. Il considère que les promesses unilatérales de vente contiennent des obligations de faire ou de ne pas faire mais ne se réduisent pas à des obligations. Dans la logique de sa présentation normativiste du contrat, il considère que le promettant ne s'est pas 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 ? » (56) mais qu'il a d'ores et déjà donné son consentement à la vente, au contrat préparé « lequel n'a plus besoin que de l'acceptation de l'autre pour se former ». L'exécution de la promesse concerne donc l'exécution du contrat de promesse et celle d'une obligation quelconque qu'elle contient. L'exécution forcée de la promesse exprime donc l'engagement du promettant, en ce qu'il est irrévocable : « le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais ... il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat ».

### **Arguments de morale contractuelle**

22. Un dernier argument, et point le moindre, pour condamner la position de la Cour de cassation : il conviendrait de contraindre le promettant malgré sa rétractation parce qu'ainsi on ferait triompher le respect de la parole donnée et donc la morale contractuelle. La consécration de l'efficacité de la rétractation serait en effet une prime à la fraude et à la mauvaise foi du promettant (57). Ce faisant la sécurité juridique attendue de la promesse serait bafouée. C'est un argument curieux où l'on retrouve une confusion volontaire entre exécution forcée et exécution en nature : à ce compte, toutes les inexécutions contractuelles

devraient se solder par une exécution forcée en nature de l'engagement du débiteur récalcitrant. Or on en est loin. Qu'est-ce qui justifierait l'originalité de la promesse unilatérale de vente et des obligations qu'elle contient pour mériter une sanction si importante ? Leur objet peut-être, le fait qu'elles portent souvent sur un immeuble, chose rare, chère et convoitée. L'affirmation repose surtout sur la définition préalablement proclamée de la promesse unilatérale de contracter comme figeant le consentement du promettant. Or, c'est cette définition, purement doctrinale, qui est remise en question par la Cour de cassation et qui permet de proposer une analyse alternative de la promesse et par là de justifier la position de la Cour de cassation : non, l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible, ni souhaitable.

### **Pour la solution jurisprudentielle : l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible ni souhaitable**

#### **Arguments particuliers aux promesses de contracter**

23. Considérons, en premier lieu, que les arrêts de 1993 et 1996 ne sont pas un revirement de jurisprudence comme on l'écrit souvent. La doctrine a très souvent tendance, dans ce débat, à confondre la façon dont elle décrit habituellement les promesses de vendre et la jurisprudence qui l'accompagne ¶(58). On observe par exemple que jamais la jurisprudence n'a formulé de solution contraire à sa position résultant de l'arrêt de 1993 par le passé, ce que reconnaît très honnêtement par exemple M<sup>me</sup> R.-N. Schütz ¶(59) observant que la jurisprudence actuelle remonte à ... 1839 : « malgré les affirmations doctrinales classiques, auxquelles la solution de la troisième chambre civile s'oppose nettement, l'arrêt du 15 décembre 1993 ne constitue pas un revirement de jurisprudence. Bien que la doctrine classique ait présenté l'inefficacité de la rétractation comme un principe acquis, aucune décision n'avait formulé cette solution lorsque la rétractation intervient avant la durée de l'option ». Pothier évoquait d'ailleurs ce problème dans son *Traité de la vente* en 1768 comme non réglé ¶(60). Bien au contraire, la jurisprudence a toujours admis l'efficacité de la rétractation de la promesse de vente, et même au-delà des seules promesses unilatérales de vente d'immeuble ¶(61).

24. On peut surtout proposer une analyse différente de la promesse unilatérale de contracter. On peut alors se fonder sur la promesse de vente qui est décidément au coeur du débat. La définition traditionnelle considère que le consentement du promettant à la vente promise est d'ores et déjà donné, à la différence du bénéficiaire, que l'engagement du promettant est irrévocable. Cette solution est critiquable pour au moins deux raisons.

25. En premier, cette solution qui vise à permettre l'exécution forcée de la promesse aboutit à *objectiver, désincarner et rigidifier* la volonté du promettant. Il faudrait en effet admettre le raisonnement suivant : le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente en sorte que la levée de l'option par le bénéficiaire, même postérieure à la rétractation, formera la vente. Le promettant ne peut donc rétracter efficacement son consentement et le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée en nature de la promesse par le maintien forcé du consentement du promettant que celle de la vente elle-même ¶(62). Le tout en faisant semblant de croire que cela ne heurte pas l'article 1142 du code civil dans la mesure où ce maintien n'entraverait pas la liberté individuelle ou ne porterait pas atteinte à l'intégrité corporelle du promettant.


Or, on peut proposer une analyse différente du contenu de la promesse : le vendeur émet un consentement à *la promesse* dont l'objet est de maintenir son offre de vendre. Distinguons bien, donc, le consentement à *la promesse* et le consentement à *la vente*, alors que l'analyse classique parvient à une confusion : le consentement à la promesse serait en même temps le consentement à la vente, mais ce uniquement pour le promettant.

26. L'analyse classique assimilant le consentement à la promesse et le consentement à la vente opère une curieuse confusion des consentements qui provient peut-être de la polysémie de la notion de consentement. Celle-ci est, pour résumer, ou bien l'accord, la rencontre des volontés, ou bien la manifestation de volonté elle-même (63). Que l'on retienne l'une ou l'autre signification, on ne peut faire l'économie de l'analyse concrète de la promesse de contracter. Retenons, pour faire simple dans la suite de nos développements, que le terme « consentement » vise l'accords des volontés et que le terme « volonté » signifie la manifestation de volonté de l'un des contractants (64). L'analyse majoritaire de la promesse de vente considère que la volonté de s'engager du promettant traduit d'une part le consentement à la promesse et d'autre part la volonté de s'engager à la vente. Le consentement à la vente, qui est le contrat lointain, le contrat préparé, sera réalisé par l'échange des volontés du vendeur et de l'acheteur, ce dernier le fournissant par l'option. Figer la volonté du vendeur, par le truchement du contrat de promesse, est donc assez étonnant dans la mesure où elle traduit une sorte de « demi-consentement au contrat préparé ». Or il nous semble que c'était précisément cette analyse que la Cour de cassation cherchait à contrecarrer en 1993 en affirmant que la rétractation « excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ». C'est donc bien que ces volontés *de vendre* n'avaient pu se rencontrer, que le consentement à la vente était impossible, ce qui semble nier le fait que le promettant ait déjà donné son consentement à la vente. En pratique d'ailleurs, dans bien des cas, l'objet ou le prix sont peu déterminés, des conditions suspensives indiquent que le consentement, des deux partenaires, est encore loin d'être acquis. Il est donc particulièrement réducteur d'affirmer que la promesse unilatérale de vente est en attente de l'option du bénéficiaire laquelle formera la vente. Dans bien des cas, l'option ne formera pas définitivement la vente.

Peut-être cette confusion est-elle entretenue par les résumés sémantiques auxquels on procède généralement en matière de promesse unilatérale de contracter. En premier, la promesse de vente serait un avant-contrat, une sorte de « moindre contrat », de contrat dépendant du contrat préparé. Or, tout au contraire, le contrat de promesse participe certes à l'avant-contrat, mais est un contrat. Un contrat ordinaire et autonome des autres contrats et notamment du contrat préparé. Les consentements nécessaires à la formation de ces deux contrats sont donc bien séparés. En second, l'analyse est souvent proposée au soutien de l'efficacité de promesses unilatérales *de vente* : la rétractation serait impossible puisque le vendeur à presque déjà vendu et le transfert de propriété est pratiquement déjà réalisé. Or, outre le fait que cette automaticité et cette irrévocabilité peuvent être critiquées, le raisonnement doit être élargi à toutes les promesses de contracter et point seulement aux promesses de contrats translatifs de propriété. L'argument du transfert de propriété qui serait déjà réalisé par l'acceptation du bénéficiaire n'a alors plus d'intérêt.


Tel que nous l'envisageons, le contrat de promesse contient donc la promesse de contracter, encadrant la volonté de vendre. Il n'est pas illogique alors, que de même que le bénéficiaire peut ne pas opter parce qu'il n'est finalement pas intéressé, le promettant puisse rétracter sa promesse parce qu'il a trouvé meilleur acheteur, mais en tirant les conséquences de la violation de sa promesse.

On pourra alors proposer la description suivante de la promesse de contracter : *la promesse de contracter est un contrat préparatoire qui s'efforce de parvenir à la conclusion d'un contrat promis et pour ce faire, contient une obligation à la charge du promettant de contracter, c'est-à-dire de maintenir son offre pendant un certain temps, et au bénéficiaire de lever l'option. L'effet obligatoire de la promesse de contracter est donc simplement inscrit dans la perspective du contrat promis.*

27. La seconde critique présentée contre la conception classique repose elle-même sur une critique : les solutions rendues par la Cour de cassation auraient le défaut, dirimant, de rapprocher dangereusement le régime des promesses unilatérales de vente de celui de l'offre voire de subir un régime inférieur à celui de l'offre puisque l'offrant peut rétracter son offre mais pas avant l'écoulement d'une certaine durée  (65).

Quand bien même cela serait, ce qui n'est pas le cas, la belle affaire ! Ce n'est pas parce que la doctrine a toujours considéré, de façon différente des solutions jurisprudentielles, la promesse de vente d'une certaine manière et espéré une efficacité finalement mythique que la jurisprudence devrait s'exécuter. La promesse unilatérale de vente n'est pas un outil magique pour le bénéficiaire qui lui permettrait d'évacuer tous les aléas économiques de la négociation d'un contrat. La promesse unilatérale de vente ne contient pas davantage une obligation de garantie pour le bénéficiaire. Comme tous les contrats préparatoires elle permet de maximiser la sécurité juridique des deux candidats contractants, mais elle ne saurait faire l'économie de la liberté contractuelle. Les contrats préparatoires ne sont pas des techniques permettant d'éliminer ce principe : tout au contraire, ils l'utilisent mais sans pouvoir évidemment le contourner.

Il est donc naturel que la promesse soit rapprochée de l'offre, en ce sens que les deux institutions s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat. L'utilité des promesses unilatérales de contrat ne disparaît pas même si un aménagement de leur contenu s'impose pour pallier ces solutions. Ainsi, si l'on considère que la grande majorité des promesses unilatérales de vente ne fait pas l'objet d'une rétractation, on insistera sur la large supériorité de la promesse sur l'offre.

Le contrat de promesse permet en effet d'aménager les conditions de cette préparation : clause de loi applicable, conditions suspensives... Par ailleurs, le régime défavorable au bénéficiaire peut être amélioré par le contrat  (66). Il peut s'agir d'une simple clause pénale. Il s'agirait alors d'aménager et de forfaitiser la dette de responsabilité contractuelle du promettant. La formule présente cependant l'inconvénient de pouvoir subir l'affront de la révision sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2 du code civil. Perspective non négligeable : il convient en effet de mesurer le préjudice du bénéficiaire. Or celui-ci est souvent faible, voire inexistant. Le bénéficiaire a perdu une chance de conclure un contrat. On conçoit par exemple que ce préjudice puisse présenter quelque consistance lorsque l'objet de la promesse était la cession de titres, on l'imagine plus difficilement lorsqu'il s'agissait d'acquérir un immeuble banal.

Il peut s'agir plus subtilement d'une clause de dédit à titre onéreux. Puisque le promettant peut se rétracter, autant aménager les conditions et les effets de celle-ci. Par exemple une clause contenant un dédit d'un même montant que l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire pourrait remplir ce rôle. La solution est d'autant plus heureuse que le promettant,



qui tenterait d'obtenir réduction de ce montant en cherchant à requalifier ce dédit en clause pénale se heurterait à la jurisprudence tenant en échec ce type de tentative (67).

Il faudrait également mesurer la portée d'une clause qui alourdirait l'obligation du promettant et qui figerait le consentement du vendeur, du type de la suivante : « le promettant s'engage d'ores et déjà à vendre de sorte qu'il s'interdit de procéder à toute rétractation de sa promesse » : s'agirait-il d'une formule validant la proposition doctrinale de la promesse de contracter et contredisant l'arrêt du 15 décembre 1993 ? Il faudrait sans doute alors procéder à une analyse fine de la clause pour savoir si la volonté des parties a été de se prononcer sur le consentement du contrat promis ou si elle demeure une promesse ordinaire.

Enfin, la rétractation de la sa promesse par le promettant est efficace, mais n'est pas sans conséquence : elle est en principe fautive, de sorte qu'elle impose un coût pour le promettant, selon les règles générales du droit des contrats.

### **Arguments généraux de droit des contrats**

28. Une deuxième série d'arguments, qui sont peut-être d'ailleurs les premiers, repose sur la considération que le contrat de promesse unilatérale de vente, aussi original, au sens de spécial, soit-il, reste un banal contrat.

Or, quelle que soit la considération des contrats, l'irrévocabilité des contrats prônée par l'article 1134, alinéa 2 du code civil n'est évidemment pas absolue et ce, qu'on l'envisage du côté de l'article 1134 du code civil, c'est-à-dire de l'existence de l'engagement, ou de celui de l'article 1142, c'est-à-dire, de son exécution, pour reprendre la présentation choisie par certains auteurs (68). Bien au contraire, l'irrévocabilité des contrats est un principe qui justifie simplement l'allocation d'une indemnité au contractant victime d'une inexécution - on confond alors irrévocabilité et force obligatoire - ou d'une rupture inopinée. Ce serait d'ailleurs bien le seul contrat à souffrir d'une telle irrévocabilité. On cherche alors à disjoindre irrévocabilité du contrat : le contractant ne peut revenir sur son engagement, et résiliation du contrat : le contractant peut, unilatéralement, mettre fin à un contrat. Certes, la promesse unilatérale de vente est un contrat à durée déterminée, le plus souvent. La résiliation d'un tel contrat à durée déterminée est, affirme l'article 1134, alinéa 2, impossible. Seul le consentement des parties peut défaire ce que le consentement a réalisé. La formule est toute de principe : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est évidemment possible et efficace. Soit que la loi l'ait admis comme en matière de vente (art. 1654 et s. c. civ.), de prêt à usage (art. 1889 c. civ.), de bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 12), de dépôt (art. 1944 c. civ.), de mandat (art. 2007 c. civ.), voire d'une façon plus générale (cf. art. L. 442-6, I, 5° c. com.). Soit que l'on tire les leçons de la reconnaissance par la jurisprudence du *droit de brusque rupture* qu'elle a récemment reconnu à l'image de solutions connues en droit des contrats internationaux (69). Soit encore que, au-delà de ces mécanismes validant la résiliation ou la résolution unilatérale d'un contrat à durée déterminée, l'une des parties décide malgré tout d'y mettre fin. Une chose est alors d'admettre l'efficacité de la résiliation d'un contrat à durée déterminée, autre chose est d'admettre l'innocuité de cette résiliation : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est efficace mais fautive et donc coûteuse en principe pour son auteur. Certains auteurs considèrent cependant qu'il serait souhaitable que le juge accorde non seulement des dommages et intérêts mais encore parvienne à maintenir le contrat abusivement rompu (70). Cela nous paraît absolument impossible.

Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas de fouler du pied le principe de la force obligatoire du contrat et de ce faire le chantre du mépris contractuel, tout au contraire. La sanction de tels comportements doit, en toute circonstance, être vigoureuse, tant pour punir que pour prévenir de tels agissements. De même que l'irruption de la bonne foi ou de la proportionnalité dans les contrats permet de corriger le contrat, de l'adapter de façon à respecter l'utilité économique d'un contrat, sans pour autant nier le principe de la force obligatoire du contrat. Mais comme il ne paraît pas possible de forcer le consentement d'un contractant au début de l'engagement, il n'est guère envisageable d'y parvenir au cours du contrat ou à sa fin. Le traitement juridique doit donc être autre : la force obligatoire du contrat est sanctionnée par l'exécution forcée mais celle-ci doit être déconnectée de la qualité de cette exécution, des moyens utilisés. L'exécution forcée ne se résume donc pas à son exécution en nature (71). Et ce n'est pas renier la force obligatoire que de procéder ainsi. Simplement, la force obligatoire du contrat étant affirmée, elle permet de repérer le degré d'inexécution du contrat ou des obligations qu'il contient. Ne pas admettre l'existence d'un engagement, l'intensité de tels effets ou obligations serait assurément méconnaître la force obligatoire du contrat. Ce dont il n'est jamais question ici. Autre chose est la sanction de cette inexécution, qui relève davantage de l'ordre processuel que de l'ordre contractuel d'ailleurs, sauf à introduire des clauses particulières. On constate alors que l'exécution en nature du contrat de promesse aboutirait à imposer la conclusion du contrat promis. Elle aboutit en même temps, et en outre, à l'exécution forcée du contrat promis. C'est l'opportunité de la réponse à ce problème qui est en cause. Nous pensons que l'allocation de dommages et intérêts satisfait en général le créancier, et le créancier de promesse en particulier. Dès lors, les choses se présentent différemment. Ou bien le contrat lui-même connaît des techniques de gestion de l'inexécution, ou de la rétractation : clause pénale, clause dédit ou toute autre formule, ou bien, les règles de la responsabilité contractuelle doivent prendre le relais. Observons que la grande majorité des contentieux en matière de résiliation des contrats d'affaires se présente ainsi : la jurisprudence comme la doctrine dissertent à loisir sur les causes et les effets d'une telle rupture mais sans remettre en cause le fait de la rupture, même d'un contrat à durée déterminée.

Par conséquent comme l'employeur peut mettre fin à tout moment à un contrat de travail à durée déterminée, mais en payant les indemnités y afférant, le promettant peut résilier le contrat de promesse : la rétractation de la promesse par le promettant n'est rien d'autre qu'une résiliation des plus ordinaires. D'où le changement de formulation proposée : parlons de résiliation d'une promesse de contracter plus que de la rétractation de celle-ci par le promettant. D'autant que depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, l'acquéreur non professionnel dispose d'une faculté de « rétractation » qui n'a pas grand chose à voir avec le problème ici étudié.

### **Arguments d'économie contractuelle**

29. Le dernier argument en faveur des solutions de la Cour de cassation repose sur une analyse économique du contrat de promesse dont nous voudrions très simplement esquisser quelques traits.

Le droit des contrats est assis sur un double fondement, libéral et utilitariste, d'une part, et moral, *via* le recours à la bonne foi de l'autre. Or, les analyses traditionnelles s'appuient essentiellement sur ce second fondement. L'analyse économique du droit - qui ne doit évidemment pas se substituer aux autres analyses mais s'y ajouter - montre que le droit des contrats se prête parfaitement à la théorie des jeux ou de l'agence par exemple. Il s'ensuit que

l'exécution ou l'inexécution d'un contrat dépend de bien des facteurs économiques : les coûts de transaction, la symétrie ou l'asymétrie de l'information mais aussi l'intérêt de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat alors que les circonstances ont évolué depuis sa conclusion. La question de la rétractation de la promesse s'inscrit dans la « théorie de l'inexécution efficace » d'un contrat (*Efficient breach of contract*) 🏠 (72). A partir du moment où les intérêts économiques d'une partie l'invitent à choisir une autre solution que celle prônée par le sens littéral du contrat, nul ne saurait le maintenir dans les liens contractuels. Force majeure, droit de brusque rupture, adaptation du contrat, imprévision, etc., nombreux sont les traitements de cette situation, ignorés pourtant dans le cas des promesses de contracter. Et pourtant, si le promettant rétracte sa promesse, c'est sans doute qu'il a trouvé mieux ailleurs, soit pour garder la chose, parce que la rareté de celle-ci ou les circonstances du marché l'incitent à la conserver, soit pour la vendre plus cher à un tiers, dont on doit d'ailleurs présumer la bonne foi. Economiquement, il est évidemment profitable de favoriser cette solution : le promettant est satisfait, le tiers est satisfait, et le bénéficiaire ne pourra guère ne pas l'être puisqu'il ne perd pas d'argent et peut même obtenir des dommages et intérêts. Ce qui suppose alors que le promettant se rétracte pour autant que le tiers lui propose un gain au moins supérieur au montant des dommages et intérêts qu'il pourrait devoir au bénéficiaire. Il est assez raisonnable de penser que cette sanction satisfait le créancier de promesse, à moins de proposer une démonstration destinée à convaincre le juge que l'exécution en nature est préférable au cas particulier : l'objet de la promesse était tel immeuble qui peut être considéré comme unique pour telle raison de sorte que sa non-acquisition occasionne un préjudice, matériel ou moral, ou les titres de telles sociétés pour lesquelles l'exécution par équivalent ne serait pas efficace. Le mythe de l'exécution forcée et de l'exécution en nature des contrats en prend un coup, au bénéfice de la réparation par équivalent, mais sans bien évidemment qu'un extrême chasse l'autre. Il apparaît alors que le mécanisme permettant d'éviter la rétractation réside dans le montant de l'allocation de dommages et intérêts.

\*\*\*

30. La doctrine majoritaire se défie des solutions jurisprudentielles en matière de promesse de contracter. Sans doute cela provient-il d'une confiance exacerbée dans l'efficacité de cet outil contractuel de préparation du contrat promis. Il n'est pas douteux que l'affirmation selon laquelle la rétractation de la promesse de contracter par le promettant est immorale est exacte si l'on tient la promesse de contracter comme figeant le consentement du promettant. On peut alors envisager les choses de toute autre manière. La promesse de contracter est en premier un contrat de l'avant-contrat, un contrat qui s'inscrit dans un processus de négociation d'un autre contrat. La promesse de contracter est en second un contrat ayant pour objet une obligation de contracter - ou de maintenir une offre, peu importe. L'effet obligatoire de cette promesse ne peut donc pas se confondre avec celui du contrat promis. Sinon, il eut fallu conclure le contrat définitif, assorti de conditions par exemple. Le contrat de promesse est enfin le plus souvent un contrat à durée déterminée que le promettant ne peut résilier unilatéralement, sauf faute ou péril imminent, sans en subir les conséquences indemnitaires. La rétractation de la promesse n'est donc rien d'autre que la résiliation unilatérale de ce contrat préparatoire, dont l'exécution forcée est impossible : elle aboutirait à forcer le consentement de l'un des contractants, à aboutir à la conclusion du contrat promis, malgré le défaut affirmé d'y procéder par l'un des contractants. L'accent doit donc être mis sur les moyens juridiques permettant de renforcer l'efficacité contractuelle du mécanisme choisi, ou bien par l'insertion de clauses adéquates ou bien par le traitement judiciaire rigoureux de cette résiliation intempestive.


- (1) Cette étude est la poursuite d'une conférence prononcée à l'invitation de l'Ecole doctorale Droit et Société de la faculté de droit de Montpellier, dirigée par le Professeur J.-P. Tosi.
- (2) Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, JCP 1995.II.22366.
- (3) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, Petites affiches, 23 avr. 1997.18.
- (4) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, D. 1994.507, note F. Benac-Schmidt, Somm.230, obs. O. Tournafond ; 1995.Somm.88, obs. L. Aynès ; JCP 1995.ed.N.J.31, note D. Mazeaud ; Defrénois, 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 1994.588, obs. J. Mestre. *Adde*, A. Terrasson de Fougères, Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option, JCP 1995.ed.N.1.194 ; F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58 ; D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? AJPI 1996.568 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999, art. 37021, p. 833.
- (5) Déjà évoqué *in* Contrats spéciaux, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2002, n° 64 ; L'avant-contrat (avec J.-M. Mousseron et M. Guibal), Ed. F. Lefebvre, 2001, n° 556 et s. V. aussi D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? article préc. ; M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996.85, spéc. n° 17 ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91.
- (6) F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 77, 1983 ; V. aussi M. Bruschi, Les promesses unilatérales de contrat, Lamy, Droit des contrats, sous la dir. de B. Fages, n° 125 et s. ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967 ; J. Schmidt-Szalewski, Vente, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 80 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999.833.
- (7) Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Cujas, 2000, p. 83 : « la promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles mêmes archétypes des avant-contrats ».
- (8) J. Schmidt, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 20, p. 2.
- (9) J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit* note (4). On peut alors distinguer les contrats emportant une obligation de négocier, les contrats emportant une obligation de préférer et les contrats emportant une obligation de contracter, catégorie dans laquelle s'installent les promesses de contracter.
- (10) Cf. F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58, spéc. p. 60.
- (11) Alors même que cette même pratique notariale semble désormais les craindre en raison des dispositions de la loi SRU de décembre 2000 et notamment du nouvel article 1589-1 du code civil. La menace de nullité de tout « engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier » qui emporterait remise d'une somme d'argent (l'indemnité d'immobilisation par exemple) paraît faire reculer la pratique des promesses unilatérales, alors même que le texte est bien ambiguë et qu'il vise certainement les engagements d'acquiescer, point les promesses de vente qui sont par ailleurs des contrats synallagmatiques de promesse unilatérale ou synallagmatique de vente (comp. J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit.* note (4) n° 554-1).
- (12) F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2002, n° 191.
- (13) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc.
- (14) V. par ex. Introduction générale au droit, Litec, coll. Objectif droit, 3<sup>e</sup> éd. 2003.
- (15) G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, p. 776.

(16) Cf. F. Bénac-Schmidt, *op. cit.* n° 21.


(17) D'ailleurs, le même jour était rendu un autre arrêt dans les mêmes termes : Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, *Bourachot c/ Naudet*, n° 1955, n° 91-14.999.

(18) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc.

(19) Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, Defrénois, 1996, art. 36434, note D. Mazeaud, RJDA 1996.636 ; rapp. D. Pronier, *Petites affiches*, 30 mai 1997.27, note B. Bévière : « la cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

(20) Rapp. Pronier, RJDA 1996.636. Comp. I. Najjar, La rétractation d'une promesse de vente, D. 1997.Chron.119 .


(21) Cf. par ex. I. Najjar, La « rétractation » d'une promesse unilatérale de vente, D. 1997.Chron.119 , qui y voyait un revirement de la jurisprudence de 1993.

(22) V. Cependant, Paris, 30 juin 1995, inédit, cité par M. Bruschi, Les promesses de contracter, *in* Droit du contrat, Ed. Lamy, n° 125-55 ; Com. 7 déc. 1993, Bull. Joly, 1994.180, obs. Lambert, *Rev. sociétés*, 1994.72, obs. Y. Chartier , admettant l'exécution forcée d'une obligation de souscrire dans un délai déterminé à une augmentation de capital.

(23) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 91, D. 1978. 165, note Ph. Malaurie, JCP 1979.II.19223, note M. Dagot, Defrénois, 1977, art. 31522, n° 91, note J.-L. Aubert, à propos de l'inopposabilité d'une promesse à un créancier hypothécaire ayant inscrit son titre ; Civ. 3<sup>e</sup>, 20 févr. 1979, JCP 1980.II.19376, note M. Dagot.


(24) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juill. 1975, Bull. civ. III, n° 249.

(25) Civ. 10 avr. 1948, JCP 1948.II.4403, note E. Becqué.

(26) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 nov. 1982, Bull. civ. III, n° 221 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 53, RD imm. 1995.342, note V. Groslières et C. Saint-Alary-Houin . V. aussi Ch. Atias, La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP 1978.ed.N.I.291.


(27) V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 113, citant Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 1954, JCP 1954.II.8225.

(28) Com 26 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 157 ; *Petites affiches*, 12 févr. 1996, n° 19, p. 9, note J. Casey et J. Lejeune.

(29) Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avr. 1997, D. 1997.475, note D. Mazeaud et chron. C. Atias . V. aussi D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, *Gaz. Pal.* 3 févr. 1994.D.210.

(30) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 24 mars 1999, RJDA 1999, n° 536 : la bonne foi du tiers fait obstacle à l'élargissement de l'action en dommages et intérêts - légitime contre le promettant - à ce tiers.

(31) Civ. 3<sup>e</sup>, 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n° 208 ; D. 1983.IR. 32 ; *Gaz. Pal.* 1983.2.661, note E.S. de la Marnierre.

(32) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr. 1999, RJDA 1999, n° 392 et V. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise de foi, D. 1998.Chron.203 .

(33) Com. 7 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989.231, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard.

(34) Cf. Civ. 30 avr. 1997, préc.

(35) Civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr. 1999, préc. : l'arrêt censure l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire de faire usage de son droit ». Sans vouloir réaliser de prédictions mal venues, il semble cependant que si la Cour de cassation accepte de fixer des critères permettant de déterminer dans quelles conditions l'annulation du contrat conclu avec le tiers est possible, elle assure un contrôle très strict de l'application de ces conditions, de sorte qu'aucune décision, à notre connaissance ne l'a encore définitivement retenu.

(36) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1994, JCP 1995.éd.G.II.22491, note Ch. Larroumet, 1996.éd.N.J.501, note D. Mainguy ; Ass. plén. 3 juin 1994, Bull. Ass. plén. n° 4 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 1983, D. 1983.617, note P. Jourdain, JCP 1984.II.20312, note H. Thuillier. Mais V. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, D. 1968.412, note H. Mazeaud, JCP 1968.II.15587, note A. Plancqueel, RTD civ. 1968.564, obs. J.-D. Bredin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 2 avr. 1979, JCP 1981.II.19697, note M. Dagot. Dans ces deux derniers arrêts, la Cour de cassation avait au contraire retenu une obligation de faire, entravant l'efficacité des promesses synallagmatiques. Aujourd'hui et singulièrement depuis l'arrêt du 20 décembre 1994, la Cour de cassation distingue selon que le mécanisme contractuel, souvent une *clause de réitération de la vente en sa forme authentique*, s'exprime comme une condition de la formation du contrat, auquel cas la vente n'est pas formée et est donc insusceptible d'exécution forcée, ou comme une modalité d'exécution de la vente, celle-ci étant alors formée et donc susceptible d'exécution forcée.

(37) L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, RTD civ. 1949.1 : D. Mazeaud rappelait l'un des passages essentiels : « on ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(38) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd. 2002, n° 191.

(39) P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, Contrats spéciaux, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2002, n° 58. V. aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 111 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd. 2001, n° 85 : sous l'intitulé « décalage des consentements » : il affirme que « Ce qui caractérise essentiellement les promesses unilatérales est un décalage dans le temps des consentements à la vente dans les conditions fixées et il ne peut ensuite révoquer ce consentement, pendant toute la durée de vie de la promesse... », D. Mazeaud, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 15 déc. 1993, préc. spéc. n° 8 : « Dès la conclusion du contrat de promesse, le promettant à d'ores et déjà donné son consentement à la vente, consentement définitif et irrévocable. La formation de la vente promise ne dépend plus alors que d'une condition : la levée de l'option. Condition nécessaire et suffisante ; la conclusion de la vente est, en raison de la promesse, indépendante de toute manifestation de volonté future du promettant. Elle est exclusivement subordonnée à l'expression du consentement du bénéficiaire », C. Paulin, Promesse et préférence, *in* La négociation du contrat, RTD com. 1998.511 et spéc. p. 515 et s. Mais V. beaucoup plus nuancés : B. Gross et Ph. Birh, Contrats, ventes civiles et commerciales, bail d'habitation, bail commercial, 2<sup>e</sup> éd. PUF, 2002, n° 75.

(40) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982, n° 504.

(41) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.* n° 519.

(42) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 9.

(43) Cf. F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordres, article préc. Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, *op. cit.* n° 231 et s. ; Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, *in* Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patrimoine, n° 60, mai 1998.78 ; B. de Bertier-Lestrade, Le conflit d'actes juridiques en droit privé, PUAM 2003, spéc. n° 845 et s.

(44) *Contra* : Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, article préc.

(45) « On ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(46) Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988 et spéc. n° 231 : « 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 ».

(47) V. not. R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. spéc. n° 10.

(48) W. Jeandidier, RTD civ. 1976.700.

(49) Cf. I. Cornesse, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, RRJ 2003-4, spéc. n° 63.

(50) V. not. A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, n° 93 ; F. Collart-Dutilleul, *op. cit.* n° 227 ; A. Terasson de Fougères, Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente, JCP 1995.éd.N.I, p. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Civ. 3<sup>e</sup>, 10 juill. 2002, JCP 2002.éd.G.pan.1396 : « 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 ».

(51) A. Bénabent, *op. et loc. cit.*

(52) F. Bénac-Schmidt, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc.

(53) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc. V. *Contra* : P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988.673, qui y voit une obligation de donner.

(54) Cf. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 12 févr. 2003, inédit où l'action échouait d'ailleurs car les demandeurs formulaient une action en paiement du prix et point en constatation de la vente.

(55) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 10-11.

(56) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, article préc. n° 21.

(57) Cf. D. Mazeaud, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc. ; O. Tournafond, obs. sur Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc.

(58) V. *supra*, n° 17.

(59) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, article préc. V. not. Amiens, 24 août 1839, S. 1843.2.403.

(60) Pothier, Traité du contrat de vente, 1768, t. 2, p. 5, n° 479.

(61) Cf. Paris, 5 déc. 1991, Bull. Joly, 1992.305, obs. F. Bénac-Schmidt, à propos d'une promesse unilatérale de cession d'actions. Sur l'apport en société d'une chose objet d'une promesse de vente : Paris, 15 déc. 1995, Bull. Joly, 1996.305, n° 103, note P. Le Cannu. Plus généralement sur les promesses de société : Req. 19 févr. 1907, D. 1910.1.517 ; Paris, 27 juin 1949, D. 1949.537 ; Civ. 5 mars 1951, JCP 1951.II.6496, note Laurent ; Com. 28 avr. 1987, Rev. sociétés, 1988.59.




(62) Cf. not. P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, *op. cit. supra* n° 17.

(63) Par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 91.



(64) Et V. M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ. 1995.573.


(65) Par ex. B. Bévière, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, Petites affiches, 30 mai 1997.26.

(66) R.-N. Schütz, Comment sauver la promesse de vente, article préc. ; D. Mazeaud, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 1993, préc.

(67) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 9 janv. 1991, D. 1991.481, note G. Paisant  ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 337, D. 1994.Somm. 233, obs. G. Paisant  ; Com. 2 avr. 1996, D. 1996.Somm. 329, obs. D. Mazeaud  ; Com. 14 oct. 1997, Petites affiches, 8 mai 1998.15, note D.-R. Martin.

(68) Cf. *supra*, n° 18.

(69) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999.198, note C. Jamin, Somm.115, obs. Ph. Delebecque , JCP 1999.II.10133, note Rzepzcki, Defrénois, 1999.374, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 40, D. 2001.1568, note C. Jamin, Somm.3239, obs. D. Mazeaud , Defrénois, 2001.705, obs. E. Savaux.

(70) D. Mazeaud, obs. préc. D. 2001.Somm.3240  ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 661.

(71) F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, spéc. p. 107 et s.

(72) Cf. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Co, 1986, p. 12 ; B. Rudden et P. Juilhard, La théorie de la violation efficace, RID comp. 1986.1015. V. pour une remarquable étude plus générale : F. Bellivier et R. Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, article préc. spéc. p. 108 et s.

## Recueil Dalloz 2015 p.826



### De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats

Muriel Fabre-Magnan, Professeur à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)

#### L'essentiel

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats entend « casser » la jurisprudence de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 sur les promesses unilatérales de vente. Selon l'article 1124 de ce projet, le promettant qui se rétracterait avant la fin du délai d'option convenu pourrait désormais être forcé à réaliser la vente. Une telle exécution forcée porte atteinte au principe constitutionnel de liberté contractuelle. Un contractant ne peut en effet être obligé de consentir, et un contrat préparatoire ne peut dès lors avoir pour objet et pour effet de « figer » à l'avance le consentement d'une partie afin qu'il puisse servir ultérieurement pour la formation d'un autre contrat.

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été rendu public le 25 février dernier. Une consultation a été ouverte par le ministère de la justice jusqu'au 30 avril prochain.

Nous voudrions plaider, une dernière fois (1), en faveur de l'excellente jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 (2) et contre le projet de nouvel article 1124 du code civil. Ce texte, bien que réclamé et longtemps attendu par la



grande majorité de la doctrine relayant de prétendus besoins de la pratique des affaires <sup>(3)</sup>, nous semble contraire aux principes les plus fondamentaux du droit des contrats et, pour tout dire, non conforme à la Constitution.

On connaît la controverse : quelle sanction appliquer lorsque le promettant décide de se rétracter avant la fin du délai offert au bénéficiaire (car, après, la promesse est de toutes les façons caduque) et avant que ce dernier n'ait levé l'option (car, alors, le contrat est irrévocablement formé) ? Quelle est donc la sanction lorsque, contrairement à sa promesse, il refuse de procéder à la réalisation de la vente devant notaire ? Selon la Cour de cassation qui, depuis plus de vingt ans, tient bon courageusement contre les assauts répétés de la doctrine la sommant d'abjurer, la seule sanction possible est l'allocation de dommages-intérêts. L'adoption du projet d'article 1124 conduirait à pouvoir forcer la conclusion de la vente promise puisque, aux termes du nouveau texte, « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

Une objection dirimante nous a toujours semblé devoir être soulevée contre cette proposition : comment l'exécution forcée d'un contrat non translatif de propriété - le contrat de promesse unilatérale de vente - peut-il entraîner le transfert forcé de la propriété ?

Acquiesçant sans doute à l'argument, la doctrine a cependant trouvé une parade : le contrat de promesse unilatérale contiendrait et « figerait », une fois pour toutes, le consentement du promettant à la vente future. L'exécution forcée de ce contrat conduirait donc simplement à donner effet à ce consentement, et à le maintenir de force jusqu'à l'expiration du délai convenu. Le bénéficiaire aurait ainsi, jusqu'à ce terme, la faculté de lever l'option et de forcer le contrat de vente. Cette faculté de lever l'option serait plus précisément un droit potestatif, c'est-à-dire, selon les analyses classiques d'Ibrahim Najjar <sup>(4)</sup>, un droit sans débiteur. Ce sont les explications que semble reprendre le projet d'article 1124 lorsqu'il donne, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, la définition de la promesse. Selon ce texte, « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, *le droit*, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, *et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* » <sup>(5)</sup>.

Cette simple description suffit cependant à démontrer l'inconstitutionnalité majeure du mécanisme.

Il est, en effet, acquis aujourd'hui que le principe de liberté contractuelle a valeur constitutionnelle. Selon la formule adoptée par le Conseil constitutionnel, il est certes « loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général », mais « à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » <sup>(6)</sup>.

Or le coeur du principe de liberté contractuelle, son essence même, est la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat. Si le consentement a un sens, il veut dire que, jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à ce que le contrat soit conclu par l'échange des consentements, chacun est libre de donner ou de ne pas donner son accord, et donc que personne ne peut être forcé à le faire. Un contrat ne peut ainsi pas avoir pour objet de « figer » un consentement pour un contrat futur que l'autre partie pourrait décider seule de former ou non. La Cour de cassation

ne s'y trompe pas qui, dans ses derniers arrêts <sup>113</sup>(7), vise tout à la fois les articles 1101 et 1134 du code civil, qui sont les emblèmes du caractère volontaire de l'engagement contractuel, ainsi que de la liberté contractuelle. On ne peut éliminer la personne pour ne garder que son consentement, congelé et prêt à resservir. La notion même de droit potestatif n'a, au demeurant, pas de sens : certes, l'exercice par le bénéficiaire de son droit d'option ne nécessite pas que le promettant fasse, ne fasse pas ou donne quelque chose ; mais pour qu'un tel droit ait été créé et naisse, il a bien fallu qu'il y ait un contrat, liant et donc obligeant le promettant (au sens de la force obligatoire du contrat), et il faut donc bien un cocontractant, sinon débiteur d'obligations, au moins « obligé » par le contrat <sup>114</sup>(8). Le montage a donc en réalité pour objet et pour effet d'« obliger » une partie à consentir, ce qui est une contradiction dans les termes et, par définition même, une atteinte à la liberté du consentement.

La mode est pourtant à ce que nous avons appelé ailleurs « le consentement en blanc » <sup>115</sup>(9), particulièrement en droit du travail, où il s'agit d'obtenir du salarié qu'il consente par avance à des modifications unilatérales imposées par l'employeur, notamment de son lieu de travail. Mais un tel forçage du consentement, que l'on peut rapprocher de celui qu'on veut imposer en matière de promesses unilatérales de vente, porte atteinte au principe de liberté contractuelle.

On nous rétorquera que le contrat de promesse est valable, de même que sont valables les clauses de mobilité consenties par le salarié, dès lors qu'elles sont strictement limitées. Certes, mais de même précisément qu'on ne pourrait forcer un salarié à déménager (la violation de sa promesse sera sanctionnée par un licenciement), de même le promettant ne peut être sanctionné par la conclusion forcée de la vente. Il est acquis, en effet, même si ce point n'est pas mentionné expressément par le projet d'article 1221 <sup>116</sup>(10), que si l'exécution forcée en nature peut être ordonnée toutes les fois qu'elle est possible, c'est à la condition que l'obligation inexécutée ne soit pas trop personnelle <sup>117</sup>(11). Or il est difficile d'envisager une obligation plus personnelle que celle de donner son consentement. La sanction consistant à figer le consentement, à le bloquer, et donc à forcer la conclusion d'un *autre* contrat (la vente), est ainsi une sanction *disproportionnée*, au sens précis que donne à ce terme le Conseil constitutionnel.

Contrairement à ce qu'a répété une partie de la doctrine, le promettant n'a nullement la liberté de se rétracter, puisqu'il est condamné s'il viole sa promesse.

La sanction des dommages-intérêts peut en outre être très efficace pour inciter le promettant à respecter sa promesse : il est possible, en effet, de condamner ce dernier très lourdement, notamment s'il s'est rétracté pour pouvoir profiter d'une meilleure affaire par ailleurs. Le célèbre arrêt *Société des comédiens français* de 1969 <sup>118</sup>(12) permet en effet au juge de considérer que l'inexécution consciente et délibérée de ses obligations par le débiteur équivaut à la faute dolosive permettant, conformément à l'article 1150 du code civil, de faire sauter le plafond d'indemnisation limitant les dommages-intérêts à la réparation des dommages prévus ou prévisibles. L'espérance d'une inexécution lucrative (ce que les Américains appellent *l'efficient breach of contract* et qu'ils favorisent, contrairement à notre tradition précieuse du *pacta sunt servanda*) se trouve ainsi déjouée et empêchée <sup>119</sup>(13).









La sanction des dommages-intérêts permet enfin de mieux rendre compte de la gradation de la formation d'un contrat. Pour les trois moments cruciaux que sont l'offre, la promesse et le contrat lui-même, seules deux sanctions sont disponibles : la formation forcée du contrat et l'allocation de dommages-intérêts. Or la formation forcée du contrat est un « tout ou rien ». Si

on adoptait cette même sanction pour les deux moments de la formation progressive du contrat que sont la promesse et le contrat lui-même, ces deux étapes pourtant radicalement différentes se trouveraient confondues. La sanction des dommages-intérêts est, en revanche, susceptible de gradation selon qu'on en accorde plus ou moins, et cette même sanction pourrait donc convenir pour marquer, par une différence de *quantum*, la différence entre l'offre et la promesse de contrat.

Pour toutes ces raisons, et en particulier si l'on prend au sérieux le principe de liberté contractuelle, la formation forcée d'un contrat doit être et demeurer exceptionnelle. Le consentement, qui est l'émanation la plus profonde de la personne, ne peut être à ce point objectivé qu'on puisse le détacher de celle-ci pour le figer comme un objet de contrat dont l'exécution serait forcée. L'exécution forcée des promesses de contrat est, en réalité, un exemple supplémentaire de la volonté d'évincer les personnes pour mieux faire circuler les créances, qui a déjà été à l'oeuvre dans les mécanismes tels que les *subprimes*, avec les résultats et l'efficacité économique que l'on sait.

Les dés seront bientôt jetés. Il est peu probable que les rédacteurs de la réforme changent de position, et il reste alors à espérer que des députés et/ou sénateurs s'empareront de la question lors du recours qu'ils ne manqueront pas de former devant le Conseil constitutionnel.








(1) Pour d'autres tentatives, plus développées, V. surtout notre intervention au colloque organisé à Bordeaux le 24 nov. 2011 par notre collègue L. Sautonie-Laguionie sur le thème Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contrats ?, RDC 2012. 633, ou encore Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 242 s.













(2) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507 , note F. Bénac-Schmidt , 230, obs. O. Tournafond , et 1995. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384 , 351, étude M. Azencot , et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre .

(3) Besoins contestés par le président Lacabarats : V. son intervention au colloque cité à la note 1, La jurisprudence de la troisième chambre civile affaiblit-elle l'efficacité des avant-contrats ?, RDC 2012. 629. À la question de savoir si le mécanisme juridique des promesses de vente a été mis en péril par la jurisprudence de la Cour de cassation, il répond, de façon fort convaincante, qu'« il convient d'abord d'observer que les parties peuvent recourir à la formule de la promesse synallagmatique de vente, si elles sont en état de donner d'emblée leurs consentements réciproques » et que, « en outre, la jurisprudence ne semble pas avoir tari l'usage des promesses unilatérales de vente. Aucun élément d'information en ce sens n'a été fourni à la Cour, pour nourrir son délibéré sur l'arrêt du 11 mai 2011 ».

(4) Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1967, préf. P. Raynaud.

(5) Nous soulignons.

(6) Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi, D. 2014. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy , 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud , 2014. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau , et 1057, étude J. Barthélémy ; Constitutions 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembouis ; RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier .

(7) V. ainsi, Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011. 1457 , note D. Mazeaud , 1273, édito. F. Rome , 1460, note D. Mainguy , 2679, chron. I. Goanvic , et 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 55 , obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2011. 532, obs. B. Fages ; et Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, D. 2012. 130 , note A. Gaudemet , 231, chron. N. Molfessis , et 459, obs. S. Amrani-Mekki et M.

Mekki <sup>[1]</sup>; Rev. sociétés 2012. 22, note B. Fages <sup>[2]</sup>; RTD civ. 2011. 758, obs. B. Fages <sup>[3]</sup>; RTD com. 2011. 788, obs. B. Bouloc <sup>[4]</sup>.

(8) Pour reprendre la si pertinente distinction de P. Ancel, *in* Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771 <sup>[5]</sup>.

(9) Le forçage du consentement du salarié, Dr. ouvrier 2012. 459, spéc. p. 464.

(10) Aux termes de ce texte, « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ».

(11) La règle est constante et largement répandue. Elle a ainsi été explicitée par le projet de cadre commun de référence dont l'art. 3:302 prévoit que si « le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a le droit d'exiger l'exécution en nature », c'est à la condition notamment que l'exécution n'ait pas « un caractère tellement personnel qu'il serait déraisonnable de l'exiger » (« *performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it* »).

(12) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 1969, Bull. civ. I, n° 60 ; D. 1969. 301, note J. Mazeaud.

(13) Contrairement aux souhaits de notre collègue D. Mainguy qui, précisément pour rendre cet *efficient breach of contract* possible, a soutenu comme nous, mais donc pour des raisons très différentes, la jurisprudence de 1993. V. D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004. 1 <sup>[6]</sup>, et, du même auteur, ses critiques de l'ancien projet de la Chancellerie, *in* Dossier Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. et patr. oct. 2014. 44.

## **D. Mainguy À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter » JCP, éd. G, 2012, 808**

1. - 15 décembre 1993, 11 mai 2011<sup>Note 1</sup> : la jurisprudence sur l'« affaire de la rétractation de la promesse de contracter », parsemée de quelques décisions intermédiaires parfois buissonnières, demeure égale : le promettant engagé par une promesse unilatérale de contracter avec un bénéficiaire ne peut être contraint à conclure le contrat promis s'il résilie ou rétracte la promesse avant la levée de l'option. Chaque décision est « saluée » par une salve de commentaires critiques, souvent sévères, dans lesquels, parfois, naît le sentiment que se joue l'avenir du droit français des contrats de sorte qu'il y a bien une « affaire de la rétractation de la promesse de contracter » qui dépasse très largement les questions techniques en jeu et implique des considérations plus vastes, celle des fondements du droit des contrats, celle de la distinction entre force obligatoire du contrat et sanction de celle-ci.

2. - Ce problème est techniquement résolu *par la jurisprudence* en un sens qui valide l'efficacité de la rétractation de la promesse, avant du moins que le bénéficiaire ne l'ait acceptée, de sorte que cette rétractation emporte une allocation de dommages et intérêts et non une exécution forcée en nature. C'est le droit positif français : le contrat de promesse de contracter ne contient pas l'engagement définitif du contrat promis et n'est pas plus irrévocable que n'importe quel autre contrat. En revanche, ce problème existe bien du point de vue du cheminement théorique qui aboutit à l'une ou l'autre solution. Les arguments favorables à cette solution sont connus. Le contrat de promesse est un contrat préparatoire à un contrat promis et le consentement de ce contrat promis fait défaut du fait de la résiliation unilatérale du contrat de promesse. La question de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter n'est jamais qu'une résiliation de celle-ci, fautive ou non fautive, le plus souvent

fautive : aux juges du fond de réparer le préjudice, aux contractants de se prémunir de cette situation par des clauses idoines, aux plaideurs d'invoquer les situations particulières, de démontrer les préjudices. Par ailleurs, le forçage du consentement, au contrat promis, est impossible : les principes élémentaires de l'exécution forcée s'opposent aujourd'hui à une exécution forcée en nature du contrat de promesse qui dégénérerait en un maintien forcé du consentement. C'est d'ailleurs la question technique essentielle plus globale : celle de l'efficacité de la résiliation d'un contrat.

**3.** - Ces arguments sont connus, souvent à l'envers d'ailleurs parce qu'ils sont présentés comme ultra-minoritaires en doctrine et qu'ils sont critiqués, sévèrement et parfois sans trop de courtoisie voire un certain dénigrement, par la doctrine qui promeut les arguments inverses. Ceux-ci partent du principe qu'il existerait une définition de la promesse unilatérale de contracter, une définition intangible, une définition indépassable et antérieure à la jurisprudence actuelle qui consisterait en un engagement *irrévocable* par lequel le promettant aurait donné de manière *définitive* son *consentement au contrat promis*, présentation au soutien de laquelle une série d'arguments successifs ont été proposés. Or cette définition n'existe pas dans la loi, pas plus qu'en jurisprudence ou en doctrine. À ces arguments de technique juridique s'ajoutent en général d'autres arguments présentés de deux manières. La première est un appel à des arguments économiques et moraux. La seconde est une opposition d'autorité. La défense de la position de la Cour ne serait pas sérieuse, ne serait-ce que parce qu'elle ne rallie pas la majorité de la doctrine, alors que sa critique, éminemment majoritaire, mériterait de ce fait d'être saisie de l'onction de l'argument d'autorité : il suffirait ainsi de multiplier les coups de plumes, évidemment prestigieuses, pour soumettre la Cour à une position doctrinale. Il ne s'agit pas, ici, de revenir sur ces arguments déjà présentés à maintes reprises<sup>Note 2</sup> ni de conclure, mais de poursuivre des observations entamées en 2011, à savoir cette ambivalence entre la description du droit tel qu'il résulte des commentaires doctrinaux et de la jurisprudence.

**4.** - Un mot encore sur les intérêts en présence. Le litige ici conçu comme un de ces « cas difficiles », un nœud gordien juridique, se présente entre trois personnes et trois contrats. Trois personnes : le promettant, le bénéficiaire et le tiers (pas toujours) ; trois contrats : le contrat de promesse, le contrat promis et le contrat conclu avec le tiers. Cette situation se résout en général sans difficulté : le promettant promet, des conditions suspensives ayant justifié le délai d'option sont réalisées, le bénéficiaire opte, le contrat promis, pas nécessairement une vente, mais peut-être une vente, ou un bail, ou un contrat de société ou de travail ou quoi que ce soit, est finalement conclu, le contrat promis est exécuté. Les difficultés commencent lorsque le promettant écoute d'autres chants que celui des sirènes contractuelles. Il pourrait s'agir d'un caprice du promettant, d'un problème de famille ou le plus souvent de l'intrusion d'un tiers qui, informé d'une façon ou d'une autre de l'existence de la promesse, offre un prix plus important. Il suffit cependant que le prix proposé par le tiers soit supérieur à la somme du prix promis et du dédommagement prévisible du bénéficiaire pour que le promettant ait tout intérêt à conclure le contrat avec le tiers. Tout le monde alors est content, économiquement : le promettant évidemment, le bénéficiaire qui conserve sa capacité d'acheter un bien de même valeur (sans compter une éventuelle réparation), le tiers qui dispose d'une chose correspondant à la valeur qu'il estimait... et l'État qui touchera des taxes et impôts supérieurs<sup>Note 3</sup>. C'est cet argument supposément utilitariste qui vaut certaines critiques morales : l'argument de la défense de la Cour ne serait donc qu'une banale affaire d'argent ; ses défenseurs seraient mus par un parti-pris militant en faveur de l'analyse économique des promesses. Ce n'est pas tout à fait exact : cette description ne prend en rien parti pour une prétendue *analyse économique du contrat*. Par ailleurs l'argument moral selon lequel rétracter sa promesse pour gagner de l'argent malgré l'engagement pris serait

« mal » tourné, un peu court, voire mièvre. La morale ou l'immoral relèvent d'un autre ordre, vers lequel nous reviendrons ensuite.

5. - La question de la résolution de ce cas, la solution retenue, son adaptation harmonieuse dans le système juridique français, le caractère « positif » des propositions alternatives, est une question en soi. On observe cependant que ce point de droit minuscule n'est pas, à lui seul, de nature à mobiliser autant d'énergie. Toute la question, toute l'« affaire », en effet, se concentre autour de questions plus larges : questions techniques, de cohérence de la jurisprudence, questions plus théoriques en termes de reconnaissance de la jurisprudence et de l'interprétation de la norme juridique, etc. Il ne s'agit donc pas ici de légitimer, à nouveau, la solution finalement retenue, mais de s'interroger sur la légitimité de ce soutien, face aux vents de critiques de la doctrine.

### 1. Première question : la solution jurisprudentielle retenue est-elle techniquement adaptée ?

6. - Denis Mazeaud avec sa verve, son talent et son génie commençait ainsi le premier commentaire d'importance de la question, sous l'arrêt *Cruz*, par une de ses formules qui font sa réputation : « Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil vient de subir, en raison de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, un coup de boutoir propre à le faire vaciller » et Nicolas Molfessis, non moins talentueux, rebondissait à partir de cette formule dans l'un des derniers commentaires de cette affaire au titre évocateur : « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni »<sup>Note 4</sup>. On peut se poser la question, au-delà de l'appréciation des qualités d'écriture et du pouvoir de conviction de ces deux articles, si les colonnes du temple contractuel ont effectivement tremblé et si ce « concept inadapté » doit alors être banni.

#### A. - La question de la cohérence contractuelle

7. - Les « colonnes du temple contractuel » auraient tremblé en premier, parce que la jurisprudence *Cruz* créerait un régime juridique incohérent de la promesse, comparée à celle de l'offre. L'un de ces arguments, *a fortiori*, consiste en effet à considérer que la promesse, rétractable, est ravalée au niveau de l'offre, voire à un niveau inférieur (étant entendu que l'offre ne bénéficie pas d'un régime légiféré quelconque). Une offre est susceptible d'être révoquée par son auteur, mais doit être maintenue pendant « un délai raisonnable ». Assortie d'un délai, l'offre doit être maintenue de sorte que « si une offre d'achat ou 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 engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque »<sup>Note 5</sup>. Fort bien, mais quelle est la sanction d'une révocation de l'offre avant terme ? Si la jurisprudence multiplie les affirmations de principe sur la question de la révocabilité de l'offre<sup>Note 6</sup>, rien sur la sanction de cette révocation. C'est la même question qu'en matière de contrat : un contrat doit être respecté, la révocation/rétractation/résiliation du contrat avant terme n'est pas « possible », mais elle est d'une part efficace et d'autre part fautive ou non fautive selon les cas. Toutes les thèses, remarquables par ailleurs, qui portent sur le traitement de l'éventuelle sanction<sup>Note 7</sup> buttent sur le problème de départ : faut-il sanctionner la révocation par des dommages et intérêts ou par une continuation forcée du contrat ? *A priori*, la sanction par des dommages et intérêts est retenue, peut-être par principe à moins que ce ne soit par pragmatisme et jamais une conclusion forcée ne semble avoir été décidée par la Cour de cassation comme solution de principe. Toujours est-il que le régime de la promesse n'est pas inférieur à celui de l'offre et qu'il lui est, par ailleurs bien supérieur. Le *contrat* de promesse répond parfaitement au principe du respect de la parole donnée et il n'est pas question d'y déroger. Autre est la question de la sanction de celle-ci. En outre, le fait qu'il

s'agisse d'un contrat permet d'adapter les clauses relatives à cette promesse, au maintien de l'offre qui est, sans doute, son objet, pour lui donner une souplesse, ou une rigidité, voire un coût de rétractation, conventionnellement retenu, le rejet de l'exécution forcée du contrat, etc.<sup>Note 8</sup> C'est, *mutatis mutandis*, le même problème que celui du régime d'un contrat cadre (simple) de distribution face au modèle de la vente.

**8.** - Cet argument s'inscrit dans une logique de comparaison, voire de hiérarchie des actes précontractuels, selon laquelle il « devrait » y avoir une cohérence, une logique dans le traitement et la sanction de ceux-ci. Mais cet argument, à le supposer efficace et vrai, peut être poussé au bout à travers le problème posé par la vente réalisée à deux acheteurs successifs. C'est exactement le même problème mais observé, sur l'échelle du temps, non pas du côté de la conclusion de la promesse mais du côté du dénouement. Très souvent en effet, la rétractation de la promesse n'est pas une rétractation explicite, mais une rétractation implicite par la cession de la chose à un tiers. Le bénéficiaire peut alors être tenté de demander l'annulation du contrat conclu avec le tiers en violation de la promesse et la substitution dans les droits des tiers. Cette question est en général traitée sous l'angle des pactes de préférence, mais c'est exactement la même. Or, cette solution est parfaitement connue : l'article 1141 du Code civil dispose sans équivoque que lorsqu'une chose (mobilier) est cédée à deux acheteurs successifs, la chose appartient à celui qui a été mis le premier en « *possession réelle* », pourvu que la possession soit de bonne foi (où l'on retrouve les critères posés, par exemple par la chambre mixte de la Cour de cassation dans l'arrêt du 26 mai 2006) et si la chose est immobilière c'est celui qui réalise le premier les formalités de publicité qui est le véritable propriétaire. Dans tous les cas donc, les règles de principe de la vente s'inscrivent dans une logique d'opposabilité des droits et non dans la poursuite d'une seule logique contractuelle : le principe posé par l'article 1583 du Code civil supposerait que le bénéficiaire du transfert de propriété soit celui qui a acheté le premier ; celui de l'article 1141 que le véritable propriétaire soit celui qui dispose de la première technique d'opposabilité. Si l'on devait admettre que la rétractation de la promesse aboutit par principe à la conclusion forcée du contrat promis et que celui-ci est, comme c'est généralement le cas dans les études publiées, une vente, il faudrait en conclure que le contrat de promesse produit des effets plus importants, plus radicaux que ceux qu'une vente. Moins qu'une offre mais plus qu'une vente : voilà un régime bien singulier.

## **B. - La question de l'efficacité de la résiliation d'un contrat**

**9.** - Les « colonnes du temple contractuel » auraient également tremblé parce que le principe même de la force obligatoire du contrat aurait été violé, ce qui suppose d'identifier le Dieu adoré à l'intérieur du Temple (V. *infra* II, B).

**10.** - En premier, on doit bien reconnaître que l'arrêt *Cruz* a rendu une solution qui était, jusqu'à cette décision, inédite : jamais, avant 1993, la Cour de cassation n'avait rendu une décision contraire et décidé que la rétractation réalisée par le promettant dans le contrat de promesse devait aboutir à l'exécution forcée du contrat promis. L'arrêt de 1993 n'est pas un revirement de jurisprudence. Ce caractère inédit a jeté le trouble dans la mesure où la doctrine prône, dans une large majorité, une conception opposée. Tout a été dit pour ou contre la solution *Cruz*. L'analyse en termes d'obligations, de faire, de ne pas faire, de donner, puis une analyse posée en terme contractuel : ce ne sont pas les *obligations* du contrat de promesse qui permettent l'exécution forcée mais *le contrat lui-même*, en tant que celui-ci, comme n'importe quel contrat, est irrévocable. Cette analyse, ingénieuse, proposée par P. Ancel et R.-N. Shütz<sup>Note 9</sup> notamment, n'a cependant pas plus convaincu les juges : elle se heurte à l'idée même selon laquelle un contrat serait *réellement* irrévocable. Cette irrévocabilité contractuelle supposerait que, par principe, en toutes circonstances, la rupture

du contrat à l'initiative de l'une des parties, doit aboutir au maintien forcé du contrat, à l'exécution forcée en nature du contrat. C'est une analyse qui a trait pour l'essentiel aux contrats qui présentent une certaine durée : le bail, le prêt, les contrats de distribution, les contrats de promesse. Or, la jurisprudence considère que la résiliation avant terme d'un contrat conclu pour une durée déterminée est une résiliation *efficace*. Jusqu'à l'arrêt *Clinique des Ormeaux* du 10 octobre 1998<sup>Note 10</sup>, on considérait que cette rupture était efficace et fautive, en raison du principe selon lequel seul le juge, par la voie du mécanisme de la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil, pouvait prononcer une telle rupture anticipée. L'arrêt de 1998 a permis d'envisager l'idée que la rupture soit *efficace* et *non fautive*, lorsque cette rupture est justifiée par un comportement qui rend impossible le maintien de la relation contractuelle. Cette solution valide en outre toutes les adaptations conventionnelles de cette situation, à travers des clauses de résolution et surtout des clauses de résiliation qui pourraient ne pas avoir toutes pour objet de sanctionner par la résiliation une inexécution. Dès lors, si le principe du droit français des contrats est que la rupture d'un contrat est *toujours efficace* et qu'elle est *tantôt fautive, tantôt non fautive*, selon les cas, ce principe s'applique à tous les contrats concernés<sup>Note 11</sup>, dont le contrat de promesse, sauf exception. De telles exceptions existent. On songe par exemple à l'hypothèse de la réintégration d'un salarié protégé qui aurait subi un licenciement sans autorisation administrative, d'une salariée enceinte ou d'un licenciement discriminatoire, ou à la question de savoir si un contrat de distribution sélective peut bénéficier d'une action en maintien forcé du contrat tant que le distributeur respecte les critères de sélection<sup>Note 12</sup>. Elles existent, mais elles sont maigres : l'une considère que le salarié protégé ne peut, en vertu de cette protection, être licencié de sorte que le licenciement – la résiliation – est nul ; l'autre qu'une telle résiliation risque de dégénérer en entente anticoncurrentielle.

**11. -** Pour revenir sur la solution de la jurisprudence *Cruz*, il faudrait donc une véritable révolution contractuelle. Ce n'est pas une nouvelle pétition de principe de l'autorité du principe de la force obligatoire du contrat qui est attendue ; celle-ci est acquise. Il faudrait que la jurisprudence revienne sur le principe selon lequel la résiliation d'un contrat est *efficace* mais *tantôt fautive tantôt non fautive*. Il faudrait donc que la Cour retienne le principe selon lequel la résiliation d'un contrat à durée déterminée soit *inefficace* par principe. C'est très exactement ce qui a été proposé par Nicolas Molfessis en le présentant d'ailleurs comme une réalité acquise. La rétractation n'est pas possible, elle n'existe pas : « Une autre hypothèse doit être prise en compte, bien différente, qui est celle dans laquelle *la rétractation n'est tout simplement pas possible* ou, si l'on préfère, ne peut exister. Et lorsque tel est le cas, elle ne saurait être fautive ; *plus radicalement, elle n'a pas lieu*. Pas plus que celui qui s'échine à s'agiter sans jamais atteindre sa cible ne saurait blesser quiconque, le promettant qui prétend se rétracter ne met à mal le contrat de promesse. *Il aura beau prétendre se rétracter, il ne le pourra pas car le droit n'y verra pas, derrière l'expression de sa volonté, une rétractation*. Il faut le dire autrement : il est des actes juridiques qui ne sont pas rétractables et l'on peut bien appeler rétractation l'expression d'une volonté destinée à les faire tomber, il ne se passera juridiquement rien qui ne les atteigne »<sup>Note 13</sup>. Il ne s'agit donc rien de moins que de proposer d'étendre au contrat de promesse, et risquer que cela contamine tout le droit des contrats, la solution retenue pour les salariés protégés : la résiliation d'un contrat à durée déterminée n'est jamais efficace, la rétractation de la promesse n'est pas possible, donc la rétractation est nulle. Une révolution, il faudrait une révolution, quelle qu'en soit la voie, ce qui, alors, pose une difficulté de méthode.

## **2. Deuxième question : les fondements de la jurisprudence sont-ils adaptés ?**

**12. -** L'attitude des spectateurs de l'affaire de la rétractation de la promesse par le promettant invite à une certaine perplexité. On ne peut nier qu'une lutte, aimable ou non, entre la doctrine et la jurisprudence est en place, ici comme sur d'autres sujets : la question



de l'imprévision, la jurisprudence *Perruche*, etc. Il en résulte quelques incompréhensions sur la réalité de la reconnaissance de la place normative de la jurisprudence. Surtout, la solution, l'une ou l'autre, est souvent renforcée par des considérations extra ou ultra juridiques : la conformité à des principes supérieurs ou fondateurs, à la « morale » ou à un autre système de valeurs : nous tenterons donc de nous plonger dans cette confrontation des valeurs, pour autant qu'elles soient exprimées.

#### A. - De la considération de la jurisprudence *Cruz* comme norme

13. - L'idée parfois présentée consiste à considérer que le juge se trompe. À côté de ceux qui approuvent, certains auteurs résistent<sup>Note 14</sup>, d'autres constatent et s'adaptent<sup>Note 15</sup>. Certains s'inscrivent dans une position plus complexe : ils ne reconnaissent pas, en préalable, que la série d'arrêts commencée avec l'arrêt *Cruz* est du droit : c'est une « erreur », du droit « non vrai ». Ce déni de réel, qui pourrait être au contraire une revendication à un réel alternatif, implique une réflexion sur ce « réel » ou ce « vrai » juridique et de l'autorité susceptible de l'exprimer. La doctrine française estime en général que le « vrai » juridique est d'origine légale : le droit c'est la loi. La loi c'est « l'expression de la volonté générale », c'est le résultat d'une décision de l'autorité légitime, au sens constitutionnel, pour formuler la norme. Cette méthode dite légaliste est celle qui a prévalu pendant un bon siècle, celui de la « méthode traditionnelle » chez Gény renommée ensuite « exégèse » vers 1924 sous la plume de Bonnetant. Il en résulte une confusion : en effet l'« exégèse » ne consiste pas à expliquer comment *appliquer* la loi mais comment l'*interpréter*. L'interprétation, systématique, de la norme est le travail du juriste<sup>Note 16</sup>. La méthode traditionnelle consistait à rechercher, par un travail de divination intense, quelle était la volonté du législateur. Or, et c'est là que la doctrine apparaît, ce travail est réalisé par des spécialistes, les professeurs de droit pour résumer. Ce travail est parfois considérable : que peut bien recouvrir le sens de l'article 1382 du Code civil, celui de l'article 1384, etc. ? Comment faire face à un enrichissement sans cause non prévu par le Code, ou face à une voleuse de pains qui ne cherche qu'à nourrir son enfant ? Et comment interpréter alors que l'intention du législateur est désuète ou plus sûrement que « l'intention du législateur » est une fable, ou que les circonstances d'application de la loi sont transformées ou alors que des questions nouvelles, non prévues par la loi, se posent ? C'est ici que l'hypothèse d'une méthode ou d'une science de l'interprétation devient plus importante : la norme applicable, celle qu'on appelle « droit positif » pour identifier le droit applicable à un moment donné, c'est la norme interprétée. Le droit n'est rien d'autre qu'une science de l'interprétation.

14. - Plusieurs types d'interprétations et d'autorités interprétatives se succèdent. Kelsen proposait ainsi la distinction entre l'interprétation *scientifique*, l'inventaire de toutes les interprétations possibles et l'interprétation *authentique* proposée par le juge souverain. La théorie du droit et la philosophie du droit commencent ici et se scindent en deux explications. Pour la théorie du droit, qui propose une simple description du droit – elles sont nombreuses et concurrentes –, cette interprétation répond à des critères qui, pour être « scientifiques », sont dénués de tout jugement de valeur. Pour les philosophes, à l'inverse, l'interprétation obéit à un certain nombre de valeurs, qui peuvent être plus ou moins identifiées ou précises et qui impliquent une prescription : le droit doit être ceci ou cela. Dans tous les cas cependant, c'est bien le normateur, l'ensemble formé de l'émetteur de la règle et de son interprète, qui fait la norme<sup>Note 17</sup>. Dans cet ensemble normateur, la part de la doctrine est finalement maigre : elle peut intervenir en amont ou en aval de la norme. En amont c'est le professeur avocat ou l'avocat professeur qui proposent une ou des interprétations scientifiques. Elles sont rarement désintéressées : jamais on n'a vu un professeur décrire diverses interprétations possibles sans donner celle qui à ses yeux est à retenir : le professeur est un avocat sans dossier. Inversement, l'avocat efficace est celui qui propose au juge une interprétation en s'appuyant sur un raisonnement scientifique : l'avocat est un

professeur avec dossier. En aval, c'est le domaine le plus traditionnel de la doctrine : celui du commentaire du droit, de sa mise en ordre, de la compilation, de la présentation pédagogique ou scientifique. Autre en revanche est la critique doctrinale, quel qu'en soit le sens, qui apporte un jugement sur la « valeur » de la norme observée. La différence entre un théoricien et un philosophe du droit repose sur l'idée selon laquelle le théoricien constate que la norme est norme indépendamment de sa cohérence ou de sa convergence avec une norme supérieure, un ensemble de valeurs, tandis que le juriste philosophe considère que la norme n'atteint le degré de norme qu'à la condition de son respect à un certain nombre de valeurs déterminées. L'hypothèse de la critique de la norme ne révèle pas nécessairement le philosophe et inversement le théoricien du droit « positiviste » n'est pas un juriste sans opinion et ne s'interdit pas de l'émettre. En revanche bien des juristes qui se disent « positivistes » sont en réalité dans une posture de prescription : le droit est ceci et *doit être* tel, le droit positif « idéalisé » étant naturalisé en quelque sorte.

**15.** - C'est en ce sens que la critique systématique de la jurisprudence dans l'affaire de la rétractation de la promesse laisse parfois un peu perplexe. Au-delà des critiques qui expriment l'opinion bien légitime de leur auteur, qui aurait préféré un raisonnement autre, une solution différente, on trouve, dans certaines de ces critiques, à travers le vocabulaire employé, l'idée selon laquelle, de manière explicite ou, le plus souvent implicite, la jurisprudence *Cruz* ne relève pas de la catégorie « norme » : la véritable norme, c'est celle qu'ils professent et encouragent. Cette critique-ci ne s'inscrit pas nécessairement dans une opposition générale à la considération de la jurisprudence comme norme. Les mêmes auteurs s'appuient au contraire, et souvent largement, sur la jurisprudence pour formuler un raisonnement ou pour louer telle décision. Ils – la plupart – reconnaissent la jurisprudence comme une norme, une norme valide, une norme efficace.

**16.** - C'est donc bien cette jurisprudence particulière qui fonde l'opposition et la critique systématique. Plus exactement c'est la *solution* qu'elle contient qu'ils critiquent : l'opposition serait la même si elle résultait de la loi. Pour que le raisonnement critique soit cohérent, il convient donc que ce soit le système de valeurs auxquelles se réfèrent ces décisions qui pose problème, dans une logique jusnaturaliste. Il en est ainsi chaque fois que la critique de l'un des nouveaux aspects de la jurisprudence *Cruz* nie son caractère normatif, ou commence par une définition reprenant les propositions doctrinales classiques mais en ignorant superbement la jurisprudence qui indique le contraire ou dans un commentaire conclusif, comme pour s'étonner que les juges persévèrent dans l'erreur. Il n'est pas indiqué que l'on doit faire *comme si* la jurisprudence *Cruz* n'existait pas, mais la virulence des propos confine au même but. Par exemple « (...) l'acte de rétractation ne doit-il pas tout simplement être considéré comme nul puisque *contraire au droit et donc tout simplement illicite* ? »<sup>Note 18</sup>. Contraire au droit ? Mais lequel ? Le droit, positif, consacre précisément la licéité de la rétractation, contre la solution d'un autre droit, naturel, qui la considérerait comme illicite. Mais cet autre droit n'est pas substantiellement identifié. Mieux encore, nos collègues Yann Paclot et Emmanuelle Moreau publiaient un article<sup>Note 19</sup> dont la teneur illustre, explicitement cette fois, notre propos. Ils annoncent que « face à une telle jurisprudence, ni la doctrine, ni la pratique ne sauraient se complaire dans l'ambiguïté (...) » et de conclure : « Conforme à la *nature* de la promesse unilatérale de vente, l'analyse proposée lui restitue la sécurité juridique dont la troisième chambre civile l'a privée (...). En contrepoint *la jurisprudence selon laquelle la volonté individuelle du promettant peut contrecarrer la volonté légale apparaît subversive* » pour implorer que « la troisième chambre civile écoute la voix de la doctrine, entreprenne son aggiornamento et cesse de fragiliser le contrat, cet indispensable instrument de la vie des affaires ». On frémit d'angoisse ; « je » frémis d'angoisse à l'idée d'être compris dans cette subversion marxiste. La position de la Cour serait donc illégitime, voire illégale, parce qu'elle ne correspond pas à la nature véritable de l'institution juridique

qu'elle sanctionne. Cette façon de raisonner n'est en rien scandaleuse. Il est au contraire très respectable de disposer, comme ligne de conduite, d'un système de valeurs, d'une morale. Encore convient-il qu'ils soient explicitement exprimés et qu'ils s'articulent dans un processus décisionnel acceptable et accepté. Une solution ne doit être retenue par la jurisprudence *par le seul fait* qu'elle est exprimée par la doctrine *et* que celle-ci serait la gardienne de la morale. Cet argument d'autorité scientifique serait très surprenant. Le juge reçoit de la loi un pouvoir d'interprétation, il en a même l'obligation. Il n'est en rien tenu de suivre telle proposition exprimée par l'entité doctrinale, quelque illustre pourrait être son représentant. Ou alors, on bascule à nouveau dans la posture du positivisme idéologique, dans cette logique formaliste et prescriptive qui ne décrit en rien le droit positif<sup>Note 20</sup>.

## **B. - Des valeurs discutées dans la jurisprudence Cruz**

**17. -** Quelles sont donc les valeurs en jeu dans cette affaire ? Aucune n'est exprimée de manière claire ou décisive. Lors du colloque sur *l'exécution forcée en nature ou par équivalence*<sup>Note 21</sup>, j'avais été pris à partie par un auteur au nom de l'efficacité des promesses de cession d'actions dans les échanges boursiers : l'affirmation de l'efficacité de la rétractation affectait l'attractivité du droit français et finalement le système boursier français. Les valeurs sont là clairement dites : ce sont celles de l'« *efficacité économique* ». Yann Paclot et Emmanuelle Moreau en appellent au respect du principe de « *sécurité juridique* », tandis que Denis Mazeaud l'attache à la « *morale* » contractuelle bafouée<sup>Note 22</sup> par la jurisprudence Cruz. Le moins qu'on puisse en dire c'est que les valeurs ainsi identifiées, morale ou utilité, sont difficilement compatibles ; elles recoupent d'ailleurs les débats sur la rupture efficace du contrat<sup>Note 23</sup> que l'on rattache, avec raison ou non<sup>Note 24</sup> à l'influence de l'analyse économique du droit. Morale ou efficacité ? Analyse morale traditionnelle française ou analyse économique anglo-américaine ? Autant les valeurs sont clairement établies et tranchées dans d'autres affaires donnant lieu à controverses fameuses, autant dans l'affaire de la rétractation de la promesse, ou d'autres questions de droit des contrats, elles sont plus difficiles à poser. La question de la sécurité juridique des transactions ou du respect des engagements sont des éléments techniques trop vagues pour être véritablement tenus pour de telles valeurs qu'on pourrait attacher à la « *morale* » comme à « *l'efficacité économique* ».

**18. -** Ce n'est pas tellement la morale individuelle qui est en jeu, mais le système moral auquel le droit français est censé traditionnellement adhérer. Là sont les « *colonnes* » du temple contractuel : l'article 1134 du Code civil et son principe implicite de force obligatoire du contrat. Sans doute ce système moral français, qui s'est substitué au droit romain, comme trop objectif, trop rigide, trop formaliste et trop favorable au créancier de somme d'argent, aboutit à une surestimation du consentement : la théorie des vices, de l'objet, de la cause, des bonnes mœurs, du solidarisme, de l'imprévision, de la lésion, etc., participent de cette tradition morale, autrefois strictement chrétienne et aujourd'hui relevant de la « *morale républicaine* » par le truchement de l'École du droit naturel. L'ensemble relève d'une certaine considération du débiteur, visant à lui permettre de n'être pas pris dans un joug trop serré du contrat. Ce droit d'ailleurs tellement moral que Ripert pouvait écrire que ce droit des contrats était bien assez moral comme cela : la règle morale est la règle civile. Point n'était la peine d'en ajouter, surtout pour adjoindre une morale socialiste ou une « *vague idée de justice* »<sup>Note</sup>

<sup>25</sup>.

**19. -** De ces points de vue, la solution jurisprudentielle de l'« *affaire de la rétractation de la promesse* » est globalement cohérente avec les fondements du droit français, sauf à revenir vers une conception, économiste et objective, de la sanction de la force obligatoire du contrat. Ce *satisfecit* est cependant insuffisant : il faudrait vérifier, au cas particulier, la cohérence, de cette solution. Par exemple, le traitement de la lésion ou celui de l'imprévision

sont plutôt maltraités par la jurisprudence française, du point de vue des fondements moraux du droit des contrats, quand bien même le droit français satisfait la logique morale plus haut décrite. Dans le cas classique où un tiers propose au promettant un prix supérieur à celui que le bénéficiaire allait payer, la rétractation est efficace, économiquement, dès lors que le prix payé par le tiers est supérieur à la somme du prix qu'il aurait reçu du bénéficiaire et des coûts de la rétractation, dont la réparation du préjudice du bénéficiaire. Ce préjudice peut être nul ou presque : c'est le cas de la promesse qui porte sur un immeuble finalement banal. Le préjudice subi est celui du rêve brisé du bénéficiaire, un préjudice moral que le juge est parfaitement à même de sanctionner, éventuellement lourdement. Ce préjudice pourrait être considérable, par exemple si l'immeuble est au contraire unique, qu'il présente une valeur d'estime ou familiale. Il pourrait être matériel si la promesse portait sur un fonds de commerce ou des titres dont la valeur allait croître. L'analyse consistant à peu indemniser dans un cas, et beaucoup dans l'autre est moins une affaire de morale que d'appréciation souveraine des juges du fond, dans laquelle se fondent tous les arguments discutables, techniques, moraux, sociaux, etc. C'est la tradition juridique française à laquelle, non sans mélancolie, se rattachent ces quelques lignes et c'est en cela que la réforme de la jurisprudence *Cruz* serait une véritable révolution.

---

Note 1 Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Cts Cruz* : *JurisData* n°1993-002405 ; JCP N 1995, p. 31, no te D. Mazeaud. - Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n°10-12.875, *Millet Bo ussard* : *JurisData* n°2011-008034 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; p. 1460, note D. Mainguy ; p. 2683, obs. I. Goanvic ; JCP E 2011, 1670, note Y. Paclot ; JCP N 2011, 1163, rapp. G. Rouzet ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 186, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages ; *Defrénois* 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; p. 1259, obs. Ph. Brun. - Adde : Cass. com., 13 sept. 2011, n°10-19.526 : *JurisData* n°2011-018742 (reproduisant la solution de la 3<sup>e</sup> ch. civ.). - et Cass. 3e civ., 6 sept. 2011, n°10-20.362, contre, assez vaguement, cette solution.

Note 2 V. D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter* : RTD civ. 2004, p. 1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations* : PUF, 2008, t. 1, p. 233 s. ; F.-X. Lucas, obs. ss CA Paris, 21 déc. 2001 : RDC 2008, p. 165.

Note 3 V. D. Mainguy, *op. cit.* note (2).

Note 4 N. Molfessis : D. 2012, p. 231.

Note 5 Cass. 3e civ., 7 mai 2008, n°07-11.690 : *JurisData* n°2008-043796 ; JCP G 2008, I, 179, n°1 obs. Y.-M. Serinet ; RDC 2008, p. 1109, note T. Génicon.

Note 6 T. Génicon : RDC 2008, p. 1109.

Note 7 Comp. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, préf. Y. Lequette : *Defrénois*, 2006, n°703 S.

Note 8 L. Aynès : *Defrénois* 2001, p. 1023.

Note 9 R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente* : *Defrénois* 1999, art. 37021, p. 833 ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* : RTD civ. 1999, p. 771.

Note 10 Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, n°96-21.485 : *JurisData* n°1998-003820.

Note 11 En dernier lieu : Cass. com., 3 mai 2011, n°10-15.884 : RDC 2011, p. 1176, obs. O. Deshayes.

Note 12 Comp. L. et J. Vogel, *Droit de la distribution* : *LawLex*, 2012, n°304. - Cass. com., 27 avr. 1993 : *Bull. ci v.* 1993, IV, n°159.

Note 13 N. Molfessis : D. 2012, p. 232.

Note 14 D. Mazeaud, note ss Cass. 3e civ., 11 mai 2011 : D. 2011, p. 1457.

Note 15 L. Aynès, obs. ss Cass. 3e civ., 11 mai 2011 : *Defrénois* 2001, p. 1023.

Note 16 V. B. Frydman, *Le sens des lois, histoire de l'interprétation et de la raison juridique* : Bruylant, 3e éd., 2011 ; Adde D. Mainguy, *La jurisprudence des sensations, à propos des lettres de R. M. Verbier*, in *Droit et sentiments* : éd. CNRS, 2012.

Note 17 V. D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation* : JCP G 2011, doct. 603.

Note 18 N. Molfessis, *op. cit.* note (12).

Note 19 Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente. Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations* : JCP E 2011, 1504 ; Adde des mêmes auteurs, note ss Cass. 3e civ., 11 mai 2011 : JCP E 2011, 1670.

Note 20 Comp. D. Mainguy, note ss Cass. 3e civ., 11 mai 2011 : D. 2011, p. 1460.

Note 21 RDC 2005, p. 1 S.

Note 22 D. Mazeaud, obs. ss Cass. 3e civ., 11 mai 2011, *préc.*, n°6.

Note 23 V. C. Fluet, *La rupture efficace du contrat*, in C. Jamin (*dir.*), *Droit et économie des contrats* : LGDJ, 2008, p. 155 ; J. Rochfeld, *La rupture efficace* : *ibid.*, p. 169.

Note 24 Comp. Ph. Brun : RDC 2011, p. 1259, pour un exemple de commentaire courtois.

Note 25 G. Ripert, *La loi morale dans les obligations civiles* : LGDJ, 4e éd., 1949.

## SECTION 3 LES CONTRATS PREPARATOIRES ; PROMESSE ET PACTE DE PREFERENCE

### *Sous-section 3 Le pacte de préférence et la promesse unilatérale*

*Art. 1123 Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.*

*Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.*

*Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.*

*L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.*

*Art. 1124 La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.*

*La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.*

*Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.*

### 1. Le présent : changements et constantes

68. Pour qui pensait encore que la réforme ne s'effectue pas à droit constant, l'insertion des règles relatives au pacte de préférence et aux promesses unilatérales de contracter (dont le sens est inversé par rapport au Projet) en est un démenti formel puisqu'elles sont précisément présentées, notamment s'agissant des promesses unilatérales, comme visant à briser la jurisprudence *Cruz*.

69. Rappelons le contexte : un promettant conclut un contrat de préférence ou un contrat de promesse unilatérale avec un

bénéficiaire, mais viole ce contrat, généralement en concluant avec un tiers, et en général également, à un prix plus élevé que celui envisagé avec le bénéficiaire. Dans cette situation, le bénéficiaire lésé peut chercher soit à obtenir des dommages et intérêts du fait de cette violation soit à obtenir l'exécution forcée du pacte ou de la promesse, solution qui jusqu'à présente étant contrainte par la jurisprudence, notamment en matière de promesse unilatérale, depuis la « jurisprudence Cruz » de 1993 jusqu'à 2011 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Cts Cruz : JurisData n° 1993-002405 ; JCP N 1995, p. 31, note D. Mazeaud. -Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, Millet Boussard : JurisData n° 2011-008034 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; p. 1460, note D. Mainguy ; p. 2683, obs. I. Goanvic ; JCP E 2011, 1670, note Y. Paclot ; JCP N 2011, 1163, rapp. G. Rouzet ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 186, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages ; Defrénois 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; p. 1259, obs. Ph. Brun. - Adde : Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : JurisData n° 2011-018742 (reproduisant la solution de la 3<sup>e</sup> ch. civ. et Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 sept. 2011, n° 10-20.362, contre, assez vaguement, cette solution. Adde : D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter : RTD civ. 2004, p. 1 À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de vente », JCP G 2012, n° 27, 808).

Au-delà des difficultés techniques difficilement surmontables dans ce qui aurait, alors, le choix de l'exécution forcée du contrat, la solution se justifiait également pour des raisons économiques, dans la mesure où aucun acteur n'y perdait (Cf. D. Mainguy, *op. cit.*) qui aurait pu, d'ailleurs, être contrariée par la reconnaissance d'un préjudice de frustration du bénéficiaire, dont la réparation généreuse aurait peut-être, au-delà des clauses organisant l'efficacité des contrats de préférence ou de promesse, permis d'enrichir considérablement la violation de ces contrats.

Le contexte ne change pas ; ce qui change ce sont les solutions choisies par la réforme et encore lorsqu'elles sont clairement exprimées.

#### a. Le pacte de préférence

70. Le pacte de préférence, en premier, fait l'objet d'une définition, d'une bonne définition même : « Le pacte de préférence est

celle-ci, le tiers, inquiet de l'existence d'un pacte, peut adresser, par notification, un écrit au bénéficiaire, pour que celui-ci confirme, ou infirme, l'intuition du tiers sur l'existence d'un pacte, dans un délai « raisonnable » et s'il entend s'en prévaloir.

La formule est claire, elle vise à donner corps à l'alinéa précédent. Elle est surtout renforcée par le suivant : la notification écrite doit mentionner le fait que le défaut de réponse vaut infirmation, en ce sens que le bénéficiaire perd son droit d'agir en substitution ou en nullité.

On peut imaginer le succès que cette formule va emporter notamment dans le milieu notarial, à ceci près, toutefois que le bénéficiaire n'est peut-être pas la bonne cible de l'action interrogatoire. Si en effet, et par hypothèse, le tiers qui conclut le contrat avec le promettant a un doute quant à l'existence d'un pacte de préférence portant sur l'objet de la préférence, c'est – en premier lieu à ce dernier qu'il doit s'adresser, à moins que cette information doive faire l'objet d'une communication, au titre de la négociation, au sens de l'article 1112 du Code civil, ou bien au sens de l'absence de dol. S'il adresse la notification interrogatoire au bénéficiaire c'est donc qu'il connaît ce dernier, soit du fait de l'information donnée par le promettant, soit de son propre fait et, dans ce cas, le jeu de l'action interrogatoire prend toute sa dimension. Il y donc un défaut dans le mécanisme de sécurisation, dans l'hypothèse où le tiers ignore l'existence du bénéficiaire et donc l'existence du pacte. Le bénéficiaire, non destinataire d'une notification interrogatoire, conserve ainsi la possibilité d'exercer l'action de l'article 1123, al.2, ce qui suppose donc qu'il parvienne à prouver que le tiers, comme avant la réforme, connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. A supposer cette action efficace, le tiers pourrait alors se retourner contre le promettant, en indemnisation notamment. On peut donc supposer que le tiers à tout intérêt à d'abord interroger le promettant, puis, en fonction de sa réponse, de formuler la notification interrogatoire adressée au bénéficiaire

#### b. La promesse unilatérale de contracter

73. Ici également, la réforme passe par une définition et un



*Le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».* La définition présente l'intérêt de ne pas se centrer sur les pactes de préférence traditionnellement envisagés par la doctrine, c'est-à-dire les pactes de préférence portant sur un immeuble, mais les pactes ou clauses de préférence en général, y compris donc portant sur la cession de titres de société, d'un fonds de commerce, d'un bail, etc., très usuelles, notamment dans les contrats de distribution par exemple, dites « clauses de préemption », d'ailleurs objet, en substance, des dispositions des articles L. 340-1 et 2 du Code de commerce, telles qu'issues de la loi « Macron ».

71. Le régime du pacte de préférence, ou plus exactement des conséquences de la violation d'un pacte de préférence, est l'objet des trois alinéas suivants, dans la ligne de la jurisprudence existante, dans l'objectif de la rendre efficace et pérenne.

L'article 1123, al. 2, notamment, reprend la solution de l'arrêt de la Chambre mixte du 26 mai 2006 (*Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, n°06-19376, D. 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier, RTDciv. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages, Adde Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 janv. 2007, D. 2007. 1698, note D. Mainguy, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 févr. 2007, RDC 2007. 701, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2007. 1048, obs. R. Libchaber, H. Kenfack, « Le renforcement de la rigueur du pacte de préférence », Defrénois 2007. 38621 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011, CCC 2012. 60*), selon laquelle la violation du pacte de préférence emporte l'engagement de la responsabilité du promettant. Surtout, lorsque cette violation se traduit par la conclusion du contrat promis avec le tiers, le bénéficiaire peut obtenir la nullité du contrat conclu entre le promettant et le tiers ou la substitution dans les droits du tiers, à la condition toutefois que le tiers ait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention de ce dernier de s'en prévaloir. De ce point de vue l'article 1123, al. 2 reprend exactement la formule de l'arrêt de 2006, avec les questions qui l'accompagnent d'ailleurs, notamment les conditions dans lesquelles la substitution peut s'opérer, notamment le prix à payer par le bénéficiaire au tiers.

72. L'article 1123, al. 3 offre en toute hypothèse une solution visant à sécuriser, non point le bénéficiaire, mais le tiers, par l'instauration de l'une des « actions interrogatoires » nouvelles. Par

régime, dont la plupart des auteurs considèrent qu'il rompt avec celui proposé jusqu'à alors par la jurisprudence, notamment l'arrêt de 2011.

74. Remarquons que la définition proposée est, de ce point de vue, très sobre : *« la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».*

La définition ne reprend donc pas les définitions proposées par la doctrine qui critiquait les solutions jurisprudentielles passées et selon lesquelles la promesse serait un contrat par lequel le promettant à « d'ores et déjà donner son consentement au contrat promis, et de ce manière irrévocable ». La définition insiste simplement sur le fait, en premier que la promesse est bien un contrat, et ensuite un contrat dont l'objet est « la conclusion » d'un contrat promis dont les éléments essentiels sont déterminés et d'assurer une « option » au bénéficiaire dont l'exercice, s'il vaut consentement, formera le contrat promis. Rien de renversant et, surtout, rien de véritablement nouveau. Rien par exemple sur la durée de l'option, sur l'indemnité d'immobilisation systématique dans les promesses portant sur un immeuble, etc.

75. S'agissant du régime, l'article 1124, al. 2 contient la règle qui est censée provoquer la rupture avec le droit jurisprudentiel antérieur *« la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis »* et l'alinéa 3 poursuit en indiquant que *« le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.*

L'ensemble, cependant, pose davantage de questions qu'elle n'é résout.

## 2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

76. Les questions sont nombreuses notamment pour savoir si la réforme a, comme c'est systématiquement présenté par la doctrine, « renversé » les solutions jurisprudentielles issues de la

jurisprudence *Cruz*. On peut constater en l'état que certains éléments justifient ce questionnement. En premier, la sanction de la nullité n'affecte que l'hypothèse du contrat conclu avec un tiers qui connaissait l'existence de celle-ci ce qui était déjà la solution retenue, à l'imitation du régime des pactes de préférence.

77. Or, tant la définition des promesses que la sanction de la révocation ne sont présentées avec autant de soin. Le terme « révocation » remplace celui de « rétractation », sans aucune conséquence, sinon celle d'éviter le terme « résiliation » ou résolution unilatérale ».

Pourtant l'article 1124 du Code civil définit sans conteste la promesse comme un « contrat », dont le régime est, hormis les points précisés dans ce texte, celui des contrats. La « rupture » d'un tel contrat, ici désignée comme une « révocation », efficace et éventuellement fautive, comme cela était déjà considéré avant la réforme pose, à nouveau, la question de savoir si la rupture d'un contrat de promesse unilatérale sera, comme aujourd'hui, efficace, ou au contraire, et comme l'espère une bonne partie de la doctrine, inefficace. Cette solution ferait cependant du contrat de promesse unilatérale un contrat d'une extrême originalité si, par extraordinaire, le juge décidait de considérer que l'alinéa 2 de l'article 1124 s'interprétait comme le comprend la doctrine qui voulait la suppression de la jurisprudence antérieure.

Or, la formule selon laquelle « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » qui se présente comme l'inversion presque exacte de la formule retenue par l'arrêt du 10 mai 2011 n'est pas extrêmement claire. La réforme n'a pas retenu une formule radicale, du type « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter est nulle, et le bénéficiaire peut obtenir l'exécution forcée en nature du contrat », puisque telle est la solution prônée par la doctrine qui critique la jurisprudence actuelle. On peut penser qu'une telle formule n'a pas été retenue précisément parce qu'elle ne correspond pas à la définition choisie par ailleurs : le contrat de promesse est un contrat, il y est mis fin comme un contrat et on voit mal comment on pourrait contraindre une partie d'exécuter un contrat qu'elle ne souhaite pas voir conclure.

Par ailleurs, l'exécution forcée en nature du contrat de promesse unilatérale suppose, en pratique, que la révocation ne soit pas simplement l'objet d'un caprice mais que le promettant ait conclu le contrat promis avec tiers. Cette exécution forcée en nature suppose donc que le contrat conclu avec le tiers soit détruit. Or, l'alinéa 3 de l'article 1123 dispose que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* » ce qui suppose que le contrat conclu avec un tiers qui l'ignorait (et cette connaissance suppose qu'elle soit démontrée par le bénéficiaire et, ici, point d'action interrogatoire, *a priori*, sauf extension de la formule de l'article 1123, al. 4), n'est pas « nul ». Il est donc, *a priori*, valable, ce qui pourrait, alors tendre à déconsidérer la portée supposée de l'alinéa 2 dans la mesure où celui-ci propose une généralité, limitée par l'alinéa 3.

Enfin, la question de l'exécution forcée en nature d'un contrat, ici un contrat de promesse unilatérale de contracter, suppose de contraindre à la conclusion du contrat promis, c'est-à-dire de contraindre un consentement, qui n'est pas encore donné ou, à supposer qu'il l'avait été, qui n'est plus donné, et donc de porter atteinte à une liberté fondamentale, celle de contracter. L'ensemble dépend alors des conditions dans lesquelles l'exécution forcée en nature d'un contrat sera interprétée, sur le fondement des articles 1226 et 1228, dont nous verrons que l'obstacle de l'existence d'une liberté fondamentale se pose, ne serait-ce qu'en considération de l'article 1263 de l'avant-projet de loi sur la réforme de la responsabilité civile (*cf. infra, art. 1224 s*).

Il reste donc, au-delà de la lettre de la réforme, la possibilité à la Cour de cassation de maintenir le *statu quo* jurisprudentiel et considérer que la révocation de la promesse, qui n'empêche pas la formation de la promesse, par exemple parce que le promettant a révoqué sa révocation, ne peut faire l'objet d'une exécution forcée en nature.

78. Cela ne signifie d'ailleurs pas que le promettant ne doit pas être sanctionné. Le préjudice subi par le bénéficiaire peut être très important, par exemple si le contrat promis n'a pas d'alternative (par exemple un contrat de promesse unilatérale de vente d'une

œuvre d'art ou de cessions de titres conférant par exemple la majorité au bénéficiaire, etc.) de telle manière que la réparation de ce préjudice enchérit alors le coût d'opportunité de la violation de la promesse par le promettant. Lorsque le contrat de promesse unilatérale porte sur un immeuble, on observe souvent que le préjudice du bénéficiaire est relativement faible, dans la mesure où il conserve sa potentialité d'acquérir un immeuble identique. L'une des voies, toutefois, que les juridictions n'ont pas retenue repose sur la réparation du préjudice moral, le *préjudice de frustration*, subi par le bénéficiaire, outre le préjudice matériel qu'il a pu avoir à supporter.

Daniel Mainguy

#### IV. EXERCICE

1-. Walter White convoite un terrain appartenant à Saul Goodman d'une valeur de 100.000 euros qui jouxte son usine et qui lui permettrait d'étendre ses entrepôts. Il a bénéficié, le 1er septembre 2014, d'une promesse de vente de la part de M. Goodman, aux termes de laquelle il dispose d'un délai de deux mois pour prendre sa décision. Cependant, le 2 octobre 2014, Saul Goodman se ravise et prévient, par courrier, Walter White de son refus de vendre. Le 18 octobre, Walter White informe en retour le vendeur de sa volonté d'acquérir le terrain aux conditions initialement définies.

Walter White vous consulte pour savoir s'il pourra effectivement devenir propriétaire du bien.

2-. En outre, Walter White consent à Jesse Pinkman une promesse de vente, pour une maison d'une valeur 300.000 euros, au terme de laquelle ce dernier dispose de 4 mois pour lever l'option. Deux mois plus tard, il décide de céder, contre le versement de 10.000 euros, son droit d'option à Jane Margolis, agent immobilier, qui en fait immédiatement usage.

Walter White vient vous consulter pour savoir si la substitution est valable.

## SEANCE 4 : LA CHOSE DANS LA VENTE

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.
- Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

### II. JURISPRUDENCE

- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 1990, n° 88-18441.
- Cass. Crim., 21 oct. 1998, n° 97-80981.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov. 2000, n° 98-17731.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2001, n° 99-14982.
- Cass. Com., 24 sept. 2003, n° 01-1150.
- Cass. Com., 16 mai 2006, n° 04-19785.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup> 16 janvier 2007, n°04-20.711.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup> 6 octobre 2011, n°10-24.158.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2012, n°11-16.439.

### III. DOCTRINE

- D. MAINGUY, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, RTD com. 1999 p. 47.
- G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce*, RTD civ 2000 p. 47.
- S. FERRE-ANDRE, *De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales*, RTD civ 1995 p. 565.
- Y. AUGUET, *La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral !*, D. 2001, p. 2400.
- J. ANTIPPAS, *Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat*, RTD Civ. 2017, p. 43.
- J. MOURY, *La délimitation du champ de l'article 1195 du code civil, notamment en matière de cessions de droits sociaux*, Rev. sociétés 2017, p. 472.

### IV. EXERCICES

- Faire la fiche des arrêts et le commentaire de l'arrêt : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov. 2000, n° 98-17731.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1103 C. civ. (ex-art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) :** Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Art. 1104 C. civ. (ex-art. 1134 al. 3, C. civ.) :** Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public.

**Art. 1128 C. civ. (v. ex-art. 1128 C. civ.) :** Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain.

**Art. 1162 C. civ. (v. ex-art. 1128 et 1131 C. civ.) :** Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

**Art. 1193 C. civ. (ex-art. 1134, al. 2, C. civ.) :** Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

**Art. 1689 C. civ. (ex-art. 1689 C. civ.) :** Dans le transport d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre.

### ➤ Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux :

**Art. 12 :** Le contrat de vente est celui par lequel le vendeur transfère la propriété ou tout autre droit réel à l'acheteur qui s'oblige à en payer un prix.

Les règles du présent Chapitre s'appliquent en tant que de raison aux contrats par lesquels l'acquéreur s'oblige à payer une contrepartie autre qu'un prix, ainsi qu'aux contrats par lesquels le propriétaire constitue à titre onéreux un droit réel sur un bien au profit d'un tiers.

**Art. 14 :** La vente est un contrat consensuel.

Elle est valablement formée dès que les parties sont convenues du bien et du prix.

Les parties sont convenues du bien et du prix lorsque ceux-ci sont déterminés ou déterminables, sans qu'il soit besoin d'un accord ultérieur de leur part.

Les parties peuvent confier la fixation du prix à un tiers indépendant. Le prix fixé par ce tiers s'impose à tous et ne peut être contesté qu'en cas d'erreur grossière.

**Art. 25 :** Les droits et actions du vendeur qui sont l'accessoire du bien vendu sont transmis à l'acheteur. Le vendeur conserve les actions en réparation de son préjudice personnel de jouissance.

**Art. 26 :** Le vendeur doit à l'acheteur la délivrance du bien vendu, ainsi que les garanties des vices et d'éviction.

**Art. 27 :** Le vendeur doit mettre à disposition de l'acheteur le bien vendu conformément aux stipulations convenues. Sauf stipulations contraires, il doit délivrer un bien en bon état.

## II. JURISPRUDENCE

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 1990, n° de pourvoi 88-18441.**

Attendu que M. Y..., chirurgien-dentiste, après avoir remplacé pendant deux mois son confrère, M. X..., 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. X... , il a accepté par écrit, le 16 juillet 1986, le prix de 270 000 francs " en règlement du cabinet " ; que M. Y... 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. X... " et à payer à celui-ci le montant du " prix de vente " convenu ; que M. Y... 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. X... 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. Y..., 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. X... à M. Y..., 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. X... :

**CASSE ET ANNULE**

➤ **Cass. Crim., 21 oct. 1998, n° de pourvoi : 97-80981.**

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (Nations-Unies - 10 décembre 1948), 18 du Pacte international relatif aux

droits civils et politiques, 7 et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, 7 et 10 de la Déclaration des



droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, L. 122-1 du Code de la consommation, 30 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, 33 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, 112-1 du Code pénal, 485 et 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale :

" en ce que l'arrêt attaqué a déclaré Bruno Pichon et Marie-Line Sajous coupables de refus de vente de contraceptifs ;

" aux motifs que le refus de vente ne procédait pas d'une impossibilité matérielle de satisfaire les consommateurs, mais de convictions religieuses qui ne peuvent constituer un motif légitime au sens de l'article L. 122-1 du Code de la consommation ; que la non-détention en stock de ce type de produit était la conséquence et non la cause de ce refus de principe de dispenser des produits contraceptifs, qui ne souffre d'exception que dans les cas où, sortant manifestement de leur compétence, les prévenus consentent à reconnaître le caractère thérapeutique de la prescription médicale ;

" alors, d'une part, qu'en vertu des articles 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (Nations Unies - 10 décembre 1948), 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; que ce droit implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé et que cette liberté ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits ou des libertés d'autrui ; que la liberté de conscience et de religion implique donc le droit, pour un pharmacien, de ne pas détenir de produits

contraceptifs dont la consommation constitue une atteinte à ses convictions religieuses ; que, dès lors, le refus, fondé sur des convictions religieuses, de détenir et, par conséquent, de vendre des produits contraceptifs, constitue la mise en oeuvre de sa liberté de conscience et de religion, c'est-à-dire l'exercice d'un droit légitime qui ne peut donner lieu à aucune sanction pénale ; qu'ainsi, c'est en violation des textes susvisés que l'arrêt attaqué a déclaré les prévenus coupables de refus de vente des produits contraceptifs ;

" alors, d'autre part, et en tout état de cause, que le refus de vente d'un produit n'est constitutif d'une infraction que si le commerçant détient le produit dans ses stocks ; qu'en revanche aucun texte ne fait obligation à un commerçant, fût-il pharmacien, de détenir dans ses stocks, voire de commander s'il n'en dispose pas, le produit demandé par les consommateurs ; que, dès lors qu'il est établi que Bruno Pichon et Marie-Line Sajous ne détenaient dans leur stock aucun contraceptif, l'infraction qui leur est reprochée n'est pas constituée " ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Bruno Pichon et Marie-Line Sajous, pharmaciens d'officine, sont poursuivis pour avoir contrevenu aux dispositions de l'article L. 122-1 du Code de la consommation en ayant, sans motif légitime, refusé à des consommateurs la vente de produits contraceptifs faisant l'objet de prescriptions médicales, infraction sanctionnée à la date des faits par l'article 33 du décret du 29 décembre 1986, dans sa rédaction alors applicable, et, désormais, par l'article R. 121-13. 2° de ce Code ;

Que les prévenus ont fait valoir, en défense, qu'ils ne disposaient pas des produits incriminés pour des motifs éthiques et médicaux, ce qui légitimait leur refus de vendre, et qu'aucun texte ne faisait obligation aux pharmaciens de délivrer des contraceptifs hormonaux ;

Attendu que, pour les déclarer coupables de la contravention, les juges d'appel énoncent que le refus de délivrer des médicaments contraceptifs ne procède nullement d'une impossibilité matérielle de satisfaire la demande en raison d'une indisponibilité des produits en stock, mais est opposé au nom de convictions personnelles qui ne peuvent constituer, pour les pharmaciens auxquels est réservée la vente des médicaments, un motif

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov. 2000, n° de pourvoi : 98-17731.**

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

légitime au sens de l'article L. 122-1 précité ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;  
Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme

REJETTE le pourvoi.

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

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2001, N° de pourvoi: 99-14982.**

Attendu que, par même acte notarié de vente et de prêt signé le 31 janvier 1990, la société Marana a acquis divers lots immobiliers, souscrit un emprunt auprès de la banque Sovac immobilier, affecté hypothécairement à son remboursement les biens acquis et cédé au prêteur les loyers qui pourraient être produits par eux ; que, le 25 mai 1993, la banque Sovac a signifié à la société Sodisca, preneur à bail des locaux, la cession de loyers stipulée à l'acte du 31 janvier 1990 et lui a fait sommation de s'en acquitter désormais directement auprès d'elle ;

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche, laquelle est préalable :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour débouter la banque Sovac de ses demandes en condamnation solidaire du représentant des créanciers au redressement judiciaire de la société Marana et commissaire à l'exécution du plan de son redressement, et de la société Sodisca, sa locataire, à lui servir les loyers échus de mai 1993 à novembre 1998, augmentés de leurs intérêts, et la société Sodisca à lui verser les loyers postérieurs à échoir jusqu'à apurement de sa créance, l'arrêt attaqué, après avoir énoncé que la validité d'une cession de créance est subordonnée à l'accord du créancier initial et du cessionnaire sur la créance cédée, retient que, dans la clause de l'acte du 31 janvier 1990, intitulée délégation de loyers, le défaut d'une quelconque allusion au bail

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.

commercial conclu

antérieurement par le bailleur Sauveterre, auteur de la société Marana, présent de surcroît, fait naître un doute sérieux sur la volonté de celle-ci de céder la créance qui en résulte ; que ladite clause est rédigée de manière générale, qu'aucune indication n'y figure quant aux locaux donnés à bail, quant au montant des loyers et surtout quant au montant de la créance cédée, qu'il n'existe aucun terme dans le temps, qu'il n'est même pas mentionné que la cession de créance est faite jusqu'à extinction du crédit ; qu'à la lecture de l'acte notarié, il semble que la société Marana a définitivement cédé la créance relative à tout loyer qu'elle pourrait percevoir, que, pour ces raisons, la créance cédée n'est ni déterminée, ni déterminable ;

Attendu, cependant, que l'acte du 31 janvier 1990 stipulait : " Le constituant cède au prêteur, par priorité et préférence à tous autres, tous les loyers hors taxes qui pourraient être produits par le bien affecté à la garantie du présent contrat. Il lui cède également le droit de percevoir en ses lieu et place les charges et frais entraînés par la location. Le constituant s'engage à communiquer au prêteur, à tout moment et sur simple demande, les coordonnées de son locataire du moment et à l'aviser aussitôt en cas de changement de locataire. Le constituant communiquera au prêteur les conditions du bail, le montant des loyers à percevoir, ainsi que des frais et charges. Il s'interdit de céder ou de

déléguer à des tiers les loyers objet de la présente cession. A ce sujet, le constituant déclare qu'il n'a, jusqu'à ce jour, consenti aucune cession ni délégation des redevances ou loyers produits par le bien affecté en garantie. Il autorise le prêteur à signifier le cas échéant, à son seul gré, cette cession aux locataires desdits biens, conformément à l'article 1690 du Code civil. Toutes les notifications que le prêteur jugera nécessaires seront faites au locataire aux frais de l'emprunteur. Le prêteur pourra rendre sa créance immédiatement exigible en cas de non-respect par le constituant des dispositions ci-dessus et également si les immeubles affectés à sa garantie font l'objet de la perception de plus de trois mois de loyers d'avance " ; que ces clauses, dont il résultait que la société Marana, dans la limite de ses dettes

➤ **Cass. Com., 24 sept. 2003, n° de pourvoi : 01-1150.**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1128 et 1598 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt déferé, 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

d'emprunt envers la société Sovac, avait cédé à celle-ci ses créances locatives, étaient claires et précises, de sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel les a dénaturées, violant le texte susvisé ;

Et sur la première branche du moyen :

Vu l'article 1689 du Code civil ;

Attendu que des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification ; qu'en ne procédant pas à une telle recherche, l'arrêt n'a pas donné de base légale à sa décision ;

**PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE**

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 ;

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 Ginger aux dépens ;

➤ **Cass. Com., 16 mai 2006, n° 04-19785.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Versailles, 16 septembre 2004), que la Société universelle de distribution (société SUDD), dont M. X... est le dirigeant, commercialise différents produits cosmétiques dont la fabrication et le conditionnement étaient assurés par la société Médicis industrie (société Médicis), dont M. X... était également le dirigeant ; qu'après la mise en liquidation judiciaire de la société Médicis, par jugement du 12 avril 2001, la société SUDD a adressé, le 30 mai 2001, à M. Y... de Z..., liquidateur judiciaire, une offre d'achat de lots de matières premières, d'emballages et de produits semi-finis ; que par ordonnance du 11 juillet 2001, notifiée à l'acquéreur le 31 août 2001, le juge-commissaire a autorisé la vente amiable de ces marchandises sur la base du prix proposé par la société SUDD ; qu'ayant renoncé, dès le 27 août 2001, à son offre au motif qu'elle aurait reçu une réponse tardive, la société SUDD a formulé, le 19 octobre 2001, une nouvelle offre d'achat à un prix moindre ; que constatant le caractère parfait de la vente, le juge-commissaire a rejeté la demande de la société SUDD par ordonnance du 10 novembre 2001 ; que le liquidateur a assigné la société SUDD en paiement du prix de vente fixé par l'ordonnance du 11 juillet 2001 ; qu'en considération de la péremption d'une partie des marchandises, le tribunal a rejeté la demande du liquidateur, ordonné l'exécution de la vente uniquement pour les produits d'emballages,

films et cellophanes spécifiques et condamné la société SUDD à payer de ce chef un prix limité à la somme de 4 257,90 euros ; que le liquidateur ayant relevé appel de ce jugement, la cour d'appel a confirmé la décision déférée ;

Attendu que le liquidateur fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1° que la vente étant parfaite dès l'ordonnance du juge-commissaire, l'acquéreur ne peut à cette date retirer son offre d'acquisition, sauf à justifier d'un motif légitime tiré de la non-réalisation des conditions suspensives dont il aurait pu l'assortir ; qu'en déclarant, après avoir constaté que la vente contenue dans l'offre du 30 mai 2001 était parfaite, quelle ne pouvait avoir lieu sans être modifiée prétexte pris de ce qu'une partie des produits était périmée, quand aucune condition suspensive, relative à un délai de péremption desdits produits, n'avait été formulée dans l'offre, laquelle était ferme et définitive en l'absence de recours contre l'ordonnance du juge-commissaire, la cour d'appel a violé l'article L. 622-18 du code de commerce ;

2° qu'en toute hypothèse, une offre d'acquisition doit être exempte de mauvaise foi ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si, à la date de l'offre, l'acquéreur, également dirigeant de la société en liquidation judiciaire, avait connaissance de la qualité du stock litigieux et de sa péremption, la cour d'appel a entaché sa décision d'un manque de base légale au regard des articles L. 622-18 du code de commerce et 1134 du code civil ;

Mais attendu que la vente est dépourvue d'objet lorsqu'elle porte sur des choses hors du commerce tels que des produits périmés ; qu'après avoir constaté, par motifs propres et adoptés, qu'à la date de notification de la première ordonnance du juge-commissaire, de nombreux produits étaient périmés ou que la société Médicis n'était plus en mesure de

présenter les dossiers afférents aux produits cosmétiques fabriqués par elle ni de transmettre au centre antipoison les informations relatives aux substances utilisées dans la composition des produits empêchant ceux-ci d'être mis sur le marché, en application du code de la santé publique, de sorte que les matières premières, objet de la vente, ne pouvaient être considérées comme des produits commercialisables, l'arrêt en déduit, par motifs propres, que la vente ne peut plus avoir lieu sans être modifiée et qu'il serait contraire aux dispositions du code de la santé publique d'ordonner la vente de produits périmés destinés à la fabrication de cosmétiques ; que l'arrêt retient encore qu'en aucun cas, la longueur des délais qui se sont écoulés entre les différentes phases des procédures, notamment juridictionnelles, qui ont abouti à ce qu'une partie des produits vendus soit périmée, ne peut être imputée à la société SUDD, celle-ci n'ayant cessé l'attention sur le caractère urgent de la vente et n'ayant eu aucune possibilité d'accélérer le processus décisionnel ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a par-là même effectué la recherche prétendument omise évoquée à la seconde branche, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass, Civ., 1<sup>ère</sup> 16 janvier 2007, n°04-20.711**

Attendu que par contrat septennal du 7 juillet 1989, renouvelable par tacite reconduction, conclu entre la société gestionnaire de la maison de retraite privée "Les Cèdres", et la société civile professionnelle d'infirmières "Gonzales et autres", dénommée depuis "Les Oliviers", celle-ci s'est engagée à pratiquer dans l'établissement les actes de son art sur les pensionnaires qui en éprouvent le besoin, la première s'interdisant corrélativement de faire intervenir d'autres infirmiers, sauf autorisation expresse de sa contractante ou demande contraire du patient lui-même ; que la SCP, tenue d'effectuer en contrepartie un "dépôt" de 1 080 000 francs a, le 10 septembre 1989, emprunté cette somme auprès de la Caisse de crédit mutuel des professions de santé Provence (CMPSP), ci-après la caisse ; que par ailleurs, la même convention du 7 juillet 1989 constatait l'engagement de la SCP, en raison de divers services ou facilités corrélatifs fournis par la maison de retraite, à lui verser une redevance de 10 % de ses honoraires, ultérieurement fixée à la somme forfaitaire de 13 500 francs par mois ; que la collaboration entre les parties ayant cessé en 1998, des difficultés les ont opposées sur les clauses relatives au sort

du "dépôt"; que Mme X..., gérante de la SCP, a assigné la société "Les Cèdres" en restitution de celui-ci et des redevances, après avoir, en une instance distincte, recherché la nullité du prêt obtenu de la caisse ; que les époux Denis Y... et la société Sifa, associés de la société "Les Cèdres", sont intervenus volontairement dans la première procédure ; que l'arrêt attaqué du 14 septembre 2004 a statué sur l'ensemble du litige ;

Sur le second moyen du pourvoi de la société "Les Cèdres", pris en ses trois branches, tel qu'exposé au mémoire en demande :

Attendu qu'ayant souverainement constaté qu'il n'était pas établi que la redevance stipulée rémunérait des services rendus, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle constituait une rétrocession d'honoraires illicite au regard de l'article L. 4113-5 de code de la santé publique ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur les deux premières branches du premier moyen du même pourvoi, auquel s'associe, en sa première branche, le moyen unique du pourvoi incident de la Caisse de

crédit mutuel des professions de santé  
Provence :

Vu les articles 1128, 1131 et 1134 du code  
civil ;

Attendu qu'est valable la convention par  
laquelle une maison de retraite concède à  
titre onéreux l'exercice privilégié, dans ses  
locaux, des actes infirmiers sur ses  
pensionnaires, dès lors que le libre choix  
de ceux-ci est préservé ;

Attendu que pour déclarer nulle la clause  
"dépôt" inscrite dans la convention du 7  
juillet 1989 et ordonner la restitution de la  
somme correspondante, la cour d'appel a  
retenu que son objet est hors commerce,  
voire inexistant, que sa cause est une  
cession de clientèle, entachée comme telle  
d'une nullité absolue, qu'une maison de  
retraite n'est pas un établissement de soins,  
et qu'est seule licite la rémunération de la  
présentation au successeur exerçant une  
profession libérale de même nature ;

Qu'en statuant ainsi, elle a méconnu les  
conséquences légales de ses constatations  
et violé les textes susvisés ;

➤ **Cass, Civ., 1<sup>ère</sup> 6 octobre 2011, n°10-24.158**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X...,  
avocat, a cédé son fonds d'exercice libéral  
à la société Y... et Y... avocats associés,  
par acte, du 19 octobre 2007, contenant  
une stipulation selon laquelle le cédant  
s'interdisait toute forme d'exercice de la  
profession d'avocat qui viendrait en  
concurrence du cessionnaire, sans  
limitation de temps, ni de lieu, la seule  
forme d'exercice de la profession d'avocat  
que pourra continuer d'assurer le cédant  
devant être nécessairement au sein du  
cabinet du cessionnaire ; que les parties en  
désaccord sur l'exécution de la cession ont  
soumis leur différend à l'arbitrage du  
bâtonnier ;

Et sur la deuxième branche du moyen  
unique du pourvoi incident :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que l'arrêt attaqué déclare nul le  
prêt liant la SCP et la caisse en raison de  
son indivisibilité avec la convention du 7  
juillet 1989 ; qu'il s'ensuit que la cassation  
intervenue sur la déclaration de nullité de  
celle-ci ne peut que produire le même effet  
quant à la validité de celui-là ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu  
de se prononcer sur les autres branches des  
pourvois :

CASSE ET ANNULE mais seulement en  
ce qu'il a dit nuls la clause "dépôt" inscrite  
dans la convention du 7 juillet 1989 et  
l'acte de prêt conclu le 10 septembre 1989  
entre la SCP Les Oliviers et le CMPSP,  
l'arrêt rendu le 14 septembre 2004, entre  
les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-  
Provence ; 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 d'Aix-en-Provence, autrement  
composée ;

Sur les premier, troisième et quatrième  
moyens :

Attendu que ces moyens ne sont pas de  
nature à permettre l'admission du pourvoi ;

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

Vu l'article 1134 du code civil et le  
principe de la liberté d'exercice de la  
profession d'avocat ;  
Attendu que, pour condamner M. X... au  
paiement de la somme de 20 000 euros à  
titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient  
que l'illicéité de la clause de non-

concurrence soulevée par ce dernier est d'autant moins démontrée qu'il s'agit d'une cession pour départ à la retraite ;

Qu'en statuant ainsi, alors que seules sont licites les clauses de non-concurrence limitées dans le temps et l'espace, proportionnées à leur finalité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu qu'en application de l'article L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, la Cour de cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée ;

**PAR CES MOTIFS :**

**CASSE ET ANNULE**, mais seulement en ce qu'il a condamné M. X... au paiement de la somme de 20 000 euros à titre de dommages-intérêts à la société Y... et Y..., l'arrêt rendu le 22 juin 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;



➤ **Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2012, n°11-16.439**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 11 janvier 2011), que M. Z..., qui exerçait avec M. X..., son activité professionnelle au sein de la SCP notariale Michel Z...et Yves X..., a cédé à son associé les parts qu'il détenait dans la société, l'acte de cession prévoyant une interdiction de réinstallation sur le territoire de certaines communes et le reversement des sommes reçues par le cédant au titre d'actes établis ou de dossiers traités pour le compte de clients de la SCP au sein d'un autre office notarial ; que, M. Z...s'étant réinstallé avec un autre confrère, au sein d'une autre société civile professionnelle, sur le territoire d'une commune autre que celles qui lui étaient interdites, M. X..., qui lui reprochait de n'avoir pas reversé les rémunérations perçues de plusieurs clients en violation des stipulations contractuelles, l'a assigné en réparation de son préjudice ; que l'arrêt le déboute de ses demandes ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué de le débouter de ses demandes tendant à voir juger que M. Z...était responsable de l'inexécution de la clause de reversement souscrite le 23 juillet 1998, condamner M. Z...à réparer le préjudice subi et, avant dire droit sur le quantum, ordonner une expertise, alors selon le moyen :

1°/ que l'acte du 23 juillet 1998 est clair et précis en ce qu'il a pour objet la cession par M. Z...à M. X... des parts sociales que le premier détenait dans la société civile professionnelle dont ils étaient associés ; qu'en retenant, pour débouter le cessionnaire de sa demande tendant à voir juger que le cédant avait violé la clause de non-concurrence stipulée à l'acte, que cette dernière emportait cession de clientèle, la cour d'appel a dénaturé l'acte de cession de

parts sociales et a ainsi violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que M. X... faisait valoir dans ses conclusions d'appel que l'obligation de reversement de la rémunération était limitée à dix ans ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, de nature à établir que la clause litigieuse ne pouvait pas être analysée en une cession de clientèle prohibée, la cour d'appel a privé sa décision de motifs et a ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que la cession de clientèle d'un office notarial est licite ; que la cour d'appel qui, pour dire que la clause de reversement de la rémunération prévue à l'acte du 23 juillet 1998 était nulle, a jugé que cette clause emportait cession de clientèle, laquelle serait nulle dans les cessions notariales, a violé l'article 1128 du code civil ;

4°/ que toute personne a le libre choix de son notaire, lequel est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est légalement requis ; qu'en se bornant à relever, pour débouter M. X... de sa demande de condamnation de son ancien associé, que la clause de reversement de la rémunération soumettait M. Z...à une pression de nature à le tenter de convaincre le client de faire le choix d'un autre notaire, sans constater que le client ne demeurait pas libre de le choisir comme notaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI ;

5°/ que les obligations respectivement nées de la loi et du contrat ne sont incompatibles que si elles sont insusceptibles de recevoir simultanément exécution ; qu'en jugeant que l'obligation légale d'instrumenter de M. Z...et celle, prévue par la convention de cession du 23 juillet 1998, de reverser la rémunération reçue étaient antinomiques, la cour d'appel

a violé les articles 3 de la loi du 25 ventôse an XI et 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir retenu, selon une interprétation, exclusive de toute dénaturation, que commandait la portée ambiguë de la clause stipulant le reversement au cessionnaire des sommes perçues de la part des anciens clients de la SCP Z...et X..., que cette clause, en interdisant à M. Z...de percevoir, pour une durée de dix ans, la rémunération de son activité pour le compte des clients qui avaient fait le choix de le suivre en son nouvel office, emportait cession de la clientèle lui ayant appartenu en partie, la

cour d'appel, qui a relevé que la clause litigieuse, par la sanction de la privation de toute rémunération du travail accompli, soumettait le cédant à une pression sévère de nature, sinon à refuser de prêter son ministère, du moins à tenter de convaincre le client de choisir un autre notaire, et qui a ainsi constaté que la liberté de choix de cette clientèle n'était pas respectée, en a exactement déduit que ladite clause était nulle ; que le moyen, qui manque en fait en ses deuxième et quatrième branches, n'est pas fondé en ses trois autres branches ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

### III. DOCTRINE

RecueilDalloz 2001 p. 2400

#### **La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral !**

**Yvan Auguet, Maître de conférences à l'Université de Perpignan, chercheur au Centre de droit de la concurrence**

1 - « [...] si la cession de 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 [...] ». La tournure conditionnelle de l'attendu de solution de l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 7 nov. 2000 masque difficilement la portée considérable de cette décision. L'intérêt doctrinal est certain. Il appert du nombre des commentaires (1). Les commentateurs ont souligné les incidences à venir sur la pratique professionnelle. Des auteurs se sont attachés à la portée théorique de cet arrêt sur le droit des contrats (2) ou le droit des biens (3). L'intérêt doctrinal ressort, en outre, de l'engagement des annotateurs ; la neutralité est rare et la plume souvent critique (4).

Le litige opposait M. Woessner à M. Sigrand, deux chirurgiens dont la collaboration avait échoué. M. Woessner s'était engagé à faciliter l'exercice de la médecine à M. Sigrand. Pour réaliser cet objectif, il mit son cabinet à la disposition de son confrère en créant, avec lui, une société civile de moyens et lui « céda » la moitié de sa clientèle tout en s'engageant auprès de son associé à lui assurer un chiffre d'affaires minimal par une « convention de garantie d'honoraires ». En contrepartie de la « cession » de la moitié de la clientèle, M. Sigrand devait verser une indemnité de 500 000 F. La clientèle ne s'étant pas reportée vers le « cessionnaire » dans la proportion prévue par le contrat, M. Sigrand assigna le « cédant » en annulation de la convention. La cour d'appel fit droit à sa demande en décidant que le contrat était nul comme portant atteinte au libre choix de son médecin par le malade. Le pourvoi formé par le cédant fut rejeté par la Cour de cassation qui considère que la cour d'appel a, dans son pouvoir d'appréciation souverain, retenu que cette liberté de choix n'était pas respectée par le

contrat. En confirmant la juridiction du fond sur ce point, la Cour de cassation a rendu une décision conforme à sa jurisprudence passée. Toutefois, en affirmant subrepticement la licéité de la cession de clientèle médicale à l'occasion de la cession d'un fonds libéral, la Haute juridiction a fait oeuvre jurisprudentielle. L'apport essentiel de la décision est là.

L'intérêt immédiat de cet arrêt retentissant est double. Il relance le débat sur la patrimonialisation des clientèles ¶(5) en affirmant la cessibilité des clientèles civiles (I) et en reconnaissant le fonds libéral (II). Toutes les conséquences attachées à une telle décision ne peuvent être appréhendées d'emblée. Toutefois, l'intérêt médiat relatif à la concurrence interdite mérite une attention particulière (III).

### **I - La cession de clientèle civile n'est plus illicite !**

2 - « La cession de clientèle médicale [...] n'est pas illicite. » Dans sa lettre, l'assertion de la première Chambre civile de la Cour de cassation apparaît comme un véritable revirement jurisprudentiel. En effet, depuis le XIXe siècle, la Cour de cassation et les juridictions du fond réaffirmaient le caractère incessible des clientèles civiles ¶(6). Cette proposition nouvelle surprend et déçoit, car elle se révèle inexacte.

3 - La surprise tient certes de la rupture avec une jurisprudence ancienne et constante ¶(7), mais plus encore de sa contradiction avec les rapports les plus récents de la Cour de cassation. En 1991, le rapport soulignait la nullité de toute « cession » d'une clientèle médicale dans un but de protection des jeunes médecins. Elargissant la réflexion, il concluait en ces termes : « On voudrait espérer que ces deux arrêts contribuent tant soit peu à dissiper cette fâcheuse croyance, trop répandue en France, selon laquelle toute situation acquise doit naturellement se scléroser pour donner naissance à une valeur patrimoniale » ¶(8). En 1997, M. Chartier, conseiller à la Cour de cassation, tout en exposant la prise en compte par la Haute juridiction de la valeur représentée par une clientèle civile, concluait en ces termes : « Parce que le client est libre de son choix, [la clientèle civile] ne peut être cédée » ¶(9). Tout était écrit, ou presque : affirmer la cessibilité d'une clientèle est inexact.

4 - L'inexactitude tient d'abord dans le respect des libertés humaines fondamentales. Toute personne est libre de ne pas contracter. La liberté contractuelle a pour corollaire le droit de ne pas devenir client. Le principe du libre choix du praticien par le client est devenu aujourd'hui le critère de la validité des conventions visant à transférer une clientèle civile ¶(10). La jurisprudence relève soit l'absence d'atteinte à la liberté des clients pour valider ces opérations ¶(11), soit, inversement, le risque d'atteinte à la liberté des clients pour annuler les contrats litigieux ¶(12). L'arrêt rapporté conforte cette analyse. La Cour de cassation relève que la Cour d'appel de Colmar « a légalement justifié sa décision » de nullité du contrat dès lors qu'elle avait « souverainement retenu qu'en l'espèce, [la] liberté de choix [du patient] n'était pas respectée ».

L'inexactitude tient ensuite aux termes utilisés. La cession ne peut avoir pour objet une clientèle. La « cession » permet « la transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit » ¶(13). Or le professionnel ne dispose d'aucun droit sur ou contre une clientèle, celle-ci ne peut être l'objet d'un droit, elle n'est pas un bien juridique ¶(14). Il ne peut en être autrement dès lors qu'il y a consensus pour affirmer qu'une clientèle est constituée par « une collectivité d'hommes et de femmes » ¶(15). Cette conception concrète ¶(16) de la clientèle rallie beaucoup de suffrages si l'on

examine les nombreuses définitions doctrinales de la clientèle ¶ (17). Toutefois, certains auteurs retiennent une conception plus abstraite de la clientèle. Celle-ci représenterait « une originalité concurrentielle » ¶ (18) ou encore « le pouvoir attractif exercé sur les clients » ¶ (19). Ces définitions, pertinentes, présentent un inconvénient majeur. La valeur économique représentée par la clientèle ne justifie pas que le mot « clientèle » soit dénaturé pour expliquer sa prise en compte patrimoniale. « L'originalité concurrentielle », « le pouvoir attractif », trouvent leur traduction patrimoniale dans des éléments dont la patrimonialité est certaine : présentation, droit au bail, marque et créance de non-concurrence, notamment. La « réification » de la notion de clientèle n'est pas souhaitable. La confusion clientèle-bien, trop fréquente d'un point de vue économique, doit rester étrangère au domaine juridique. Il semble d'ailleurs que la Cour de cassation ne puisse se départir totalement de cette réalité quand elle rappelle que la sauvegarde de la liberté de choix du patient conditionne « la cession de la clientèle médicale ».

La surprise passée, l'inexactitude rappelée, l'affirmation de la cessibilité des clientèles civiles se révèle enfin inutile si, comme le laisse entendre la Cour de cassation, il convient désormais de reconnaître le fonds libéral.

## II - La reconnaissance du fonds libéral ?

5 - « [...] 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 [...] ». Dans l'attendu de solution, la reconnaissance du fonds libéral apparaît tel un *obiterdictum*. Formellement, l'originalité est certaine. Toutefois, la nécessaire sauvegarde de la liberté des clients rappelée par la *ratio decidendi* évoque une limite traditionnelle à sa patrimonialité.

6 - Dans l'arrêt commenté, le juge évoque le fonds libéral chemin faisant. La Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir jugé que la cour d'appel a légalement justifié sa décision de nullité du contrat litigieux en ce que ce dernier attentait à la liberté de choix du patient. L'indication que le contrat litigieux est relatif à un fonds libéral ne modifie en rien la solution. En choisissant de préciser que l'opération litigieuse concernait un tel fonds, la Cour de cassation a entendu consacrer un bien nouveau, le fonds libéral. A ce titre, l'arrêt de la Haute juridiction apparaît novateur. La décision tranche avec la discrétion prétorienne passée ¶ (20), même si elle consacre des travaux récents ¶ (21).

L'apparition de ce bien nouveau, le fonds libéral, n'est pas véritablement surprenante. Fondamentalement, l'importance grandissante des revenus professionnels dans le patrimoine des personnes a favorisé l'apparition de nouvelles richesses. Les postes professionnels qui conjuguent le travail et la formation d'un capital, ceux notamment qui permettent à leurs titulaires de se constituer une clientèle, ont été valorisés. L'espoir de revenus futurs est devenu un capital susceptible de transmission, une richesse autonome, un fonds. La consécration législative de ce bien nouveau est intervenue tout d'abord en matière commerciale depuis la loi Cordelet du 17 mars 1909. La loi du 5 juill. 1996 a expressément reconnu, en matière civile, le fonds artisanal ¶ (22). Enfin, il ressort de l'étude de la jurisprudence que le principe de l'incessibilité des clientèles civiles n'a nullement été un obstacle, tout au plus un frein, à la prise en compte patrimoniale du fonds révélé par une clientèle libérale. On sait, notamment, que notre droit organise depuis longtemps la transmission de cette valeur économique ¶ (23). La reconnaissance du fonds libéral résulte,

au moins pour partie, de l'identité des liens de clientèle. La clientèle, qu'elle soit civile ou commerciale, repose à la fois sur des éléments objectifs et sur la confiance dans le professionnel (24).

La reconnaissance formelle du fonds libéral par la Cour de cassation mérite une attention particulière. Elle précède la construction prétorienne d'un régime juridique propre. L'enjeu doctrinal est d'importance. Quelques propositions peuvent être avancées. L'apparition du fonds libéral doit favoriser une réflexion renouvelée sur le rôle de la clientèle dans la théorie des fonds. La clientèle, qu'elle soit civile ou commerciale, présente une identité de nature. Irréductible à la qualité de bien juridique, à la notion d'objet d'un droit subjectif, à un élément du fonds, la clientèle intègre la sphère juridique au titre de la cause des conventions (25). Le flacon « fonds libéral » ne doit pas favoriser l'ivresse de la patrimonialité. L'important contentieux des opérations juridiques relatives aux fonds tient pour partie au voile que la notion de fonds fait tomber sur le contenu des obligations et sur le caractère aléatoire de ces conventions (26). Le fonds doit rester un contenant, un outil juridique, qui ne doit pas masquer son contenu. Or, le contenu des opérations relatives à un fonds libéral ne devra pas porter plus atteinte que par le passé à la nécessaire sauvegarde de la liberté des clients.

7 - Le *ratio decidendi* de la décision tient précisément dans la nécessaire sauvegarde de la liberté des clients. La nullité du contrat litigieux est légalement justifiée, car, « en l'espèce, [la] liberté de choix [du patient] n'était pas respectée ». Le motif essentiel de l'annulation du contrat n'est pas nouveau (27). L'apparition du fonds libéral n'y change rien. La limite à la patrimonialité des fonds qui permettent à leurs titulaires de se constituer une clientèle demeure le libre choix du client. Il ne peut en être autrement pour cette liberté élémentaire dont les professionnels eux-mêmes rappellent l'existence (28). Le fonds, outil de la patrimonialité, ne peut faire l'économie de la réalité de la clientèle. Le fonds, c'est la propriété, la clientèle, la liberté. La propriété du fonds trouve sa limite dans la liberté de la clientèle.

L'affirmation de la cessibilité des clientèles civiles et l'apparition du fonds libéral peuvent-elles interférer sur le régime de la concurrence interdite inhérente à de nombreuses opérations de valorisation d'un poste professionnel ? La réponse affirmative à cette question constitue l'intérêt médiat de cet arrêt.

### **III - Les incidences en matière de concurrence interdite**

8 - On sait que les limitations de concurrence constituent les instruments privilégiés de la protection de la clientèle (29). Ainsi, à l'occasion d'une convention de transfert de clientèle, l'obligation de non-concurrence permet-elle de neutraliser la concurrence que pourrait être tenté de développer l'ancien titulaire de la clientèle à l'encontre de son successeur. Toutefois, l'analyse prétorienne de l'interdiction diffère selon que la convention vise à transférer une clientèle commerciale ou une clientèle civile. Implicite dans l'hypothèse d'un transfert de clientèle commerciale, elle doit être expressément prévue dans l'hypothèse d'un transfert de clientèle civile. Alors que l'ancien titulaire de la clientèle commerciale est nécessairement tenu par une obligation de non-concurrence de plein droit, d'origine légale, l'ancien titulaire d'une clientèle civile ne peut, en principe (30), être tenu que par une obligation de non-concurrence d'origine volontaire. Cette analyse duale de la non-concurrence, peu satisfaisante, prévaut toujours dans notre droit positif (31).

9 - L'affirmation de la cessibilité des clientèles civiles et l'apparition du fonds libéral peuvent-elles influencer sur la nature et le régime de l'obligation de non-concurrence ? La réponse à cette question paraît devoir être affirmative. La « conquête » patrimoniale réalisée par cet arrêt risque de favoriser l'apparition d'une obligation de non-concurrence d'origine légale en matière de transfert de clientèle civile ou, plutôt, de cession de fonds libéral. Plusieurs éléments peuvent favoriser ce processus.

Tout d'abord, les juges vont être tentés de raisonner par analogie avec le régime juridique appliqué au fonds de commerce, qui impose l'existence d'une obligation de non-concurrence d'origine légale dans l'ensemble des conventions visant à transférer une clientèle commerciale (32). Ensuite, le droit positif montre que le transfert de certaines clientèles civiles donne parfois naissance à une obligation de non-concurrence indépendamment de tout engagement volontaire. L'agent général d'assurances qui cède son portefeuille est tenu par une obligation d'origine légale (33). L'officier ministériel qui cède son office et le représentant de commerce qui cède sa carte sont tenus par une obligation de plein droit dégagée par la jurisprudence (34). En outre, indépendamment de tout statut particulier, le développement de l'entreprise sociale en matière civile a incité le législateur à imposer une obligation de non-concurrence à l'apporteur d'une clientèle civile dans une SCP ou une SEL (35). Enfin, hors les hypothèses précédentes, il a été remarqué que la tendance jurisprudentielle était à la validation des obligations de non-concurrence fort imprécises et même à l'admission d'une obligation de non-concurrence de plein droit en matière de transfert de clientèle libérale (36). Dès lors, en pratique, le principe pourtant bien établi d'une obligation de non-concurrence d'origine volontaire peut apparaître comme dépourvu de conséquences pratiques. Il semble alors que l'on puisse faire l'économie d'un principe réduit à peu de chose. Est-ce pour autant opportun ? La question mérite d'être posée.

10 - La réponse n'est pas simple. Avant de tenter de proposer une solution, une remarque préalable s'impose.

Il serait profondément souhaitable que la nature et le régime juridiques de la non-concurrence obligeant l'ancien titulaire d'une clientèle, commerciale ou civile, soient uniques. L'analyse duale du droit positif n'est guère satisfaisante (37). Cette dualité est incompréhensible sur le plan pratique. A une opération économique donnée, le droit apporte une réponse différente, protectrice des intérêts du nouveau titulaire de la clientèle dans un cas et distante de ces mêmes intérêts dans d'autres. Même si de nombreuses atteintes au principe dégagées à propos des clientèles civiles (38) ont permis de circonscrire le danger de la concurrence de l'ancien titulaire de la clientèle à l'encontre de son successeur à des hypothèses de plus en plus rares en pratique, il n'en demeure pas moins que ces règles, opposées dans leur principe, demeurent difficilement justifiables. La justification apportée par le droit à cette incompréhension n'est pas satisfaisante. Fondées sur une prétendue différence de nature de la clientèle, les solutions dégagées depuis plus d'un siècle seraient juridiquement inattaquables. Or la nature de la clientèle n'est pas ambivalente (39) et les opérations visant à favoriser son transfert doivent donner lieu à une analyse juridique unique de la non-concurrence imposée à l'ancien titulaire de la clientèle. Incompréhensible sur le plan pratique, injustifiable sur le plan théorique, la solution est inacceptable en l'état.

11 - La nécessité d'un régime unique pour les transferts de clientèle proposée, doit-on, dès lors, faire prévaloir la solution retenue en droit commercial de l'existence d'une obligation de non-concurrence implicitement contenue dans la convention ou alors le principe dégagé en

matière civile de la nécessité d'une obligation de non-concurrence d'origine volontaire ? Fondamentalement, la première option favoriserait la construction patrimoniale du fonds, construction plutôt artificielle, le contenant précédant le contenu. Au contraire, la seconde option obligerait les parties à déterminer la réalité du fonds, à préciser le contenu de leur accord.

Un certain réalisme conduit à la première solution. L'affirmation de la cessibilité des clientèles civiles, ainsi que la reconnaissance du fonds libéral par le présent arrêt plaident plutôt en faveur de la reconnaissance d'une obligation implicite en matière de transfert de fonds professionnels, qu'ils soient commerciaux ou civils (40). Des auteurs se sont déjà prononcés en ce sens (41). Dans une telle optique, l'exigence de bonne foi pourrait devenir le fondement unique de la non-concurrence d'origine légale (42), la technique de la garantie étant inadaptée (43).

Notre préférence va cependant à la seconde solution, à l'exigence d'une obligation d'origine volontaire, proposition défendue par quelques auteurs (44). La consécration de biens nouveaux ne doit pas se faire au détriment de la liberté des personnes, l'avoir ne doit pas toujours prévaloir sur l'être. La volonté de protection de la clientèle constitue une justification insuffisante, en elle-même, aux limitations de concurrence (45). En matière contractuelle, l'atteinte portée à la liberté de la concurrence n'est licite que si elle est légitime. La limitation contractuelle de concurrence doit prévenir une inégalité illégitime dans l'exercice de la concurrence. Or l'atteinte portée à la liberté de concurrence de l'ancien titulaire de la clientèle n'apparaît pas toujours légitime. Elle est sans objet pour les conventions qui visent à favoriser un « transfert partiel » de clientèle. Elle apparaît injustifiée au regard du principe d'ordre public de la liberté de la concurrence quand le débiteur de non-concurrence ne présente pas un danger concurrentiel particulier pour le créancier, ce qui est souvent le cas des ayants droit. Techniquement, la nécessité d'une obligation de non-concurrence d'origine volontaire présenterait un intérêt majeur. Une telle conception permettrait la détermination précise du contenu de l'obligation, quant à son objet, sa durée ou son étendue géographique, notamment. Elle ne ferait que renouer avec la solution originelle des transferts de clientèles commerciales (46). Le risque de contentieux provoqué par un principe nouveau ne pourrait être durable, les activités des professionnels étant aujourd'hui largement encadrées. Les acteurs économiques seraient incités à plus de responsabilité face à des opérations économiquement risquées (47).



12 - Au final, les réactions hostiles ou favorables suscitées par cet arrêt apparaissent très positives. Elles vont nourrir un débat dont l'enjeu est immense, l'assimilation par le droit des opérations de capitalisation d'un poste professionnel. Dans ce débat, le juridique doit demeurer la conscience de l'économique.

**Mots clés :**

CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Cession de clientèle \* Licéité \* Médecin \* Patient \* Liberté de choix

MEDECINE \* Exercice de la profession \* Clientèle \* Cession de clientèle \* Licéité \* Liberté de choix

(1) V., notamment, Y. Serra, L'opération de cession de clientèle..., D. 2001, p. 2295. M.-A. Chemtob, Cession de clientèle médicale : licéité sous réserve du respect de la liberté de choix du patient, Contrats, conc.,consom.

2001, Chron. n° 7 ; N. Dorandeu, Cession de clientèle et fonds libéral, Dr. et procédures 2001, n° 2, p. 100 ; M.-A. Frison-Roche, Les professions libérales : des entreprises presque comme les autres, *Le Monde*, 23 janv. 2001, p. 22 ; L. Leveneur, Cession de clientèle médicale : de l'illicéité à la licéité conditionnelle, *Contrats, conc., consom.* 2001, Comm. n° 12 ; R. Libchaber, Les habits neufs de la transmission des clientèles civiles, *Defrénois* 2001, art. 37338 ; G. Loiseau, Validité de la cession de clientèle civile, *JCP éd. E* 2001, Jur. n° 419 ; J. Mestre et B. Fages, La clientèle civile [...] peut valablement constituer l'objet d'un contrat de cession !, *RTD civ.* 2001, p. 130  ; T. Revet, Clientèle civile, *RTD civ.* 2001, p. 167  ; F. Vialla, Revirement de jurisprudence en matière de cession de clientèle civile, *JCP* 2001, II, n° 10452.

(2) V., notamment, obs. J. Mestre et B. Fages, L. Leveneur, R. Libchaber, préc.

(3) V., notamment, obs. T. Revet, préc.

(4) Critiques positives mais également négatives, à des degrés différents. L. Leveneur considère que le revirement jurisprudentiel accroît le risque d'incertitudes quant aux engagements du « cédant », obs. préc., *in fine* ; R. Libchaber fait part de ses doutes quant à l'utilité de la consécration du fonds libéral, obs. préc., spéc. n° 3 ; G. Loiseau exprime des réserves importantes à propos de l'arrêt ; J. Mestre et B. Fages, tout en incitant les professionnels à faire preuve de prudence dans leurs prévisions contractuelles et leurs comportements postérieurs, semblent relativement favorables à la nouvelle jurisprudence ; T. Revet soutient la reconnaissance de la cessibilité de la « force de travail », aspect subjectif des éléments attractifs de clientèle, ainsi que son intégration au fonds libéral ; F. Vialla se félicite de la reconnaissance du fonds libéral, mais regrette que la rédaction de l'attendu de principe fasse apparaître la clientèle comme un élément du fonds.

(5) Si la question est ancienne, l'examen des thèses récentes montre que l'intérêt doctrinal perdure : Y. Auguet, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, thèse, Perpignan, janv. 1998, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, t. 315 ; M. Chaniot-Waline, *La transmission des clientèles civiles*, thèse, Paris-I, juin 1993, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1994, t. 244 ; F. Vialla, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, thèse, Montpellier-I, nov. 1997, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, t. 39 ; H. Zuelgaray, *La cession des clientèles libérales*, thèse, Nice, sept. 1998, PU Septentrion, 1999.

(6) V., notamment, notre thèse, préc., n° 197.


(7) En dernier lieu, Cass. 1re civ., 19 oct. 1999, *Contrats, conc., consom.* 2000, Comm. n° 39, obs. L. Leveneur.

(8) Rapp. Cour de cassation pour 1990, *Doc. fr.*, Paris, 1991, p. 367.

(9) Y. Chartier, *La clientèle civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Rapp. Cour de cassation pour 1996*, *Doc. fr.*, Paris, 1997, p. 71 s., spéc. p. 82.

(10) Les autres critères, notamment le rôle excessif prêté à *l'intuitus personae*, n'apparaissent pas pertinents. V. notre thèse, préc., n° 202 s. et n° 241 s.

(11) Cass. 1re civ., 23 janv. 1968, *D.* 1969, Jur. p. 177, note R. Savatier ; 8 janv. 1985, *Bull. civ. I*, n° 9 ; *D.* 1986, Jur. p. 448, note J. Penneau ; *JCP* 1986, II, n° 20545, obs. G. Mémeteau.






(12) Cass. 1re civ., 29 avr. 1954, *JCP* 1954, II, n° 8249, obs. P. Bellet ; 27 nov. 1984, *Bull. civ. I*, n° 319 ; *D.* 1986, Jur. p. 448, note J. Penneau ; *JCP éd. N* 1986, I, n° 155, obs. J.-G. Raffray et J.-P. Sénéchal ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, p. 638, note F. Chabas ; 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 287 ; *D.* 1997, *Somm.* p. 170, obs. R. Libchaber  ; *Dr. et patrimoine* 1996, Jur. n° 1532, obs. P. Chauvel ; *D.* 1997, Jur. p. 531, note N. Descamps-Dubaele.

(13) *Assoc. H. Capitant sous dir. G. Cornu, Vocabulaire juridique*, 5e éd., PUF, 2000, v° Cession.

(14) V., notamment, Y. Serra, *La clientèle*, *Dr. et patrimoine* 1996, *Doctr.* p. 64 ; Notre thèse, préc., n° 250 s. *Rappr.* obs. R. Libchaber, préc., n° 2, *in fine*.

(15) R. Savatier, *L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français*, t. 2, *Mélanges J. Maury, Dalloz-Sirey*, 1960, p. 559 s., spéc. p. 574.



- (16) Les contradicteurs de cette définition préfèrent parler de conception subjective ; chacun jugera.
- (17) Notre thèse, préc., n° 3.
- (18) P. Le Floch, Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1986, t. 192, n° 144.
- (19) F. Zenati, Clientèles, RTD civ. 1994, p. 639 . Rappr. F. Zenati et T. Revet, Les biens, 2e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 1997, n° 28. V., en dernier lieu, obs. T. Revet, préc., spéc. p. 168.
- (20) V., cependant, TGI Meaux, 24 juin 1999, JCP éd. E 1999, Jur. n° 1589, note F. Vialla.
- (21) V., notamment, J.-J. Daigre, Du fonds libéral en général, Mélanges A. Sayag, Litec, 1997, p. 191 s. ; *id.*, Patrimonialité des clientèles civiles : du cabinet au fonds libéral, Dr. et patrimoine 1995, Doctr. p. 36 ; F. Vialla, thèse préc., spéc. n° 242 s. ; H. Zuelgaray, thèse préc., spéc. n° 456 s.
- (22) Art. 22 de la loi n° 96-603 du 5 juill. 1996, relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.
- (23) V., notamment, notre thèse, préc., n° 212 s.
- (24) V., notamment, Y. Serra, art. préc. ; notre thèse, préc., n° 15 s. et n° 240 s.
- (25) V., notamment, notre thèse, préc., n° 249 s. Rappr., à propos du fonds libéral, F. Vialla, thèse préc., n° 304 s.
- (26) A propos du caractère aléatoire, V. B. Beignier, notes sous Cass. 1re civ., 7 oct. 1997, D. 1998, Jur. p. 78  et sous CA Paris, 25 sept. 1998, D. 1999, Jur. p. 32 .
- (27) Cf. *supra*, n° 5.
- (28) V., notamment, art. 6 c. déont. méd., Décr. n° 95-1000 du 6 sept. 1995.
- (29) Notre thèse, préc., n° 8 s.
- (30) Cf. *infra*, n° 9.
- (31) Notre thèse, préc., n° 268 s.
- (32) V., notamment, notre thèse, préc., n° 269 s.
- (33) V., notamment, notre thèse, préc., n° 303.
- (34) V., notamment, notre thèse, préc., n° 306 s.
- (35) V., notamment, notre thèse, préc., n° 304 s.
- (36) V., notamment, Y. Serra, La non-concurrence, Dalloz, coll. Droit usuel, 1991, n° 62 ; M. Chaniot-Waline, thèse préc., n° 73 et 141 ; Notre thèse, préc., n° 324 s.
- (37) Cf. *supra*, n° 8.
- (38) Cf. *supra*, n° 9.
- (39) En ce sens, Y. Serra, art. préc. ; B. Beignier, note sous CA Limoges, 10 mai 1993, D. 1994, Jur. p. 161  ; J.-J. Daigre, Patrimonialité des clientèles civiles : du cabinet au fonds libéral, Dr. et patrimoine 1995, Doctr. p. 36 ; E. Putman, RTD civ. 1995, p. 995 ; S. Ferré-André, De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales, RTD com. 1995, p. 565 .

(40) Cf. *supra*, n° 9.

(41) V., notamment, F. Vialla, thèse préc., n° 373 s. Rappr. H. Zuelgaray, thèse préc., n° 507.

(42) Notre thèse, préc., n° 311 s.

(43) V., notamment, notre thèse, préc., n° 439 s. ; et les auteurs cités.

(44) En ce sens, Y. Serra, art. préc., p. 72. Rappr. J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 1990, D. 1991, Somm. p. 319.

(45) Notre thèse, préc., n° 344 s.

(46) Notre thèse, préc., n° 270 s.

(47) L'inconvénient majeur de l'affirmation de l'exigence d'une obligation de non-concurrence d'origine volontaire dans les opérations de capitalisation des fonds professionnels tient à sa contradiction avec la majorité des solutions dégagées par le droit positif.

## SEANCE 5 : LE PRIX DANS LE CONTRAT DE VENTE

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.
- Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

### II. JURISPRUDENCE

- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1993, n°91-15613.
- Cass. Ass. Plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688.
- Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 2008, n° 06-19977.
- Cass. Com., 7 avril 2009, n° 07-18907.

### III. DOCTRINE

- M.- A. FRISON ROCHE, *L'indétermination du prix*, RTD civ 1992 p. 269.
- D. BUREAU et N. MOLFESSIS, *Les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats*, Petites affiches, 27 déc. 1995, n° 155.
- E. BERGOIN, *La détermination du prix par référence au marché*, Gaz Pal 6 avr. 1997, p. 3.
- N. MOLFESSIS, *Les exigences relatives au prix en droit des contrats*, LPA 5 mai 2000, p. 41.
- J.-C. HALLOUIN, *Nécessité d'une détermination du prix dans les cessions de droits sociaux*, D. 2000, p. 474.
- L. RUET, *Les quatre fonctions du prix*, LPA 21 juil. 2005, p. 4.
- M. BUCHBERGER, *Cessions de droits sociaux et exigence d'un prix déterminable*, D. 2012, p. 1632.
- J. MOURY, *La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats*, D. 2016, p. 1013.
- J. MOURY, *La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre*, AJ Contrats, d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, p. 123.
- J. MOURY et B. FRANCOIS, *De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux*, D. 2016, p. 2225.
- M. POUMAREDE, *Le contenu du contrat*, RDI 2016, p. 331.
- J. MOURY, *La délimitation du champ de l'article 1195 du code civil, notamment en matière de cessions de droits sociaux*, Rev. sociétés 2017, p. 472.

### IV. EXERCICES

Faire la fiche des arrêts et le commentaire de l'arrêt : Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-13979.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1103 C. civ. (ex-art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) :** Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Art. 1104 C. civ. (ex-art. 1134 al. 3, C. civ.) :** Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public.

**Art. 1163 C. civ. (ex-art. 1129 C. civ.) :** L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.  
Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.  
La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

**Art. 1164 C. civ. :** Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.  
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

**Art. 1165 C. civ. :** Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.

**Art. 1166 C. civ. (v. ex-art. 1246 C. civ.) :** Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.

**Art. 1167 C. civ. :** Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.

**Art. 1168 C. civ. (v. ex-art. 1118 C. civ.):** Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

**Art. 1169 C. civ. :** Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

**Art. 1170 C. civ. :** Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.

**Art. 1171 C. civ. :** Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

**Art. 1193 C. civ. (ex-art. 1134, al. 2, C. civ.) :** Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

**Art. 1194 C. civ. (ex-art. 1135 C. civ.) :** Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

**Art. 1195 C. civ. :** Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

➤ **Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux :**

**Art. 12 :** Le contrat de vente est celui par lequel le vendeur transfère la propriété ou tout autre droit réel à l'acheteur qui s'oblige à en payer un prix. Les règles du présent Chapitre s'appliquent en tant que de raison aux contrats par lesquels l'acquéreur s'oblige à payer une contrepartie autre qu'un prix, ainsi qu'aux contrats par lesquels le propriétaire constitue à titre onéreux un droit réel sur un bien au profit d'un tiers.

**Art.14 :** La vente est un contrat consensuel. Elle est valablement formée dès que les parties sont convenues du bien et du prix. Les parties sont convenues du bien et du prix lorsque ceux-ci sont déterminés ou déterminables, sans qu'il soit besoin d'un accord ultérieur de leur part. Les parties peuvent confier la fixation du prix à un tiers indépendant. Le prix fixé par ce tiers s'impose à tous et ne peut être contesté qu'en cas d'erreur grossière.

## II. JURISPRUDENCE

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ème</sup>, 3 mars 1993, n° de pourvoi 91-15613.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bastia, 11 mars 1991), que par acte du 28 février 1980, la société Céramiques industrielles de Corse (CERINCO) a acheté les locaux et le matériel de la briqueterie appartenant à la société X... Briqueterie et Tuilerie de

la Corse (X... BTC) moyennant le prix de 1 750 000 francs, et le terrain appartenant à M. X... pour le prix de un franc ; qu'il était stipulé dans l'acte que la société Cerinco reprenait à son compte 1 880 500 francs de dettes de la société Chiaffi BTC ; que le terrain était grevé d'hypothèques au profit de la Société lyonnaise de crédit bailSlibail

(Slibail), bailleur de matériel destiné à l'entreprise ; que la société Cerinco ayant été mise en règlement judiciaire, la société Slibail a engagé la procédure de réalisation des biens hypothéqués ; que M. X... a alors soutenu que la vente du terrain à la société Cerinco était nulle, faute de prix sérieux ;

Attendu que Mme X..., venant aux droits de son mari décédé, fait grief à l'arrêt de déclarer valable la vente du terrain, alors, selon le moyen, que la cour d'appel qui constate que le prix de vente, par la société X... à la société Cerinco, des constructions, matériels et outillages, permettait d'apurer les dettes de la société X... a refusé de tirer les conséquences légales de ses propres constatations en jugeant que M. X..., actionnaire minoritaire de la société X..., avait un intérêt à céder, pour le prix symbolique de un franc, le terrain qui lui appartenait ; qu'ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1582 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant souverainement retenu, par motifs propres et adoptés, que

- **Cass. Ass. Plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, n° de pourvoi 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688.**

## **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 ;

la vente du terrain sur lequel était bâtie l'usine, pour le prix d'un franc, était une condition de réalisation de l'opération, cette vente ne pouvant être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société X... par la société Cerinco, l'ensemble concernant la vente de l'entreprise de briqueterie formant un tout indivisible, et que cette vente permettant l'apurement des dettes et la poursuite de l'activité, M. X... avait grand intérêt à sa réalisation, tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société X... dont il détenait avec son épouse près de la moitié des parts sociales, la cour d'appel a pu en déduire que dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle ;

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

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE** le pourvoi.

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

### **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 déferé, 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

### **ARRÊT N°3**

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

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,**

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,**

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. X... a conclu un contrat par lequel il devenait, pendant une durée de 5 années, le franchisé de M. Y... 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

#### **ARRÊT N°4**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif déferé (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

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**

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.

➤ **Cass. Com., 23 oct. 2007, n° de pourvoi 06-13979.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 19 mai 1988, Mme X..., épouse Y..., a cédé à M. Y..., pour le prix de 1 franc, quarante-neuf des cinquante parts dont elle était titulaire dans le capital de la société civile immobilière WJV immobilier ; que par acte du 28 mars 2001, Mme X..., invoquant la vileté du prix, a fait assigner M. Y... en annulation de la cession ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à ce que soient écartées des débats les pièces citées par M. Y... dans son bordereau de communication notifié le 6 décembre 2004, alors, selon le moyen, qu'est nul le jugement rendu sur le fondement de pièces non communiquées ; que lorsqu'une partie a soulevé plusieurs incidents de communication de pièces en faisant valoir que les pièces énoncées sur le bordereau de communication adverse ne lui avaient pas été communiquées, le visa de ces pièces par le bordereau ne permet pas à lui seul de présumer qu'elles ont été effectivement communiquées ; qu'en refusant néanmoins

d'écarter des débats les 886 pièces visées par le bordereau de communication de M. Y..., au seul motif que la liste de ces pièces figurait sur ledit bordereau, tandis que Mme X... avait, par deux sommations des 2 septembre et 14 septembre 2005, sollicité la communication des pièces litigieuses, la cour d'appel a violé les articles 15, 16 et 132 du nouveau code de procédure civile ; Mais attendu que ce moyen, qui ne critique aucun chef du dispositif de l'arrêt, n'est pas recevable ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1591 du code civil, ensemble l'article 2262 du même code ;

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation de la cession des parts sociales, l'arrêt retient que la nullité pour vileté du prix est soumise comme toute nullité à la prescription de cinq ans ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la

prescription trentenaire de droit commun,  
la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :  
CASSE ET ANNULE,

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 2008, n° de pourvoi 06-19977.**

Attendu que, par acte du 13 décembre 1999, Fernand X... a vendu à M. Francis Y..., son neveu, une propriété sise à Meyras (Ardèche) ; que la clause "Prix" était ainsi libellée : "La présente vente est consentie et acceptée moyennant un prix de soixante mille francs, 60 000 francs, lequel prix converti d'un commun accord entre les parties en l'obligation que prend l'acquéreur envers le vendeur, de lui assurer deux promenades hebdomadaires sur le département de l'Ardèche, de lui fournir l'habillement nécessaire, et généralement lui assurer le suivi de sa correspondance. En outre, il est bien convenu que pour le cas où l'état de santé du vendeur nécessiterait une admission en hospice ou hôpital suite à la dégradation de son état de santé, cette obligation cesserait pendant la période de séjour dans lesdits établissements, et uniquement en ce qui concerne les deux promenades hebdomadaires". Ladite prestation représentant une valeur annuelle de sept mille deux cents francs (7 200 francs)" ; que, par ailleurs, M. Francis Y... disposait d'une procuration sur les comptes ouverts à la Caisse nationale d'épargne au nom de M. Fernand X... ; que celui-ci est décédé le 7 mars 2000 en laissant pour lui succéder MM. Francis et Roland Y... et Mme Chantal Z..., ses neveux et nièce ; que cette dernière a assigné M. Francis Y... en annulation de la vente pour défaut de prix ;

Sur le premier moyen pris en ses trois branches, ci-après annexé :

Attendu que M. Francis Y... fait grief à l'arrêt attaqué (Nîmes, 20 juin 2006), de le condamner à rapporter à la succession de Fernand X... la somme de 1 829,38 euros

correspondant à des retraits de sommes d'un compte postal au nom de ce dernier ;  
Attendu qu'après avoir rappelé que l'article 1993 du code civil, dispose que tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et faire raison au mandant, en l'espèce à ses cohéritiers, de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration et après avoir constaté, d'abord, que le compte courant postal ouvert au centre de chèques postaux de Lyon était au nom de Fernand X... et non de M. Francis Y..., puis, que les virements ont été opérés sur un compte appartenant au défunt, enfin, que, parmi toutes les opérations enregistrées, des retraits opérés par M. Francis Y... n'étaient pas justifiés, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que celui-ci devait rapporter à l'actif successoral la somme souverainement fixée par elle à 1 829,38 euros ; d'où il suit que le moyen, surabondant en ses deux premières branches, n'est fondé en sa troisième branche ;

Sur le second moyen pris en ses quatre branches, ci-après annexé :

Attendu que M. Francis Y... fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que l'acte du 13 décembre 1999 par lequel Fernand X... lui a vendu un immeuble ne pouvait être qualifié de bail à nourriture et qu'il devait être résolu pour vil prix, et, enfin, d'avoir ordonné le rapport de cet immeuble à la succession de ce dernier ;

Attendu que le bail à nourriture est caractérisé par l'obligation contractée par l'acquéreur de subvenir à la vie et aux besoins de l'auteur de l'aliénation, spécialement, en lui assurant la fourniture et la prise en charge de ses aliments ;

qu'ayant relevé que l'acte de vente ne mettant pas à la charge de l'acquéreur l'obligation d'assumer la subsistance du vendeur, la cour d'appel a pu estimer que le contrat litigieux ne constituait pas un bail à nourriture mais un contrat de vente qui

pouvait être résolu pour vileté du prix ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

➤ **Cass. Com., 7 avril 2009, n° de pourvoi 07-18907.**

Sur le premier moyen, après avertissement délivré aux parties :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 29 juin 2007), que la banque Worms devenue société Licorne gestion (la banque) a consenti à la société Coenson international devenue Summersun un prêt destiné à l'acquisition de deux immeubles ; qu'un groupement de banques ayant été ultérieurement constitué, la banque Stern a pris une participation à concurrence d'un certain pourcentage du prêt ; que le 18 mars 1999, la société MAAF assurances (la société MAAF) a acquis les créances détenues par la banque Stern sur soixante-dix débiteurs dont la société Summersun ; que cette dernière ayant été mise en redressement puis liquidation judiciaires, la banque a déclaré sa créance puis l'a cédée à la société Immo Vauban qui l'a, elle-même, cédée à la société Pierre et vacances ; que les immeubles acquis avec le prêt ont été vendus sur adjudication à cette société ; qu'ultérieurement, la société MAAF a assigné la banque en résolution de la convention de sous-participation ainsi qu'en restitution de ses avances et, subsidiairement, en paiement de sa quote-part du prix de vente de l'immeuble ; que la banque lui a opposé l'irrecevabilité de son action en invoquant la nullité de la cession consentie à son profit ;

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt d'avoir reconnu que la société MAAF avait qualité à agir et de l'avoir condamnée à lui payer une certaine somme, alors, selon le moyen :

1°/ que l'article L. 322-2-2 du code des assurances prohibant pour les entreprises d'assurance les opérations autres que d'assurance, telles que les opérations bancaires sauf si elles demeurent limitées par rapport à l'ensemble des activités de l'entreprise, il incombe à la compagnie d'assurance d'établir qu'une opération contestée relève de cette exception ; qu'ainsi la cour d'appel en considérant qu'il appartenait à la banque d'apporter les éléments permettant d'apprécier l'importance des cessions de créance litigieuses par rapport à l'ensemble des activités de la société MAAF, a violé le texte précité et les articles 1315 du code civil et 9 du code de procédure civile ;

2°/ qu'il résulte de l'article 1591 du code civil que le prix de la cession de créances doit être déterminable au jour de la cession sur la base d'éléments ne dépendant pas de la volonté du cessionnaire ; qu'en jugeant que n'était pas entachée de nullité la cession des créances de la banque Stern à la société MAAF à un prix égal à 80 % du montant des créances recouvrées, la cour d'appel a violé le texte précité ;

Mais attendu, en premier lieu, que s'il résulte de l'article 1591 du code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs entre elles ; que l'arrêt

qui relève que le prix de cession des créances cédées est subordonné au montant des créances recouvrées, et qu'un acompte de 210 millions de francs était payable à la signature de l'acte, retient exactement que le prix est déterminable, pour partie au moment de la cession, et pour partie au fur et à mesure du recouvrement des créances ; Attendu, en second lieu, qu'à la supposer établie, la seule méconnaissance par une société d'assurances de la règle de spécialité, au respect de laquelle l'article L. 322-2-2 du code des assurances dans sa rédaction alors en vigueur subordonne son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'elle a conclus ; que

par ce motif de pur droit substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve justifié en ce qu'il a dit recevable l'action de la société MAAF en sa qualité de cessionnaire de la créance ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Et attendu que les autres moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

### III. DOCTRINE



**Recueil Dalloz 2016 p.1013**

#### **La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats**

Jacques Moury, Professeur à l'Université de Reims Champagne Ardenne (Laboratoire CEJESCO), Avocat au barreau de Paris

#### **L'essentiel**

La question du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats doit être pensée selon un paradigme d'apparition récente à l'échelle du code civil : le prix n'a pas à être déterminé, non plus que déterminable, au moment de la conclusion de la convention. La nouveauté tient à ce que la règle, d'une part, prend désormais sa source dans le texte, d'autre part et surtout, concerne dans son principe tous les contrats. Le prix n'en doit pas moins être fixé... La possibilité largement ouverte d'une fixation unilatérale, de même que le traitement de l'imprévision, invitent à s'interroger sur le pouvoir de contrôle dont dispose le juge dans ce droit commun tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

**1** - Objectifs premiers assignés au gouvernement par la loi d'habilitation du 16 février 2015 , la garantie de « la sécurité juridique » et de « l'efficacité de la norme » passent par l'équilibre du contrat. Dans la rédaction que lui donne l'ordonnance du 10 février 2016 , l'article 1101 nouveau du code civil définit celui-ci comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». L'article 1163 dit que l'obligation « a pour objet une prestation présente ou future ». Dans le contrat synallagmatique, ces « obligations » sont le paiement, d'un côté, de la prestation, de l'autre et au regard de ce qui nous intéresse ici, de sa contrepartie en instruments monétaires.

Quelque large que doive être entendue la « prestation », le vocable peut difficilement embrasser cette contrepartie <sup>(3)</sup> : sauf à mettre à néant la jurisprudence issue des arrêts de 1995, et le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance <sup>(4)</sup> dit bien qu'il s'est agi de « tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (...) sur la fixation du prix », nul ne discutera que l'exigence du caractère déterminé ou déterminable de la prestation ne vaut pas pour celui-ci. Il n'en doit pas moins être fixé (I), sa détermination appartenant en principe aux parties. La possibilité désormais largement ouverte d'une fixation unilatérale, d'une part, le nouveau traitement de l'imprévision, d'autre part, invitent à s'interroger sur le pouvoir de contrôle dont dispose aujourd'hui le juge dans le droit commun du contrat (II).

## **I - La fixation du prix**

### **A - La règle générale**

À la règle générale peuvent correspondre deux situations : celle, traditionnelle, avec laquelle les parties sont convenues lors de la formation du contrat d'un prix déterminé ou déterminable, et celle suivant laquelle elles ne l'ont pas fixé.

#### **1 - Le juridiquement souhaitable : les parties sont convenues du prix**

**2** - La logique voudrait que les obligations créées par le contrat, en l'occurrence le paiement d'une prestation et réciproquement celui d'un prix, soient l'une comme l'autre déterminées ou déterminables lors de sa conclusion en sorte qu'elles puissent refléter exactement l'équilibre à ce moment voulu par les contractants. Tel est bien le cas pour la prestation, l'article 1163 disposant qu'elle « doit être (...) déterminée ou déterminable ». Tel devrait également l'être pour sa contrepartie financière : ce sont les parties, et non point le juge, qui sont le mieux à même de déterminer le prix de la prestation, lequel est par opposition à sa valeur une notion subjective marquant le point de jonction de leurs volontés. Manifestation naturelle de la rencontre de ces volontés, une fixation bilatérale du prix est l'expression première de la règle générale et la solution la plus satisfaisante, notamment dans le souci d'éviter un possible contentieux non point désormais sur la validité du contrat, mais sur le montant du prix.

#### **2 - Le juridiquement correct : les parties ne sont pas convenues du prix**

Il est des hypothèses avec lesquelles, sa détermination *ab initio* étant malaisée, voire impossible, l'exigence d'une fixation du prix contemporaine de la conclusion du contrat est de nature à constituer un frein à celle-ci. Avec l'absence de subordination de la validité du contrat à cette fixation se présente, dans les nouveaux textes, la seconde expression de la règle générale.


##### **a - L'absence de subordination de la validité du contrat à la fixation du prix**








**3** - Exigeant une « prestation » « déterminée ou déterminable », l'article 1163 n'édicte - pas davantage qu'un autre texte à caractère général - aucune prescription analogue relativement à

sa contrepartie financière. Quoique ces textes ne le disent pas de manière positive, il ressort des articles 1163, 1164 et 1165 que l'absence de fixation du prix au moment de la conclusion du contrat n'affecte pas la validité de celui-ci et ne constitue donc plus une cause de nullité. Le prix n'a pas à être déterminé, non plus que déterminable, dans le nouveau droit commun du contrat.

L'orientation adoptée par la Cour de cassation à partir de ses décisions de 1995 répondait à une préoccupation d'efficacité économique : telle est bien l'ambition de la réforme, sur ce terrain de la détermination du prix notamment, qui est dans le droit fil de cette jurisprudence. Il est vrai que l'abandon d'un prix déterminé comme condition de validité du contrat n'était pas une véritable nouveauté dans notre droit positif, apparu de longue date pour le louage d'ouvrage. En revanche, c'en est une en ce que désormais la règle, d'une part, prend sa source dans le texte, d'autre part, concerne dans son principe tous les contrats.

**4 -** Sans doute est-il insolite de songer à délimiter le domaine d'application d'une règle lorsque lui correspond le droit commun. C'est qu'une lecture hâtive des articles 1164 et 1165 conduirait à se demander si le champ de cette seconde expression du droit commun, soit une possible absence de prix déterminé ou déterminable lors de la conclusion du contrat, ne serait pas réduit aux contrats cadre et aux contrats de prestation de service. La réponse est négative : si les articles 1164 et 1165 visent ces deux catégories de contrats, c'est seulement pour apporter de *possibles* aménagements au régime qui, dans l'indétermination de l'article 1163, ressort en négatif de ces trois textes.

**5 -** L'absence de détermination du prix ne constituant plus un obstacle à la formation du contrat, il doit en résulter pour les contrats translatifs que, lorsque la contrepartie de l'obligation de l'aliénateur est un engagement de nature pécuniaire sans pour autant que la qualification de vente puisse être retenue, *a fortiori* s'il consiste exclusivement dans une obligation de faire, autrement dit lorsque le contrat ressortit au droit commun - et la première chambre affirmait en 2004 que l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix « en toute matière »  (5) -, la convention est valablement formée quand même cette contrepartie ne serait pas déterminée. Les répercussions devraient être importantes, dans les domaines immobilier et des cessions de droits sociaux essentiellement, avec les « ventes » dites « à prix symbolique ».

**6 -** Formulée relativement au caractère de droit commun de la règle examinée, la réserve que paraîtraient appeler les contrats pour la validité desquels un droit spécial requiert la détermination du prix est à écarter : ils se trouvent hors du champ de ce droit. Un certain nombre de dispositions sont regardées comme exigeant en effet que la contrepartie financière de ce que les nouveaux textes désignent par le terme générique de *prestation* soit déterminée ou déterminable. Ainsi en est-il pour la vente  (6), le contrat de promotion immobilière  (7), le bail d'immeuble à usage mixte ou d'habitation  (8), le prêt d'argent à intérêt  (9), le contrat d'assurance  (10), les contrats visés par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 relative à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce  (11), ou encore le contrat d'achat d'espace publicitaire  (12).

Une interrogation instille toutefois un doute sur la portée, désormais, de certains de ces textes. Si les hypothèses relevant d'une disposition qui assujettit sans équivoque la formation du contrat à la fixation du prix ne suscitent pas de difficulté, qu'en sera-t-il des contrats pour lesquels c'est la jurisprudence, alors *secundum legem*, interprétant le texte avec en toile de fond les anciens articles 1108 et surtout 1129, qui imposait un prix devant être fixé lors de la

conclusion du contrat (13) ? Le maintien de ces solutions se ferait par application d'une jurisprudence devenant *contra legem* dès lors que resteraient hors du champ du droit commun des contrats pour lesquels aucun texte ne dit que leur validité est conditionnée par une détermination du prix contemporaine de leur formation. Une chose en effet est un statut spécial prévoyant une rémunération en contrepartie de l'obligation qu'il définit, ce qui en fait un contrat à titre onéreux, tout autre chose la nécessité de la détermination du prix au moment de sa conclusion.

7 - Pourraient par ailleurs être évoqués certains textes relevant du droit de la consommation (14). Les contrats concernés appelleraient la même observation que précédemment, s'agissant là encore d'un droit spécial : l'on est hors du champ du droit commun.

## **b - La fixation judiciaire du prix**

8 - La fixation judiciaire du prix existe de longue date, cantonnée au contrat d'entreprise. Les textes nouveaux sont muets sur cette question, mais l'absence de subordination de la validité du contrat à la fixation du prix emporte inéluctablement une possibilité de fixation judiciaire si les parties, ayant négligé de fixer le prix ou n'étant pas parvenues à un accord, n'en souhaitent pas moins poursuivre l'exécution du contrat, régulièrement formé. En outre, l'occurrence dans laquelle la solution a été adoptée, soit des contrats dont la formation n'était pas affectée par l'absence de détermination du prix, appartient aujourd'hui au droit commun, dans lequel cette possible intervention du juge sur la matière et le processus contractuels fait par conséquent, discrètement mais implicitement, son entrée. Et devraient être inclus dans le champ de cette attribution nouvelle du juge les contrats translatifs, à l'exception naturellement de ceux, telle la vente, dont un texte soumet la validité à la détermination du prix.

Cela étant dit, un rapprochement s'impose aussitôt avec l'article 1165, dont les dispositions visent également, pour les contrats de prestation de service, une situation dans laquelle le prix n'a pas été arrêté *ab initio* par les parties. La faculté, exécuté la prestation, que donne le législateur au prestataire d'en décider est de nature à réduire sensiblement le champ de cette fixation judiciaire.

9 - Utilement saisi par une seule des parties, le juge pourra puiser dans la jurisprudence rendue à propos de la fixation du prix - mais aussi de sa révision - dans le contrat d'entreprise et se référer par exemple à la « qualification professionnelle » de l'entrepreneur (15), à la « qualité du travail fourni » (16), à « l'importance des services rendus » (17), ainsi bien entendu qu'à la difficulté de réalisation de la prestation. À cela il faut certainement ajouter, comme y invitent les Principes Unidroit (18) et les Principes du droit européen des contrats en diverses occurrences de fixation judiciaire du prix (19), le prix « raisonnable » : insuffisante si elle était unique, la référence complémentaire à ce standard n'est pas inutile. Le juge disposera d'un pouvoir souverain d'appréciation (20).


Le projet d'ordonnance précisait que le juge, dans les hypothèses où il était requis de réviser le prix (21), y procédait « en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ». De tels paramètres, au reste parfois déjà utilisés par la jurisprudence, demeurent sans nul doute à sa disposition.

## **B - La détermination du prix par décision unilatérale**


**10** - Deux catégories de contrats peuvent faire l'objet d'un aménagement au chapitre de la détermination du prix : les articles 1164 et 1165 visent respectivement le contrat cadre et le contrat « de prestation de service » en prévoyant, pour celui-ci, qu'à défaut d'accord des parties avant son exécution le prix « peut » être fixé par le créancier, pour celui-là, qu'il « peut » être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'un des contractants. D'une autre part, et le champ du texte est alors général, l'article 1223 permet au créancier acceptant une exécution imparfaite du contrat de, s'il n'a pas encore payé, notifier sa décision de réduire le prix.

### **1 - La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre**

**11** - Il importe que la fixation unilatérale du prix, désormais reconnue *expressis verbis* par l'article 1164 qui l'intègre dans le droit commun, ait été « convenue » par les parties au moment de la formation du contrat - sauf, naturellement, accord intervenant ultérieurement en ce sens.

**12** - La fixation du prix étant l'un des aspects de l'exécution de la convention, le prix une fois arrêté pénètre dans le champ contractuel et revêt à ce titre un caractère obligatoire pour son débiteur. Au cas de contestation, son auteur doit le « motiver », soit, selon le rapport au président de la République, « exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties »  (22). Si cette justification convainc le contestant, la fixation demeure. Ce n'est que dans le cas contraire qu'elle fera l'objet d'un contrôle du juge - mais c'est bien sur l'absence escomptée de contestation dans l'ordinaire des contrats cadre qui empruntent ce *modus operandi* que repose son adoption par le législateur.

**13** - La formulation adoptée par l'article 1164 embrasse deux situations. Il peut tout d'abord être convenu que le prix sera fixé « par l'une » quelconque des parties, éventualité qui ne devrait guère se présenter. Le contrat peut aussi, situation plus réaliste, désigner celui des contractants qui fixera le prix. Si ce pourrait fort bien être le débiteur, il s'agira le plus fréquemment du créancier avec, dans les contrats cadre de distribution, la stipulation d'une clause renvoyant à son tarif alors en vigueur.

**14** - Mesure prophylactique, le texte impose donc au maître du prix de « motiver » sa fixation si elle est contestée. L'obligation de motivation d'une décision contractuelle - qui n'existe ici que virtuellement, en l'absence de contestation - fait ainsi son apparition au travers d'un texte dans la théorie générale du contrat  (23). Le partenaire dominant ne devrait pouvoir s'y soustraire conventionnellement : s'il « peut » être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement, c'est « à charge » pour son auteur d'en justifier le montant en cas de contestation, l'obligation correspondante s'analysant en une condition mise par le législateur à l'adoption de la convention permettant ce mécanisme de fixation unilatérale du prix. Sa méconnaissance n'est cependant assortie d'aucune sanction, la possibilité de saisir le juge « en cas d'abus dans la fixation du prix » ne la rendant pas indispensable.

**15** - Aucune forme n'est prescrite pour cette contestation, dont il sera néanmoins prudent de se ménager la preuve de l'expression. Le législateur ne l'a pas davantage enfermée dans un délai. S'il importe qu'elle ne s'enlise pas, il est loisible à chacune des parties de mettre un terme à ce



temps propre en saisissant le juge : le débiteur du prix sollicitera l'allocation de dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat, le créancier l'exécution forcée. La contestation se mue alors en litige.

## **2 - La fixation du prix dans le contrat de prestation de service**

**16** - À la différence de celui qui vient d'être examiné, point n'est besoin que le mécanisme de l'article 1165 ait été prévu par les parties lors de la formation de leur convention : c'est le législateur qui autorise sa mise en oeuvre par le créancier du prix, dans ce qui revient également à une fixation unilatérale de celui-ci.

**17** - Étant relevé que ne sont par hypothèse concernées que des conventions avec lesquelles le prix n'a pas été fixé lors de leur conclusion, le domaine de l'article 1165 recouvre les seuls « contrats de prestation de service » : qualification nouvelle et encore mystérieuse ■ (24), qui plus est dans le code civil lui-même, où elle ne reçoit aucune définition. Encore que la notion de contrat d'entreprise soit forcément plus étroite et que les deux qualifications appartiennent à des strates différentes dans le raisonnement juridique, l'une apparaissant comme une catégorie de contrats, l'autre étant un statut spécial, leur chevauchement va soulever des difficultés, singulièrement quant au prix, une solide jurisprudence admettant la révision des prix excessifs dans le contrat d'entreprise.

*Prima facie*, l'application de l'article 1165 semblerait exclue pour les contrats translatifs - dans la mesure bien entendu où ils relèveraient du droit commun. La question se pose cependant lorsque la contrepartie du transfert de propriété est une prestation de service, la qualification de vente devant, nous semble-t-il, être bannie. Se trouve-t-on en présence d'un « contrat de prestation de service », désormais nommé par le code civil quoique n'y étant pas défini, mais avec sinon un régime, tout au moins une règle, propre ? Et cette règle peut-elle trouver application ? La réponse passera par la recherche dans chaque espèce de l'obligation caractéristique, qui déterminera la qualification selon qu'elle résidera dans le transfert de propriété ou dans la prestation de service. Elle pourrait s'induire de ce que, le transfert du droit de propriété s'opérant dans le principe lors de la formation du contrat ■ (25), l'obligation qui demeure est la prestation de service, catégorie au sein de laquelle devrait alors être classé le contrat.

**18** - Le mécanisme ne peut être mis en oeuvre qu'à défaut d'accord entre les parties avant l'« exécution » du contrat. Cet accord devant pouvoir intervenir jusqu'alors, le prestataire n'a donc licence de fixer le prix qu'une fois sa prestation accomplie. Il n'est alors tenu de motiver cette fixation qu'« au cas de contestation » : l'obligation de motivation peut ainsi, là encore, demeurer à l'état virtuel, sa violation n'étant pas davantage assortie de sanction.

Cette motivation le cas échéant fournie, la fixation, entrée dans le champ contractuel - le contrat a été régulièrement formé - par la vertu de l'article 1165 et désormais effective, oblige le débiteur du prix. Est-ce à dire que, dans les contrats de prestation de service plus ou moins standardisée, le prestataire pourrait, par la stipulation d'une clause renvoyant à son « tarif en vigueur », imposer, à défaut d'accord sur un prix autre avant l'exécution, le prix qui en ressort ? Rien ne devrait s'y opposer. Mais l'on peut alors s'interroger, et ce d'ailleurs de manière plus générale, sur l'utilité d'une tentative d'accord en présence d'un prestataire de service peu scrupuleux dans la mesure où il sait pertinemment que, quelle qu'en soit l'issue, il décidera du

prix.

### **3 - La réduction du prix par le créancier acceptant une exécution imparfaite**

**19** - Le champ de l'article 1223 est général. N'existant jusqu'alors qu'avec quelques rares textes spéciaux <sup>1223</sup>(26), cette arme directe, par comparaison avec le jeu de la responsabilité, mise entre les mains de tout créancier d'une obligation ayant fait l'objet d'une exécution « imparfaite », vient ajouter au domaine de la détermination du prix par décision unilatérale. Pour affaiblir le principe d'intangibilité du contrat dans la mesure où le prix a déjà été fixé, elle n'en va pas moins dans le sens de son efficacité car elle est de nature, notamment pour les petits contrats dont l'exécution n'a pas été à la hauteur du prix convenu, à dissuader la partie défaillante - et en conséquence rémunérée seulement partiellement - d'introduire une procédure.

**20** - L'article 1223 autorise le créancier à accepter cette inexécution défectueuse ou partielle et, hors de toute intervention du juge, réduire proportionnellement un prix d'ores et déjà fixé. Aucun accord n'est formellement requis de son cocontractant pour cette « acceptation », tout au moins dans l'hypothèse où ce créancier n'a pas encore payé, mais il doit préalablement le mettre en demeure de parfaire l'exécution de son obligation. L'exigence est heureuse, l'attention du débiteur étant de la sorte attirée sur ses manquements. Si, un délai raisonnable devant certainement être laissé à ce dernier pour obtempérer, cette mise en demeure reste sans effet, le créancier met en oeuvre la réduction du prix.

Deux cas de figure se peuvent donc présenter. Soit le créancier de l'obligation exécutée de manière non satisfaisante a déjà payé, et ce en totalité : il « sollicite » alors de son cocontractant une réduction du prix, c'est-à-dire la restitution de partie de celui-ci. Si sa demande ne reçoit pas d'écho favorable, il devra saisir le juge, le relais étant au reste pris par l'article 1217, qui permet à « la partie envers laquelle l'engagement (...) a été imparfaitement (exécuté) » de « solliciter une réduction du prix ». Soit le créancier n'a pas encore payé, ou n'a payé que partiellement. Le mécanisme est alors parfaitement efficient : son bénéficiaire notifie « dans les meilleurs délais » sa décision de réduire le prix à son cocontractant. Si ce dernier conteste cette réduction, il lui appartient d'agir en exécution forcée, s'agissant donc du paiement du prix initialement fixé.

Le mécanisme est ainsi largement ouvert à ce créancier qui dit s'être heurté à une exécution imparfaite, auquel n'est assignée de limite ni quant au délai dans lequel il doit dénoncer sa décision à son partenaire ni, surtout, quant à la réalité et à l'ampleur du caractère non satisfaisant de l'exécution qui justifie à ses yeux une réduction du prix, et ce dans une « proportion » qu'il fixe lui-même. Se profile alors le contentieux qui risque de naître d'allégations malhonnêtes, de la part de mauvais payeurs, d'exécution imparfaite.


## **II - Le contrôle du prix**

### **A - Les sanctions du comportement des parties**


#### **1 - La sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix**

**21** - Allant au-delà de la jurisprudence dérivée des arrêts de 1995, le projet d'ordonnance prévoyait au cas d'abus dans la fixation du prix par l'une des parties, entre autres sanctions possibles, sa révision. La solution était expédiente. Elle présentait une supériorité indéniable

non seulement sur l'anéantissement du contrat qui résultait naguère de son annulation ou aujourd'hui de sa résolution, mais encore, en 1995, sur sa résiliation : révisé son prix, le contrat demeurait. La révision constituait la réparation la plus satisfaisante, en nature, emportant la suppression des effets de l'abus.

Le droit positif nouveau met entre les mains du juge, dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service, non plus un pouvoir direct sur le prix, mais seulement un pouvoir de sanction par l'allocation d'une indemnisation et pour les premiers, éventuellement, la résolution. Signe de la peur quelque peu extravagante qu'a inspirée l'intervention possible du juge sur la matière contractuelle, s'agissant singulièrement du prix, et de son prétendu effet funeste sur l'attractivité de notre droit, l'ordonnance a fait machine arrière. La solution que le projet avait retenue allait pourtant dans le sens des préconisations tant des Principes du droit européen des contrats que des Principes Unidroit  (27).

**22** - Si l'abus dans la fixation unilatérale du prix pénètre ainsi par les textes dans la théorie générale du contrat, la qualification n'y fait pas irruption toute casquée. Elle est apparue avec les arrêts rendus par l'assemblée plénière le 1<sup>er</sup> décembre 1995 à propos des contrats cadre de distribution, puis son champ a été étendu au-delà de ces conventions. Des prémices en étaient visibles dans la jurisprudence par laquelle le juge s'est depuis longtemps octroyé le pouvoir de réduire les honoraires excessifs. La Cour de cassation n'est cependant pas venue en 1995, non plus que le législateur aujourd'hui, sanctionner la fixation d'un prix ne satisfaisant pas la partie qui la subit. Il s'agit de contenir la fixation abusive : un prix déterminé unilatéralement peut être *excessif* sans pour autant avoir été fixé *abusivement*.

La sanction - depuis 1995 - de cet abus était fondée sur les articles 1134 et 1135  (28), textes dont la substance se trouve désormais dans les articles 1103 et 1194. Dans le droit nouveau, l'abus est expressément visé par les articles 1164 et 1165.

### **a - Le contrat cadre**

**23** - Si, le prix ayant donc été fixé par le partenaire dominant, son cocontractant n'est pas satisfait par la motivation qui lui a été fournie ensuite de sa contestation, le juge « peut être saisi » « en cas d'abus ». Il est évidemment souhaitable qu'un terme soit mis rapidement à une situation alors incertaine, notamment si la demande doit tendre également à la résolution du contrat, mais le législateur n'a pas enfermé cette saisine dans un délai, le demandeur ne se pouvant heurter qu'à la prescription.

**24** - Le demandeur peut prétendre, si la fixation est jugée abusive, à une indemnisation et le cas échéant à la résolution du contrat. Cible du contrôle auquel se livrera le juge dans ces conventions structurellement déséquilibrées que sont les contrats cadre, l'abus présente, comparé à la violation de l'obligation d'exécution de bonne foi, la vertu de permettre plus aisément l'éventuelle censure de la Cour de cassation. La solution vient par ailleurs accentuer l'autonomie du devoir de loyauté relativement à l'obligation d'exécution de bonne foi.

## Le cas d'ouverture de l'action : l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle

### - Caractérisation de l'abus

**25** - La quête des critères permettant de caractériser un abus doit se faire en considération de son objet. Celui-ci étant dans le cas présent le pouvoir confié par l'une des parties à l'autre de fixer le prix, l'abus est celui de l'exercice d'une prérogative contractuelle. Et en effet, si un contractant est « en droit (...) de contraindre son débiteur à exécuter son obligation » (29), « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle » (30) - étant observé qu'elle « ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (31). Aussi convient-il d'examiner la finalité de la stipulation conférant la prérogative dont il s'agit ici, avec en fond de scène l'objectif *conjointement* poursuivi par des parties dont les intérêts sont par ailleurs, au stade des contrats d'application, *antagonistes* comme dans tout contrat synallagmatique.

Tant le dessein du législateur avec l'article 1164 que le but des partenaires en adoptant le mécanisme se ramènent à l'efficacité économique recherchée du contrat. Mais celle-ci ne se peut entendre que comme devant se concrétiser au bénéfice de toutes les parties. Si l'on scrute sa volonté au moment de la conclusion du contrat cadre, il est bien certain que le contractant qui subira la fixation du prix n'accepte ce *modus operandi* que sous la condition implicite que sa mise en oeuvre ne viendra pas bousculer un équilibre du contrat tel qu'il demeure également profitable pour lui, autrement dit tel, sous l'angle de l'analyse économique la plus élémentaire, qu'il puisse lui aussi tirer une utilité de son exécution. La partie passive attend un comportement loyal de son partenaire, tout particulièrement au moment où ce dernier exercera la prérogative qu'elle lui a abandonnée. C'est en contemplation de cette attente que l'abus doit s'apprécier.

**26** - Divers critères s'offrent au juge, avec tout d'abord un certain nombre de paramètres objectifs reposant plus ou moins directement sur la rupture de l'équilibre du contrat. Le premier d'entre eux réside dans l'impossibilité pour la partie qui en pâtit de se soustraire aux effets de la fixation arguée d'abus : il faut qu'elle ne se puisse dégager du cadre dans lequel s'inscrit ce qu'elle soutient être un abus. Elle doit par conséquent se trouver dans une situation de contrainte (32) qui la place dans l'incapacité de contracter avec un tiers en étant en mesure de faire face à la concurrence dans des conditions satisfaisantes (33).

L'absence de contrainte tenant à des considérations strictement juridiques est assurément de nature à faire obstacle à l'abus. Son terreau étant le contrat à durée déterminée renfermant une clause d'approvisionnement exclusif, l'abus est plus difficilement concevable en présence de conventions à durée indéterminée, la partie qui estime subir de manière préjudiciable la fixation pouvant rompre le lien contractuel.

La contrainte de fait doit-elle être prise en compte ? Rien n'autorise à écarter la sujétion pour cette raison que son origine est d'ordre non point juridique mais factuel, autrement dit dans le cas présent économique (34). Le maître du prix abuse également de son droit lorsque c'est *de facto* que son cocontractant n'est pas en mesure d'user du sien de résilier le contrat à durée indéterminée, voire de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée. Le rapprochement s'invite avec la violence vice du consentement résultant pour la jurisprudence de «

l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique » (35) et reprise par l'article 1143 avec l'« état de dépendance ». Il n'y a toutefois pas de concurrence entre les deux actions : l'une a trait à la formation du contrat, l'autre à son exécution. En revanche, les éléments factuels peuvent être de même nature en présence de circonstances - reflétant une dépendance économique - dans lesquelles, respectivement, était la partie dont le consentement a été vicié, et se trouve le contractant qui ne peut se soustraire aux effets d'une fixation abusive du prix.

Une situation de contrainte se concrétisant dans l'impossibilité de s'affranchir du lien contractuel est donc nécessaire pour que l'abus soit constitué. Cela ne signifie pas que les contrats dits « de dépendance », qui constituent sans nul doute son domaine d'élection, sont le champ unique de l'abus dans la fixation unilatérale du prix. Aussi la *contrainte* paraît-elle une notion de référence plus juste, car moins étroite, que la *dépendance*.

**27** - S'imposant avec l'évidence du bon sens, le critère reposant sur la disproportion transparaisait, parmi ceux auxquels l'article 1163 du projet suggérait au juge saisi d'une demande en révision du prix de se référer, au travers des « usages » et des « prix du marché ». De nombreuses décisions y ont eu recours par le passé, rejetant l'abus lorsque le prix fixé était conforme aux conditions du marché (36), le retenant plus volontiers s'il s'en écartait sensiblement (37).


La disproportion est cependant insuffisante. En premier lieu, si tel devait être le cas, la stipulation de toute clause laissant la fixation du prix à l'une des parties se traduirait par ceci que le contractant en usant serait tenu de s'aligner sur le prix du marché faute, s'il s'en éloignait, d'être automatiquement convaincu d'abus dans la fixation. En second lieu, ce n'est pas tant le caractère excessif du prix que l'impossibilité d'y échapper qui fait, sur le terrain de ses critères objectifs, le lit de l'abus. La référence à la marge bénéficiaire serait médiocrement opportune, se présentant tout au plus comme un indice. Quant au recours, déjà confus, à un profit « illégitime », il paraît d'autant moins pertinent que c'est en application d'une disposition conventionnelle expressément prévue par la loi que l'auteur de la fixation unilatérale du prix y procède désormais.


**28** - De manière plus large, la rupture d'équilibre - c'est bien de rupture qu'il est question, l'occasion en étant l'exécution du contrat - à laquelle ces critères objectifs se ramènent peu ou prou est insuffisante pour retenir l'abus.

Tout d'abord, et hors le cas de lésion sanctionnée ainsi que dans l'hypothèse où la contrepartie convenue, en l'occurrence le prix, est illusoire ou dérisoire (38), le défaut d'équilibre des prestations au stade de la conclusion du contrat n'affecte pas sa validité, échappant totalement au contrôle du juge. Il serait peu cohérent que sa survenance en cours de vie du contrat vienne conférer un tel pouvoir au magistrat et soit alors susceptible d'entraîner une condamnation à des dommages et intérêts, voire la résolution du contrat. En d'autres termes, l'abus se pourrait-il loger dans le seul déséquilibre des prestations résultant de la fixation ultérieure du prix quand une distorsion contemporaine de la formation du contrat ne porte pas atteinte à celle-ci ?


Ensuite et lorsque le contrat cadre est un contrat d'adhésion, la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ne peut être « réputée non écrite » si l'appréciation de ce déséquilibre porte sur l'adéquation du prix à la prestation (39). Il ne

serait guère logique que le juge puisse, en application de l'article 1164, entrer en voie de sanction sur la seule constatation de ce déséquilibre alors que la clause ouvrant la possibilité de le créer, résultat auquel peut conduire la stipulation abandonnant à l'une des parties la fixation du prix, ne peut en elle-même prêter le flanc à contestation.


**29** - L'article 1164 sanctionnant non point un prix excessif mais sa fixation abusive, un critère subjectif doit être par ailleurs satisfait : il ne saurait y avoir d'abus sans violation d'un devoir de comportement  (40). Considéré l'objet qui est ici celui de l'abus, c'est autour du détournement de pouvoir que s'articule la méconnaissance de ce devoir : la partie qui fixe le prix prend en considération, exclusivement - en tenir compte, l'on ne saurait lui en faire grief ! -, ses propres intérêts, sans égard pour ceux de son partenaire. Le critère reposant sur le détournement de pouvoir est exactement ajusté à la caractérisation de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle, étant relevé que c'est la finalité même de la procédure dont cette prérogative est le rouage principal qui est alors abîmée.

**30** - Évoquées par les auteurs du projet comme pouvant être prises en considération par le juge révisant le prix, les « attentes légitimes des parties »  (41) ont disparu avec l'abandon de cette possibilité de révision judiciaire. Leur ombre n'en plane pas moins sur le détournement de pouvoir, car celui-ci procède de leur trahison. Si, avec les contrats cadre prenant place au sein de réseaux de distribution intégrée, les attentes des parties confluent vers un souci commun de développement d'une clientèle, pareille convergence n'est plus aisément perceptible dans les contrats synallagmatiques que sont leurs contrats d'application : difficiles à cerner de façon positive, ces attentes y sont toujours à considérer à travers le prisme de l'antagonisme des intérêts propres de chacun des contractants - ce qui revient encore à l'équilibre du contrat. En revanche et suivant une approche négative, il est certain que la partie qui fixe abusivement le prix, parce qu'elle détourne le pouvoir qui lui a été confié par son partenaire, trompe les attentes légitimes de celui-ci. Aussi ces attentes ne sont-elles pas autre chose que le respect par le maître conventionnel du prix de ce que lui commandait la loyauté dans l'exécution du contrat, soit, concrètement, le maintien d'un équilibre dont il est largement dépositaire. C'est bien le détournement de pouvoir qui, fondamentalement, autorise la sanction.

**31** - Aucune définition figée, non plus qu'un critère unique, ne peuvent être proposés tant l'appréhension de l'abus est ici circonstancielle et, partant, indispensable le large pouvoir d'appréciation devant être laissé au juge du fond. Trois critères de convergence paraissent devoir être réunis pour que l'abus soit caractérisé : il faut, constaté une situation de contrainte de la partie qui en subit la fixation, une disproportion entre le prix arrêté et celui du marché ainsi qu'un détournement de pouvoir, tous éléments dont la conjonction emporte un avantage déloyal au profit de l'artisan du prix.

Reposant sur un manquement au devoir de loyauté, la règle peut s'avérer d'un gouvernement difficile. C'est de manière excessive qu'un arrêt d'appel approuvé par la chambre commerciale  (42), passant au crible au regard de la situation de son concessionnaire fragilisé les choix de gestion d'un concédant, notamment ses décisions de distribution de dividendes, lui a fait grief de ne pas s'être « imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché ». Manifeste est le danger qu'il y aurait à s'attarder sur les décisions de gestion des parties, ce qui confinerait à une appréciation de leur opportunité. Tel n'est pas le rôle du juge, qui pèserait au reste lourdement sur le besoin de prévisibilité de la règle de droit. Son appréciation devra être portée, dès lors qu'il s'agit de loyauté dans l'exécution du contrat, d'un

point de vue non point strictement économique mais bien éthique, le juge examinant un comportement individuel.


**32** - Enfin, les rédacteurs de l'article 1164 n'ont pas posé - il en est de même avec l'article 1165 - l'adjectif « manifeste » en épithète à l'abus. Si les qualifications ont un sens, point n'est besoin que l'abus, dont les critères doivent être observés strictement, soit de surcroît manifeste, exigence qui aurait pour résultat d'affaiblir la qualification. Le caractère d'« anomalie apparente »  (43) du montant du prix n'en facilitera pas moins la preuve de l'abus.

### **- Preuve de l'abus**

**33** - La question se présente sous un angle légèrement différent dans le droit nouveau. La contestation du prix unilatéralement fixé aura déclenché l'exécution de l'obligation de motivation. Si la contestation devient litige, la charge de la preuve de l'abus continuera certes de peser sur le demandeur, mais son fardeau pourra se trouver allégé par la faiblesse de la justification qu'aura avancée l'auteur de la fixation du prix. Cette preuve restera souvent malaisée à rapporter, singulièrement pour établir la disproportion entre le prix fixé et le prix du marché lorsqu'il n'existe ni marché pour le produit concerné ni produits vraiment comparables.

### **La sanction**

**34** - La sanction est nécessairement judiciaire. Le juge se voit nanti, relativement à l'équilibre du contrat, d'un rôle et d'un pouvoir nouveaux, ou plus exactement aujourd'hui consacrés par le texte et relevant du droit commun.

**35** - Une clause pourrait-elle valablement stipuler la renonciation du cocontractant du partenaire dominant à toute action ? Cela semble difficilement admissible  (44), pour cette raison déjà que la renonciation ne peut avoir pour objet qu'un droit né et acquis, au lieu que l'éventuel abus ne se réalisera qu'en cours d'exécution du contrat. D'une autre part, reconnaître la validité de telles clauses aurait pour effet d'autoriser conventionnellement une partie à se soustraire à son devoir d'exécution du contrat de bonne foi, ce qui heurterait de plein fouet une obligation désormais élevée au rang de principe.

### **- Indemnisation**

**36** - L'indemnisation constitue la sanction principale. Ici comme ailleurs, le juge du fond sera souverain pour en apprécier le montant, la Cour de cassation ne contrôlant que l'erreur juridique pouvant avoir une incidence sur celui-ci, telle une évaluation qui n'assurerait pas une réparation intégrale. Les dommages et intérêts devraient inclure non seulement la perte éprouvée en raison du caractère excessif du prix abusivement fixé, s'il a été payé, mais encore le gain manqué du fait de l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée la victime de l'abus de faire face à la concurrence.

Quant à d'éventuelles clauses élusives ou limitatives de la responsabilité pouvant être recherchée sur le fondement de cet abus, leur validité appelle, pour les mêmes raisons


qu'évoquées précédemment, la plus grande réserve.

## **- Résolution**

**37** - Le deuxième alinéa de l'article 1164 dit que la demande d'indemnisation s'accompagne « le cas échéant » d'une demande de résolution « du contrat ». Le premier alinéa visant « les contrats cadre », ce ne sont donc pas uniquement les contrats d'application qui sont concernés mais, assurément, le contrat cadre lui-même. L'article 1224 continuant de subordonner la résolution à une « inexécution suffisamment grave », le juge appréciera si l'abus est d'une gravité telle qu'elle justifie cette sanction ou si la réparation par l'allocation de dommages et intérêts est suffisante.

## **b - Le contrat de prestation de service**

### **Le cas d'ouverture de l'action : l'abus dans l'exercice d'un pouvoir légal**

**38** - L'abus dans la fixation du prix se présente sous des linéaments différents dans le contrat de prestation de service. Les données que le projet  (45) suggérait au juge saisi d'une demande en fixation de prendre en considération, soit là encore les « usages, (les) prix du marché ou (les) attentes légitimes des parties », continuent d'affleurer. Le critère de la contrainte n'y a en revanche guère de sens. Quant au détournement de pouvoir, il ne s'y appréhende pas exactement de la même manière : c'est sur la mise en oeuvre d'une prérogative contractuelle que porte l'abus avec l'article 1164 tandis que son objet est l'exercice d'un pouvoir légal dans le cadre de l'article 1165.

### **La sanction**

**39** - La partie qui persiste dans sa contestation en dépit de la motivation qui a dû lui être donnée n'a d'autre issue que l'introduction d'une action en dommages et intérêts. La nécessité de saisir le juge - du fond - est dissuasive, pour les petits et moyens contrats tout au moins, au regard du résultat pouvant en être attendu et surtout d'une indispensable démonstration de l'abus. Si en effet le prix est simplement « exagéré », « disproportionné » ou « excessif », pour reprendre la jurisprudence traditionnelle dans les hypothèses avec lesquelles le juge peut réviser le prix fixé par les parties, sans que la preuve d'un abus soit pour autant rapportée, le cocontractant du prestataire est désarmé.

**40** - Sur le double constat de l'absence de détermination du prix *ab initio* et d'accord sur ce point en cours d'exécution, le client craignant une fixation à lui défavorable dès l'exécution de la prestation a-t-il la possibilité, quitte à saisir le juge et prenant alors de vitesse le prestataire, d'en solliciter la fixation judiciaire comme devrait continuer de le lui permettre la jurisprudence ? Le mode de l'hypothétique dont use le législateur dans l'article 1165 - le prix « peut » être fixé... - devrait laisser ce domaine résiduel à la fixation judiciaire du prix. La complexité que peut revêtir l'application de l'article 1165 laisse perplexe.



## 2 - La révision judiciaire du prix

41 - La révision par le juge d'un prix d'ores et déjà fixé par les parties suscite une interrogation. Elle est parfois prévue par un droit spécial <sup>(46)</sup>. C'est surtout la jurisprudence, animée par le souci de revenir au « juste prix », qui en a de vieille date admis le principe pour certains contrats « pourvu que (les honoraires) n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait » <sup>(47)</sup>. L'objet de cette révision a tout d'abord été, lorsqu'elle était donc exagérée ou excessive <sup>(48)</sup>, la rémunération de certains mandataires, y compris au cas de rémunération stipulée forfaitaire <sup>(49)</sup>. Puis la solution prétorienne a embrassé largement le louage d'ouvrage <sup>(50)</sup>.

L'on serait en peine d'avancer des arguments s'opposant au maintien de cette jurisprudence, dont la justification tient à la nature de contrats avec lesquels le montant d'une juste rémunération a pu être malaisé à fixer par avance. En revanche, si l'on est en présence d'un « contrat de prestation de service » et que le créancier du prix a fixé celui-ci en application de l'article 1165, une révision judiciaire semble exclue dès lors que ce texte ne permet au débiteur de saisir le juge que d'une demande de dommages et intérêts.

## 3 - La sanction de la faute commise à l'occasion de la réduction du prix décidée par le créancier ayant accepté une exécution imparfaite

42 - Une difficulté ne va pas manquer de surgir de l'application de l'article 1223 dans le cas où, non encore payé, le débiteur de la prestation reconnaît sa défaillance tout en contestant l'adéquation de la réduction à l'imperfection de son exécution. Il lui appartiendra de saisir le juge. Sa demande devrait tendre non point à l'exécution de l'obligation de paiement du prix pour la fraction manquante, car son cocontractant tenait de la loi son pouvoir de le réduire, mais vers une indemnisation du préjudice résultant de la faute - et non nécessairement, ici, de l'abus - qu'a pu commettre ce dernier dans l'exercice de ce pouvoir, faute dont l'établissement lui incombera en sa qualité de demandeur.

## B - Le règlement de l'imprévision

43 - La loi d'habilitation invitait le gouvernement à « consacr(er) la possibilité pour (les parties) d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances » <sup>(51)</sup>. Abandonnant opportunément la rigidité, à peine entamée récemment <sup>(52)</sup>, qui résultait du maintien de la jurisprudence *Canal de Craponne*, le projet d'ordonnance avait prévu - indépendamment bien entendu des procédures de révision existant déjà, instituées par un droit spécial <sup>(53)</sup> - un régime original, exclusif de toute immixtion du juge dans le contrat car, s'il pouvait y mettre un terme à la requête d'une seule des parties, ce n'est que sur la demande conjointe des deux qu'il avait la faculté de l'« adapter ». Assez curieusement si l'on considère ses retraits par ailleurs, relativement au pouvoir du juge, l'ordonnance est allée au-delà : le juge a la possibilité de « réviser » le contrat sur la demande d'un seul contractant. Satisfaisant à la préoccupation à la fois d'efficacité du contrat et de justice contractuelle, la solution est conforme aux recommandations des Principes du droit européen des contrats <sup>(54)</sup> ainsi que des Principes Unidroit <sup>(55)</sup>.

## 1 - Conditions

**44** - L'article 1195 pose un certain nombre d'impératifs s'ordonnant autour d'un « changement de circonstances », desquelles il n'est pas donné d'exemple. Ce peuvent être des événements de nature immédiatement économique, telle une augmentation du prix des matières premières, mais aussi financière, tel un effondrement des cours, voire matérielle, tels les effets d'une évolution de la technologie. Le choix du vocable écarte l'exigence d'un bouleversement, un « changement » progressif paraissant entrer dans les prévisions du législateur.

Ce changement doit avoir été « imprévisible lors de la conclusion du contrat », de sorte que des prémices de la mutation invoquée contemporaines de cette conclusion sont de nature à exclure le dispositif. S'agissant de l'imprévu, les Principes de droit européen des contrats <sup>[1]</sup> (56) visent certains cas qui « ne pouvaient être *raisonnablement* pris en considération » : l'appréciation par le juge ne peut guère ne pas passer par la prise en compte de ce standard <sup>[2]</sup> (57).

Le changement doit par ailleurs rendre l'exécution « excessivement onéreuse ». Il importe que son coût ait considérablement augmenté et constitue un fardeau, donc, « excessif » « pour une partie », cette dernière formulation rendant le dispositif accessible à chacune d'entre elles.

Enfin, condition celant une part de mystère, il faut que cette partie n'ait « pas accepté d'(...)assumer le risque » de cette exécution rendue excessivement onéreuse par - si l'on reprend le fil conducteur... - le changement de circonstances imprévisible. Cette ultime condition vient inutilement doubler l'exigence d'imprévisibilité. Si le changement était prévisible pour telle partie qui en souffre, ses conséquences pour elle devaient l'être également, de telle sorte qu'elle en a nécessairement accepté l'éventuel risque en contractant, ou plus précisément en contractant à telles conditions économiques. À l'inverse et surtout, comment assumer - ou ne pas assumer - le risque des conséquences d'un changement qui n'est pas prévisible ? La confusion se prolonge par une difficulté sur le terrain de la preuve : est-ce à l'auteur de la demande de renégociation d'établir qu'il n'entendait pas assumer ce risque, ou à son cocontractant d'établir qu'il avait entendu le supporter ?

Ainsi, non seulement cette dernière condition n'ajoute rien à l'exigence d'imprévisibilité, mais elle en rend le contrôle plus ardu. À la vérité, il appartient simplement à chacune des parties de, en contractant, mesurer au regard de cette règle nouvelle le risque d'exécution démesurément onéreuse par lequel pourrait se traduire pour elle un changement de circonstances raisonnablement prévisible. L'enjeu est d'importance car les termes du débat se répercutent sur la recevabilité, ou plus exactement le bien-fondé, de la demande que présentera cette partie au juge, en cas de refus ou d'échec de la renégociation, de mettre fin au contrat.


## 2 - Procédure

### a - Renégociation

**45** - Dans une première et possiblement unique étape, la partie pour laquelle l'exécution est devenue excessivement onéreuse « peut » « demander » à son cocontractant une renégociation

du contrat, faculté dont l'exercice devra satisfaire aux exigences de bonne foi posées tant par les dispositions générales de l'article 1104, relativement ici à l'exécution du contrat, que par celles de l'article 1112, s'agissant de la renégociation elle-même.


Cette demande et son échec, que celui-ci résulte d'un refus manifesté d'emblée ou du naufrage de la renégociation, sont une condition préalable aux éventuelles résolution conventionnelle, demande conjointe d'adaptation judiciaire du contrat ou saisine du juge à l'effet de le réviser ou d'y mettre un terme. Par ailleurs, disposition propre à écarter les agissements dilatoires, l'auteur de la demande « continue », indicatif ayant valeur d'impératif, à exécuter ses obligations « durant la renégociation ».

Évoquée dans le deuxième alinéa de l'article 1195, l'éventualité de son « refus » exclut le caractère obligatoire de la renégociation pour l'autre partie  (58). Une obligation de renégocier n'aurait pas manqué de soulever une délicate interrogation sur sa teneur exacte et de générer un contentieux spécifique sur sa sanction ainsi que sur la responsabilité de la partie - dont la détermination aurait été parfois bien difficile - qui en aurait empêché le succès.


## **b - Échec ou refus de la renégociation**

### **Accord entre les parties**

**46** - En cas de refus ou d'échec de la renégociation, une alternative, reposant pour chacune de ses branches sur leur accord, s'offre aux parties. Elles peuvent tout d'abord « convenir » de la

« résolution » du contrat « à la date et aux conditions qu'elles déterminent ». Il s'agirait là, à côté de la clause résolutoire, d'une nouvelle forme de résolution conventionnelle. Il n'est pas certain que la « résolution » fût le terme idoine, cette institution continuant de sanctionner, et ce quelles qu'en soient aujourd'hui les modalités  (59), une inexécution.

**47** - Il est également loisible aux contractants de demander au juge de « procéder » à l'« adaptation » du contrat, ce qui signifie qu'il est tenu de s'y employer s'il en est requis. Mais, le juge n'étant jamais le mandataire des parties, il est douteux que celles-ci puissent contenir à leur gré ce pouvoir dont il est investi, même si c'est au moyen d'une saisine conjointe, par la loi ; aucun litige n'étant à trancher, les dispositions de l'article 12 du code de procédure civile autorisant les parties, dans certaines limites, à lier le juge ne devraient pas trouver à s'appliquer.

L'objet de l'adaptation est le « contrat ». Si dans la plupart des cas c'est le prix qui sera en première ligne, la révision pourra porter sur sa contrepartie, voire sur les deux. La finalité de cette adaptation étant la disparition du caractère devenu excessif du coût de l'exécution pour l'un des partenaires, le juge, scrutant le point d'équilibre du contrat au moment de sa formation, s'efforcera de le rétablir  (60).

### **Absence d'accord entre les parties**

**48** - L'ordonnance apporte ici une double innovation, importante. À défaut d'accord « dans un délai raisonnable », l'une des parties peut tout d'abord solliciter la révision judiciaire du

contrat. Le juge se voit ainsi octroyer, saisi par un seul contractant, le pouvoir de réviser le contrat. « Réviser », et non « adapter » comme le dit ce même alinéa deuxième de l'article 1195 au cas de demande conjointe : la nuance est ténue, le juge devant être guidé par le même souci de restaurer l'équilibre de la convention.

**49** - La victime de l'imprévision peut d'une autre part faire le choix d'introduire une demande tendant à « mettre fin » au contrat. Une fin qui emporterait un anéantissement rétroactif du contrat ne saurait *a priori* résulter - indépendamment d'une nullité - que d'une résolution, laquelle sanctionne une inexécution. Tel n'est pas le cas ici. Cette « fin » ne devrait donc avoir d'effet que pour l'avenir : il s'agit d'une manière de résiliation judiciaire pour imprévision.

Ne constatant pas une situation de droit mais la créant, le juge, par une décision constitutive, *prononcera* la résiliation s'il estime que les conditions étaient réunies pour que le contractant fût en situation de demander la renégociation du contrat, autrement dit pour que puisse jouer le mécanisme de l'article 1195. Le législateur lui laisse une grande marge de manoeuvre en lui permettant de mettre un terme au contrat « à la date et aux conditions qu'il fixe ».

**50** - Le mécanisme installé par le second alinéa de l'article 1195 confère ainsi un caractère incitatif à la tentative préalable de renégociation amiable, tout au moins si la demande en est raisonnable et quoique la décision de révision ou de résiliation n'appartienne qu'au juge. Mais il est supplétif, ne pouvant fonctionner que, d'une part, lorsque la renégociation n'a pas été acceptée ou qu'elle a échoué et alors à défaut de nouvel accord des contractants, d'autre part, en l'absence de clause de *hardship*, que les partenaires auront toujours intérêt à stipuler précisément dans leur convention.

(1) Titre I<sup>er</sup>, art. 8 L. n° 2015-177, 16 févr. 2015.

(2) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

(3) Comp. F. Labarthe, *in* J. Ghestin (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, LPA 3-4 sept. 2015, p. 36.





(4) JO 11 févr. 2016.

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, n° 03-13.847.

(6) Art. 1589 et 1591 c. civ.

(7) Art. 1831-1 c. civ.

(8) Art. 3, 6°, L. n° 89-462, 6 juill. 1989.

(9) Art. 1907, al. 2., c. civ. V. not., Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 1981, n° 80-12.903 ; 14 févr. 1995, n° 92-17.061, D. 1995. 340 , note S. Piedelièvre  ; RTD civ. 1996. 170, obs. J. Mestre  ; RTD com. 1995. 629, obs. M. Cabrillac .

(10) Art. L.112-4 c. assur.

(11) Art. 6 L. n° 70-9, 2 janv. 1970.

(12) Art. 20 L. n° 93-122, 29 janv. 1993.

(13) Rappr. F. Collard-Dutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2011, n° 459, p. 395, relevant à propos du montant du loyer dans le bail que « le code civil ne comporte pas de dispositions

particulières sur le loyer. Son montant doit cependant être déterminé ou déterminable, *conformément au droit commun* ».

(14) Ainsi l'art. L. 113-3, al. 1<sup>er</sup>, c. consom. (art. L. 112-1, à compter du 1<sup>er</sup> juill. 2016 : Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016), étant ajouté que, pour être sanctionnée pénalement, l'obligation d'information préalable qu'il édicte ne semble pas constituer une condition de validité du contrat.

(15) Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1992, n° 89-21.970.

(16) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 1997, n° 95-21.161, D. 1997. 263 [📄](#); RTD civ. 1998. 372, obs. J. Mestre [📄](#), et 402, obs. P.-Y. Gautier [📄](#).

(17) Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 1990, n° 88-20.266, D. 1991. 317 [📄](#), obs. J.-L. Aubert [📄](#).

(18) Art. 5.1.7.

(19) Art. 6 : 105.

(20) Civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc. 1970, n° 69-13.809 ; 4 juill. 1972, n° 71-11.738 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 1973, n° 71-14.591.

(21) Art. 1163 et 1164.

(22) Préc.

(23) Les art. 1165 et 1226 en offrent deux autres illustrations.

(24) Rappr. G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2014, v° *Prestation de services* : « a/ Terme générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.), en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) ».

(25) Art. 1196, al. 1<sup>er</sup>.

(26) Ainsi, en matière de vente, art. 1617, al. 2, 1619 et 1644 c. civ. (*adde* art. 50 Conv. Vienne, 11 avr. 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises). Rappr. art. L. 211-10 c. consom. (art. L. 217-10, à compter du 1<sup>er</sup> juill. 2016 : Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016).

(27) Art. préc.

(28) Cass., ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653 et n° 91-15.999, D. 1996. 13 [📄](#), concl. M. Jeol [📄](#), note L. Aynès [📄](#), 1997. 59, obs. D. Ferrier [📄](#), et 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi [📄](#); RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre [📄](#); RTD com. 1996. 316, obs. B. Bouloc [📄](#), 1997. 1, étude M. Jeol [📄](#), 7, étude C. Bourgeon [📄](#), 19, étude C. Jamin [📄](#), 37, étude T. Revet [📄](#), 49, étude D. Ferrier [📄](#), 67, étude M. Pédamon [📄](#), et 75, étude P. Simler [📄](#); Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, n° 01-00.475, préc.

(29) Civ. 3<sup>e</sup>, 13 janv. 1999, n° 97-14.746, D. 1999. 37 [📄](#); RDI 1999. 319, obs. J. Derruppé [📄](#).

(30) Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2003, n° 04-19.923, D. 2010. 87, obs. Y. Rouquet [📄](#), 476, note J. Billefont [📄](#), 1103, chron. A.-C. Monge [📄](#), et 2011. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson [📄](#); Just. & cass. 2010. 475, rapp. F. Assié, et 477, avis F. Assié et A. Gariazzo ; AJDI 2010. 311 [📄](#), obs. M.-P. Dumont-Lefrand [📄](#); RTD civ. 2010. 105, obs. B. Fages [📄](#); Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, D. 2007. 1955, obs. X. Delpéch [📄](#), 2839, note P. Stoffel-Munck [📄](#), 2764, chron. R. Salomon [📄](#), 2844, note P.-Y. Gautier [📄](#), et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson [📄](#); RTD civ. 2007. 773, obs. B. Fages [📄](#); RTD com. 2007. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero [📄](#).

(31) Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2003 et Com. 10 juill. 2007, préc.

(32) Il n'est pas vain de rappeler que les « pratiques abusives » visées par l'art. 86 du Traité de Rome « peuvent notamment consister à : 1. *imposer* de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente (...) non équitables ».

(33) V. ainsi, Com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026, D. 2015. 183 [📄](#), note J. Ghestin [📄](#), 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki [📄](#), et 943, obs. D. Ferrier [📄](#); AJCA 2015. 78, obs. S. Bros [📄](#); RTD civ. 2015. 123, obs. H. Barbier [📄](#).

(34) V., par ex., Com. 14 janv. 2003, n° 00-16.617 (rejetant l'abus). *Adde* 3 mars 2004, n° 02-14.529 (rendu au visa de l'art. L. 420-2 c. com.), D. 2004. 1661 [📄](#), note Y. Picod [📄](#), et 874, obs. E. Chevrier [📄](#); RTD com. 2004. 463, obs. E. Claudel [📄](#).

(35) Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, D. 2002. 1860 [📄](#), note J.-P. Gridel [📄](#), 1862, note J.-P. Chazal [📄](#), et 2844, obs. D. Mazeaud [📄](#); RTD civ. 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#); RTD com. 2003. 86, obs. A. Françon [📄](#).

(36) V., par ex., Com. 21 janv. 1997, n° 94-22.034, D. 1997. 414 [📄](#), note C. Jamin [📄](#); 14 déc. 1999, n° 97-20.304; 28 mars 2000, n° 97-10.652; 14 janv. 2003, n° 00-16.617. Rappr. 11 févr. 2003, n° 00-14.204.

(37) Rappr. Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, D. 1995. 85 [📄](#), obs. D. Ferrier [📄](#); RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre [📄](#).

(38) Art. 1169.

(39) Art. 1171, al. 2.

(40) V. ainsi, Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, n° 01-00.475, D. 2005. 1828 [📄](#), note D. Mazeaud [📄](#), 2004. 2150, obs. V. Avena-Robardet [📄](#), et 2006. 155, obs. D. R. Martin [📄](#); RTD civ. 2004. 749, obs. P.-Y. Gautier [📄](#), et 2005. 126, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#); RTD com. 2004. 800, obs. D. Legeais [📄](#).

(41) L'art. 1166 s'y réfère à propos de ce que le débiteur doit offrir « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat ».

(42) Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, D. 2002. 1974 [📄](#), note P. Stoffel-Munck [📄](#), 2841, obs. D. Mazeaud [📄](#); RTD civ. 2002. 294, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#).

(43) Paris, 15<sup>e</sup> ch. A, 24 oct. 2000, D. 2001. 302 [📄](#), obs. X. Delpech [📄](#), 3236, obs. D. Mazeaud [📄](#), et 2002. 641, obs. D. R. Martin [📄](#).

(44) Les Principes européens du contrat (6 : 105) et les Principes Unidroit (5.1.7-2) prévoient, lorsque le prix fixé par l'une des parties s'avère manifestement déraisonnable, qu'il lui est substitué un prix raisonnable « nonobstant toute stipulation contraire ».

(45) Art. 1164.

(46) V. ainsi les art. 1644, 1617, al. 2, et 1622, 1722 c. civ., L. 141-3 c. com., L. 211-10 c. consom.

(47) Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1986, n° 85-10.486. Rappr. 2 avr. 1997, n° 95-17.606, RTD civ. 1998. 372, obs. J. Mestre [📄](#).

(48) V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1986, préc. ; 16 juill. 1991, n° 88-19.730 ; 3 mars 1998, n° 95-15.799, D. 1998. 91 [📄](#); RTD civ. 1998. 901, obs. J. Mestre [📄](#); Com. 2 mars 1993, n° 90-20.289, D. 1994. 11 [📄](#), obs. J. Kullmann [📄](#); RTD civ. 1994. 346, obs. J. Mestre [📄](#).

(49) Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1998, n° 96-14.328, D. 1998. 145 [📄](#); RSC 1999. 113, obs. A. Giudicelli [📄](#); RTD civ. 1998. 901, obs. J. Mestre.

(50) Le juge s'est également octroyé le pouvoir d'en réviser le prix en considération du caractère défectueux de l'exécution de la prestation. Il s'agit toutefois ici non pas d'une correction du montant du prix, mais de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'entrepreneur se traduisant par une compensation entre l'indemnisation et le prix contractuellement fixé.

(51) Art. 8, 6°.

(52) V. spéc. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2004, n° 01-15.804, D. 2004. 1754 , note D. Mazeaud , et 2239, chron. J. Ghestin ; RTD civ. 2004. 290, obs. J. Mestre et B. Fages .

(53) Baux commerciaux (art. L. 145-33 s. c. com.), rentes viagères (L. du 25 mars 1949), charges et conditions grevant une donation ou un legs (art. 900-2 c. civ.)...

(54) Art. 6 : 111 (3).

(55) Art. 6.2.3, 3 et 4.

(56) Art. 6 : 111.

(57) Que retiennent également les Principes Unidroit (art. 6.2.2).

(58) Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2004, n° 01-15.804, préc.

(59) Art. 1224 s.

(60) En ce sens, art. 6.2.3, 4, b), Principes Unidroit.

**N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », Petites affiches, 2000, n° 90, p. 41.**

1. Le thème proposé a sans doute de quoi donner quelque vertige, tant la liste des questions que l'intitulé abrite oblige à conclure, d'emblée, à l'impossibilité de traiter l'ensemble du sujet : la fixation du prix, dans les divers contrats \_ vente, bail, entreprise, prêt, mandat, pour ne citer que les principaux \_, les clauses d'indexation, les clauses monétaires, la réglementation des prix, les contraintes du droit de la concurrence ou celles du droit de la consommation, sans omettre toutes les questions particulières liées au contrôle des prix comme à leur révision. A quoi il faudrait évidemment ajouter une réflexion sur la notion même de prix qui, à elle seule, pourrait épuiser le temps tant il n'est plus même certain que le prix se définisse comme une valeur appréciable en argent, pour recouvrir toute sorte de contrepartie <sup>(1)</sup>.

2. Parmi les diverses questions soulevées, une interrogation toutefois domine : quelles ont été les suites de la jurisprudence élaborée par les arrêts du 1er décembre 1995 <sup>(2)</sup>? En jugeant, dans deux des quatre décisions rendues, 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 particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation », et en affirmant, dans une troisième, que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix, la **Cour de cassation** a certes mis un terme aux errements antérieurs dans le domaine des contrats-cadres. Mais elle a introduit, dans le même temps, diverses incertitudes tenant à la portée de la solution nouvelle : celle-ci devrait-elle se propager au-delà du seul domaine des contrats-cadres ; dans l'affirmative, quels contrats devraient être soumis à la règle nouvelle ? Quel serait le rôle du juge dans la détermination du prix ; comment entendre le contrôle de l'abus dans la fixation du prix que cette jurisprudence initiait : contrôle étroit et fréquent ou bien, à l'inverse, contrôle exceptionnel et limité ?

3. Si ces interrogations sont devenues essentielles, c'est parce que l'Assemblée plénière a conféré une portée déterminante à sa solution, privant la matière du prix dans les contrats de tout rattachement à la théorie générale des obligations. Alors qu'elle aurait parfaitement pu parvenir à une solution identique en se contentant d'abandonner l'exigence de détermination

du prix dans les seuls contrats-cadres, la Cour a en effet jugé nécessaire de désactiver l'article 1129 du Code civil, pour imposer qu'il soit désormais étranger à l'exigence de détermination du prix. On sait les controverses qui en sont résultées, tenant au bien-fondé d'une telle lecture de l'article 1129 : la chose qui doit être déterminée dans sa quotité, au sens de l'article 1129 du Code civil, n'englobe-t-elle pas le prix <sup>(3)</sup>? Mais la doctrine n'a guère insisté sur le corollaire, implicite mais bien indéniable, de cette solution : le prix ne saurait être considéré à présent comme une catégorie d'objet, au sens de l'article 1108 du Code civil, sans quoi il faudrait toujours qu'il soit « certain » pour que toute convention soit valablement formée <sup>(4)</sup>.

Ce détachement de la question du prix des règles du droit commun n'a d'ailleurs pas été fortuit : l'avocat général Jéol avait ainsi dénoncé le fait que la jurisprudence antérieure avait été « empêtrée dans la théorie générale des contrats », critiquant la « conception étroitement civiliste du contrat » <sup>(5)</sup>. Tirant les conséquences d'une telle rupture avec la théorie générale, la **Cour de cassation** a pu inviter à ne rechercher désormais que dans les seuls textes spéciaux la source des règles applicables, renvoyant explicitement aux « dispositions légales particulières ». La question du prix est reléguée dans le droit des contrats spéciaux. Par suite, la matière a perdu son socle, au risque de la dispersion.

4. Cette désaffection des règles communes n'est en effet pas sans conséquence. Elle favorise une évolution disparate du traitement du prix dans les contrats. Certaines solutions relèvent d'un modèle désormais ancien, empreint de subjectivisme et de soumission à la volonté des parties. Elles restent sous l'emprise d'une conception antérieure à la jurisprudence de 1995. D'autres, à l'inverse, marquent déjà l'avènement d'une approche objective, dominée par la conscience de l'inégalité des parties dans le contrat et, par suite, de la nécessité de contrôler les accords de volonté pour en sanctionner les abus. De ce hiatus du droit actuel, laissé en proie aux approches spéciales et par suite à la casuistique, résulte une inévitable évolution à venir du droit positif. C'est cette nécessaire évolution dont il faut rendre compte, en privilégiant les deux questions qui dominent la matière : celle de la détermination du prix (I) ; celle du contrôle du prix (II).

## **I. La détermination du prix**

5. C'est évidemment au regard de l'exigence de détermination du prix que l'abandon de toute règle commune, la perte d'un socle commun aux différents contrats, entraîne une dilution des solutions, qui vont varier ainsi au gré des contrats. A ce titre, l'examen du droit positif révèle bien, sans doute possible, leur disparité (A). Celle-ci pourrait toutefois n'être pas critiquable, si l'on parvenait à en trouver la raison d'être dans les règles et les situations propres à chaque cas. Mais l'analyse révèle que, loin de se trouver justifiée, la disparité des solutions rend compte, ici, d'un éclatement du droit des contrats (B).

### **A. La disparité des solutions**

6. La disparité des solutions se manifeste dans les diverses dimensions de la question de la détermination du prix, c'est-à-dire aussi bien s'agissant du point de savoir si le prix doit être déterminé ou non ab initio \_ c'est la question de l'exigence même de détermination du prix \_ qu'au regard des mécanismes mis en place pour déterminer le prix \_ c'est la question des modalités de la détermination du prix.

7. La question de l'exigence de détermination du prix revêt, depuis les arrêts du 1er décembre 1995, une particulière acuité. En renvoyant aux dispositions particulières des contrats, tout en retirant à l'article 1129 du Code civil sa vocation à imposer la détermination du prix dans les contrats, l'Assemblée plénière a renversé le principe et l'exception : depuis lors, l'absence



d'exigence de détermination du prix est devenue la règle, la nécessité que le prix soit déterminé entre les parties dès la conclusion du contrat ne relevant plus que du domaine des exceptions. Pour autant, une fois admis ce renversement, encore fallait-il pouvoir tirer les conséquences de la solution nouvelle, pour la mettre concrètement en application. Or, les textes spéciaux, à l'aune desquels il convient à présent d'envisager la question de la détermination du prix, sont eux-mêmes susceptibles d'interprétations variables. Par où la jurisprudence conserve son empire, obligeant l'observateur à chercher dans les arrêts de la **Cour de cassation**, les manifestations d'une exigence qui fluctue au gré des contrats et des espèces. Depuis 1995, si elle a pu apporter diverses réponses aux interrogations soulevées par sa nouvelle jurisprudence, des zones d'incertitudes subsistent.

8. Certes, quelques solutions n'ont guère soulevé de difficultés. De façon aussi logique qu'attendue, la **Cour de cassation** a rapidement confirmé sa position dans les domaines les moins discutés : ainsi, le prix n'a plus à être déterminé en matière de contrats de distribution ou de fournitures <sup>(6)</sup>, ou encore de franchise <sup>(7)</sup>. De même, en se servant cette fois de l'affirmation selon laquelle l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix, elle a pu consolider la solution retenue en matière de contrats d'entreprise <sup>(8)</sup>, selon laquelle le contrat peut se former valablement sans que le prix n'ait préalablement été fixé par les parties. Si elle a ainsi conforté l'absence d'exigence de détermination du prix dans certains contrats, la **Cour de cassation** a également, à diverses reprises, entériné la solution inverse, traditionnellement retenue en matière de vente : le prix, comme nul ne l'ignore, doit être déterminé ou à tout le moins déterminable en fonction d'éléments ne dépendant pas de la volonté des parties. L'article 1591 du Code civil constitue l'une de ces dispositions légales particulières, auxquelles se réfèrent les arrêts de 1995.

Bien que la jurisprudence n'ait pas nourri ici le débat, c'est une même solution qui devrait logiquement prévaloir pour le contrat d'assurance, en raison des termes de l'article L. 112-4 du Code des assurances (la police doit indiquer « la prime ou la cotisation de l'assurance »), dans le mandat de l'agent immobilier, sur le fondement des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 (article 6, alinéa 4, qui impose que les « conditions de détermination de la rémunération » soient mentionnées dans la convention) et sans doute également en matière de contrat de travail, tout simplement en raison des règles de forme qui président à sa formation, un écrit indiquant le salaire étant exigé <sup>(9)</sup>. Descendant dans le détail, il faut penser que la détermination du prix est requise dans le contrat de promotion immobilière (article 1831-1 du Code civil qui exige « un prix convenu ») ou encore dans le contrat d'achat d'espace publicitaire (article 20 de la loi du 29 janvier 1993 qui dispose que le contrat doit fixer « les conditions de la rémunération du mandataire).

9. Entre les contrats qui ne réclament plus la détermination du prix et ceux qui y restent soumis, la **Cour de cassation** a introduit une figure médiane, dont le contrat de prêt relève. Pour ce dernier, on pouvait escompter que la jurisprudence revienne sur une solution adoptée au début des années 90, par laquelle la première chambre civile de la **Cour de cassation** avait jugé nulle la clause prévoyant que le taux de l'intérêt d'un crédit varierait en fonction de l'évolution du taux de base de la banque <sup>(10)</sup>. La solution ayant été rendue sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, son abandon par les arrêts de 1995 pouvait laisser augurer un revirement <sup>(11)</sup>. Toutefois, l'article 1907, alinéa 2 du Code civil prévoyant que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit, la solution n'était pas acquise, d'autant plus que l'article 313-1 du Code de la consommation requiert la mention du T.E.G., exigence impossible à satisfaire dès lors que l'on se trouve en présence d'un prêt à taux variable. La **Cour de cassation**, dans un arrêt du 9 juillet 1996, a choisi la voie de l'indétermination du taux, jugeant licite, dans une convention d'ouverture de compte courant, la variation du taux d'intérêt en fonction de l'évolution du taux de base de la banque <sup>(12)</sup>. Mais pour autant, elle n'a

pas admis la variabilité d'une indemnité de remboursement anticipé d'un prêt en fonction de taux pratiqués par le prêteur <sup>(13)</sup>, et a pu sanctionner la présence d'un taux variable dans les contrats de prêts à la consommation <sup>(14)</sup>. Ces contrats requièrent donc la détermination du prix, à l'ancienne pourrait-on dire, et ce, en raison de textes spécifiques offrant un fondement à une telle exigence.

10. Au-delà demeurent encore des incertitudes. Il en est ainsi en matière de bail ou de promesse de bail. La majorité de la doctrine estime toutefois que ces contrats exigent un prix déterminé pour être valablement formés, en raison des termes de l'article 1709 du Code civil <sup>(15)</sup>.

La solution pourra sembler plus discutable pour le contrat de transport. A suivre l'article 1779 du Code civil, le contrat de transport est une forme de louage d'ouvrage et d'industrie qui, à ce titre, devrait être soustrait à l'exigence de détermination du prix, par application de la solution retenue pour le contrat d'entreprise <sup>(16)</sup>. Toutefois, divers textes spéciaux, pénalement sanctionnés, fixent des limites à la libre détermination du prix <sup>(17)</sup>. En outre, la loi d'orientation sur les transports intérieurs du 30 décembre 1982 impose certaines obligations liées aux prix et aux tarifs applicables, afin de permettre « une juste rémunération du transporteur » (article 6) ou de ne pas « compromettre la sécurité, notamment par l'incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée de travail et des temps de conduite autorisée » (article 9). C'est ainsi sur le fondement de ces deux dispositions, que la **Cour de cassation** a pu juger nulle une clause d'indétermination du prix <sup>(18)</sup>, retenant une solution que les textes précités n'imposaient pas à l'évidence. Au reste, ce dernier exemple, tout comme celui du prêt évoqué précédemment <sup>(19)</sup>, montrent qu'il faut donc également composer avec divers textes spécifiques, qui viennent ajouter aux distinctions entre les différents contrats, des sous-distinctions au sein d'une même catégorie.

11. Au surplus, la diversité ne serait pas pleinement illustrée si l'on omettait les règles spéciales du droit de la consommation ou du droit de la concurrence. Par hypothèse, celles-ci viennent mêler aux règles précédentes un corps d'exigences qui traverse les différents contrats : leurs champs d'application ne varient en effet pas avec la nature du contrat prise en compte, à titre préalable, pour sérier les hypothèses dans lesquelles le prix doit être déterminé. Ainsi, alors que le droit commun, combiné aux règles spéciales, fait une sélection des contrats en raison de leur nature même \_ vente, contrat d'entreprise, bail, mandat, prêt, assurance, etc. \_ les dispositions particulières en matière de consommation ou de concurrence ont un rayonnement qui néglige cette distinction verticale. D'où un retour des contraintes, là où l'on aurait trop vite fait de les croire disparues.

C'est pour l'avoir trop rapidement oublié qu'un franchiseur a vu annulé le contrat le liant à son franchiseur, dans un arrêt du 7 octobre 1997 de la chambre commerciale de la **Cour de cassation** <sup>(20)</sup>. Les contrats de franchisage litigieux, en l'espèce, outre une clause d'approvisionnement exclusif, imposaient au franchisé non seulement le prix d'achat \_ mais cela n'est plus illicite \_ mais également le prix de revente, en violation de l'article 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1996, interdisant directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit. « Chassez la nullité pour détermination insatisfaisante du prix par la porte, elle revient discrètement par la fenêtre \_ celle du droit de la concurrence ! » a-t-on pu écrire <sup>(21)</sup>. Il reste toutefois que ce n'est plus affaire d'indétermination du prix mais de stratégies d'entrave à la concurrence par les prix <sup>(22)</sup>.

Les règles du droit de la consommation pourraient également nourrir les exigences relatives au prix. Si l'article L. 132-1, en matière de clauses abusives, précise que l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne porte pas « sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert », l'annexe qui l'accompagne prévoit au titre de la liste indicative de clauses qui « peuvent être regardées comme abusives », celles qui ont pour objet

ou pour effet « de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix, sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat » <sup>(23)</sup>. Une telle exigence doit d'ailleurs être soulignée, qui semble présupposer que le prix, en matière de vente, pourrait n'être déterminé qu'au moment de la livraison. Faut-il comprendre que le Code de la consommation admet qu'une vente soit conclue sans prix <sup>(24)</sup> ou avec un prix laissé à la discrétion du vendeur ? Le droit de la consommation serait alors moins exigeant que le droit commun de la vente, marque de méconnaissance des solutions qui finit d'attester la dispersion des solutions.

12. Dans la suite des exigences précédentes, ce sont également les modalités de la détermination du prix qui varient d'un contrat à l'autre.

Ainsi, selon les contrats, c'est tout d'abord le rôle de la volonté des parties dans la détermination du prix qui fluctue. En matière de contrat d'entreprise, aussi bien que dans les domaines des contrats-cadre, on sait que le prix peut être fonction de la volonté unilatérale d'une partie, solution rappelée à diverses reprises dans la période récente. A l'autre extrême, c'est-à-dire en matière de vente, le contrat doit, pour être valablement formé, prévoir la détermination d'un prix en fonction de facteurs indépendants de la volonté unilatérale de l'une des parties et ne pas exiger un nouvel accord des parties. Une telle exigence n'entrave pas, évidemment, la faculté qui leur est reconnue de recourir à l'arbitrage d'un tiers, au sens de l'article 1592 du Code civil, à la condition, comme l'a récemment précisé la **Cour de cassation**, que ledit tiers le soit véritablement : ainsi celui qui établit des consultations en matière financière pour l'un des acheteurs est sous la dépendance de l'une des parties <sup>(25)</sup>. être tiers, en l'espèce, c'est pouvoir être neutre.

13. Au-delà, la jurisprudence en matière de vente reste abondante sur la mise en oeuvre de la solution, c'est-à-dire sur la manière d'apprécier, d'une part, si les critères désignés par les parties sont \_ ou ne sont pas \_ sous la dépendance de l'une d'entre elles et, d'autre part, s'ils ne requièrent pas un nouvel accord. A ce titre, une tendance vers l'assouplissement des exigences se ferait jour. En ce sens, un arrêt récent de la **Cour de cassation**, en date du 2 décembre 1997, a pu admettre la validité d'une vente faisant référence au « prix en vigueur au jour de la livraison » <sup>(26)</sup>. La solution, toutefois, n'est pas nouvelle : la jurisprudence avait déjà jugé, en matière de vente d'automobiles, que le tarif fabricant était indépendant de la volonté du vendeur et, à ce titre, parfaitement valable <sup>(27)</sup>.

S'il fallait trouver trace d'un assouplissement des exigences relatives au prix dans la jurisprudence récente en matière de vente, il faudrait sans doute la trouver dans le domaine des cessions d'actions : la **Cour de cassation** a en effet admis la validité des clauses faisant référence à la valeur réelle de l'entreprise et à l'évolution des résultats, clauses dites de *earn out* <sup>(28)</sup>. Un arrêt récent admet ainsi la clause renvoyant à la « valeur de l'entreprise » et à « l'évolution des résultats », éléments jugés objectifs et indépendants de la volonté de l'une des parties et justifiant la nomination d'un expert chargé de chiffrer le prix en application du critère retenu <sup>(29)</sup>. Il reste que la Cour statue sur le fondement d'un critère inchangé, puisque la solution est justifiée sous le motif que de tels éléments sont indépendants de la volonté des parties. Elle laisse donc à penser que l'assouplissement est d'espèce, ou du moins réservé aux seules clauses dites de *earn out*, dotées d'un traitement de faveur. Mais s'il faut croire que la **Cour de cassation** a introduit ici quelque souplesse derrière une solution formellement demeurée rigoureuse, il faut également penser qu'elle a par là même accru la disparité, rapprochant certaines ventes \_ et certaines ventes seulement \_ du régime du contrat d'entreprise.

Dès lors, la sanction reste toujours possible tandis que le contrôle du juge sur les modalités de la détermination du prix de vente est, quant à lui, maintenu. La **Cour de cassation** exige ainsi avec constance que les éléments à prendre en considération dans la fixation du prix ne réclament plus un nouvel accord des parties, sans quoi la nullité pour indétermination du prix serait encourue. Une telle exigence n'est pas toujours aisée à mettre en oeuvre, comme en témoigne un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 14 décembre 1999 <sup>(30)</sup>. Cette fois, une promesse de cession d'actions avait été consentie moyennant un prix « provisoire mais maximum », selon les termes de l'acte, fonction du dernier bilan arrêté à la date de la promesse. Il était prévu que le prix varierait à la baisse, en cas d'évolution négative de l'actif net tel que celui-ci ressortirait du bilan à venir, établi contradictoirement entre les cédants et les acquéreurs. Ceux-ci, agissant en nullité de la promesse de cession pour indétermination du prix, furent déboutés par les juges d'appel mais obtinrent gain de cause devant la **Cour de cassation**. Pour les premiers, il apparaissait que « si le prix de cession n'est effectivement pas déterminé, il est déterminable, les modalités de détermination étant conformes aux usages en la matière et protectrices des acquéreurs, dès lors que la variation du prix ne pouvait s'effectuer qu'à la baisse ». Mais leur décision fut censurée, au visa de l'article 1591 du Code civil : selon la **Cour de cassation**, la détermination du prix définitif exigeait l'établissement contradictoire du bilan ; or, les parties n'avaient pas prévu, en cas de désaccord, la nomination d'un expert chargé de faire l'estimation, « ce dont il résultait la nécessité d'un nouvel accord de volonté ». Où l'on retrouve vivace le critère énoncé dans l'arrêt de principe de la Chambre des requêtes du 7 janvier 1925 <sup>(31)</sup>. On admettra dès lors aisément qu'en contemplation de la révolution initiée par les arrêts du 1er décembre 1995, les éventuelles avancées consacrées en matière de ventes font figure de pâles frémissements, tandis que les arrêts se succèdent sans toujours se ressembler.

Pouvoir unilatéral des parties d'un côté, exigence de bilatéralité de l'autre ; étalement dans le temps du processus de détermination du prix, qui peut se conclure par étapes d'un côté ; impossibilité de prévoir des conventions nouvelles de l'autre. Les oppositions sont évidemment radicales, qui contribuent à leur tour à l'impression de diversité.

14. En parallèle, le rôle du juge dans la détermination du prix dans les contrats varie également selon les hypothèses. Ainsi, puisque le prix doit résulter d'éléments objectifs fixés à l'avance par les parties, son pouvoir est nul en matière de vente : à ce titre, la **Cour de cassation** censure le recours à une expertise judiciaire pour fixer le prix <sup>(32)</sup>. Pas davantage, le juge ne pourrait-il suppléer à l'impossibilité de fixer le prix face à laquelle se trouverait l'expert désigné par les parties, dans les termes de l'article 1592 du Code civil : en ce cas, il n'y a point de vente et le juge ne saurait sauver le contrat <sup>(33)</sup>.

A l'opposé, le juge intervient aux lieux et places des parties dans le contrat d'entreprise, selon une jurisprudence constante, à défaut d'accord certain sur le montant du prix ou des honoraires prévus. Ainsi, en ces domaines, la **Cour de cassation** a admis à de multiples reprises que la rémunération puisse être fixée par le juge en fonction des éléments de la cause <sup>(34)</sup>.

La matière des contrats-cadres réserve toutefois une incertitude : s'il est avéré que le prix peut dépendre de l'une des parties \_ c'est la solution même des arrêts de 1995 \_ et s'il est tout autant certain que le prix peut ne pas avoir été déterminé dans la convention initiale \_ celle qui prévoit la conclusion des contrats ultérieurs \_, comment dénouer la situation résultant du silence du contrat-cadre et de la mésentente des parties sur le prix ultérieurement envisagé ? En évoquant l'abus dans la fixation du prix, les arrêts du 1er décembre 1995 présupposent en effet qu'un prix a été fixé. Ils ne soulèvent pas de problème lorsque le contrat initial prévoit qu'une partie aura le pouvoir de fixer le prix unilatéralement : quid dans le cas contraire ? L'hypothèse d'une nullité du contrat d'application, faute d'accord des parties, est évidemment

exclue, sans quoi la solution inaugurée en 1995 perdrait sa portée <sup>(35)</sup>. L'hésitation subsiste entre les deux autres hypothèses : soit le créancier du prix a le pouvoir d'imposer le prix, sous réserve d'un contrôle de l'abus ; soit c'est au juge de fixer le juste prix. Cette dernière hypothèse consisterait en une imitation de la solution admise en matière de contrat d'entreprise. Toutefois, l'esprit même de la jurisprudence de 1995 commande de permettre au créancier, c'est-à-dire au fournisseur ou au franchisé, d'imposer le prix unilatéralement <sup>(36)</sup>, le juge n'ayant alors qu'un pouvoir subalterne et second. Il n'est en effet pas de raison d'admettre que le créancier du prix puisse se réserver dans le contrat-cadre la faculté d'imposer le prix, et de ne pas lui attribuer pareille aptitude dans le silence de la convention initiale. En réalité, les arrêts de 1995 reconnaissent le principe même d'un prix imposé par son créancier, le juge n'ayant pour mission que de contrôler le prix retenu.

Dès lors, ce sont trois figures éventuelles qui devraient constituer le droit applicable : de l'absence de tout rôle du juge à sa pleine compétence pour fixer le prix, en passant par son pouvoir de contrôler uniquement le prix fixé unilatéralement par l'une des parties.

## **B. L'éclatement du droit des contrats**

15. Si la disparité des solutions n'est pas discutable, elle ne suffit pas à attester l'incohérence du droit de la détermination du prix. Que l'on constate une diversité des situations et l'on justifierait que les solutions qui les régissent soient différentes, pour être mieux adaptées aux différents contextes. Dès lors, il reste à déterminer si la dissemblance des solutions se trouve justifiée par une différence des contraintes à l'oeuvre.

Mises bout à bout, les diverses solutions applicables ne révèlent pas d'emblée leur cohérence, qu'il s'agisse de celles relatives à l'exigence même de détermination du prix ou de celles qui ont trait aux modalités de cette détermination. L'éclatement se manifeste aussi bien par comparaison des différents contrats qu'au regard des divergences de solutions introduites au sein d'un même type de contrat.

16. Comment justifier, d'abord, que le prix doive toujours être déterminé dans certains contrats sans devoir l'être dans d'autres ? A suivre la **Cour de cassation**, le critère de distinction est d'ordre textuel : c'est en raison de « dispositions légales particulières », selon les termes de la jurisprudence de 1995, que l'exigence de détermination du prix devrait être maintenue. Toutefois, si tel était le critère, d'ordre formel, il resterait à expliquer pourquoi le contrat d'entreprise est soustrait à l'exigence de détermination du prix à l'inverse de la vente voire du bail. Sans doute, en matière de vente, l'article 1591 du Code civil dispose sans ambiguïté que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties », tandis que le contrat n'est parfait que lorsque l'on est « convenu de la chose et du prix » (article 1583 du Code civil). Pour en être convenu, on admettra qu'il faut l'avoir déterminé au stade de la formation même du contrat. Toutefois, en contemplation d'une telle rédaction, l'article 1710 du Code civil ne semble rien avoir à envier aux règles relatives à la vente, en disposant que « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Or, cette fois, le contrat, à suivre la jurisprudence, existera bien sans qu'il n'y ait eu d'accord sur le prix. Au demeurant, par comparaison, on peinerait à justifier une solution opposée pour le bail, alors que l'article 1709 est rédigé quasiment à l'identique de l'article 1710 \_ « le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ».

Dans d'autres hypothèses, les textes se contentent d'exiger la mention, dans un écrit, du prix du contrat. Mais parce que les textes ne précisent pas nécessairement si l'exigence est requise

à titre de validité de l'acte, le choix restera ici aussi prétorien. En guise de « dispositions légales particulières », c'est donc à la jurisprudence qu'il faut s'en remettre. Aussi l'exigence de mention dans un écrit n'ouvre guère sur des solutions formellement cohérentes. Ainsi, l'article 1907 alinéa 2 du Code civil dispose que « le taux conventionnel doit être fixé par écrit », exigence qui ne débouche plus sur une nécessaire détermination du taux bien que l'écrit soit requis à peine de nullité, tandis que la solution serait inverse pour le contrat de travail ou le mandat de l'agent immobilier. Sur cette voie, on ne saurait davantage expliquer la nullité d'une clause dite « d'indétermination du prix » dans le contrat de transport, sur le fondement de la loi du 30 décembre 1982, dont les dispositions ne réclament pas la détermination du prix mais une juste rémunération du transporteur ou un prix apte à satisfaire aux exigences de sécurité. En réalité, la seule référence aux textes reste donc trompeuse et fallacieuse. Affirmer que la détermination du prix dans la vente est exigée en raison des termes de l'article 1591 du Code civil, ou juger que le contrat d'entreprise ne requiert pas un prix déterminé ou déterminable en raison du caractère désormais inopérant de l'article 1129 du Code civil et en dépit de l'article 1710 du Code civil, ne sont toujours que des arguments formels, masquant d'autres critères de choix <sup>(37)</sup>.

17. Aussi, une autre explication a-t-elle pu être avancée : l'exigence de détermination du prix dépendrait de la fonction qui est la sienne selon les contrats, qui varierait selon qu'il « donne un caractère onéreux à une convention » ou que, différemment, « il participe de sa qualification ». « Dans le premier cas, en principe, son existence, et partant sa déterminabilité, ne saurait être sanctionnée a priori par la nullité de l'acte contrairement à ce qu'il devrait en être dans le second » <sup>(38)</sup>. Ainsi, ce serait parce que la vente sans prix peut devenir une donation ou un bail sans prix un prêt à usage, qu'il faudrait déterminer le prix ab initio, pour éviter l'incertitude pesant sur la qualification de l'acte, tandis qu'un louage sans prix reste un louage d'ouvrage, de telle sorte que « c'est peut-être pour cela, aussi, que la jurisprudence ne condamne pas a priori ce contrat lorsqu'il est dépourvu d'un prix » <sup>(39)</sup>. Quoique séduisante, l'explication ne convainc pas : elle ne pourrait être justifiée que si l'on devait admettre, lorsque les parties n'ont pas stipulé de prix dans le contrat d'entreprise, que celui-ci soit nécessairement à titre gratuit. Mais précisément, le juge s'autorise à fixer le prix, préservant ici le caractère onéreux de l'acte. Par suite, une même démarche ne pourrait-elle être suivie dans les autres hypothèses <sup>(40)</sup> dans lesquelles l'absence de prix introduirait un débat sur la qualification du contrat ? Ainsi, le juge pourrait fixer le prix dans la vente (ou contrôler sa fixation unilatérale) <sup>(41)</sup>, comme il le fait dans le contrat d'entreprise, préservant le caractère onéreux de l'acte dans le premier cas \_ ce qui en ferait alors, mais seulement par conséquence, une vente \_ aussi bien qu'il le fait pour le premier. Le seul fait que l'indétermination du prix introduise une incertitude sur la nature même de l'acte conclu \_ vente ou donation \_ ne justifie en rien qu'à rebours l'acte soit nul. Au reste, il relève de la mission normalement dévolue au juge de contrôler et de restaurer l'exacte qualification des contrats, sans que le doute résultant des stipulations de l'accord ait jamais rétrospectivement justifié la nullité de l'acte pour cause d'incertitude sur un élément essentiel, sans quoi il n'y aurait précisément plus de jurisprudence en matière de qualification des contrats.

En définitive, les différentes solutions ne s'expliquent pas par des considérations théoriques. Elles conduisent tout simplement à traiter différemment des contrats dans lequel le prix est et demeure un élément essentiel : certains peuvent être formés sans détermination initiale de l'un de ces éléments, tandis que d'autres réclament une telle détermination. Autrement dit, le prix a bien un caractère essentiel dans le contrat d'entreprise ; mais pas le fait qu'il soit préalablement fixé : « Un accord préalable sur le montant de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage », selon la formule employée par la **Cour de cassation**, récemment réitérée dans un arrêt du 20 juillet 1999 <sup>(42)</sup>. Bien que la prestation

financière soit un élément essentiel de ces différents contrats conclus à titre onéreux <sup>(43)</sup>, sa détermination n'est pas nécessairement requise au stade de la formation de l'acte.

18. Dès lors, la confrontation des solutions pourra révéler la dilution de leurs fondements théoriques. Si l'on en cherchait témoignage, on s'attacherait aux motifs qui, dans la jurisprudence de la **Cour de cassation**, justifient depuis près d'un siècle que le prix soit déterminé dans la vente : le contrat de vente n'est parfait, est-il jugé de façon constante, que si le prix peut être déterminé par des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs <sup>(44)</sup>. Qui ne voit qu'une telle justification décrit le schéma même d'une vente... qui aurait été conclue en exécution d'un contrat-cadre, simplement en en inversant la chronologie ? Une vente conclue en fonction d'un tarif vendeur dans le contexte d'un contrat-cadre, n'est-elle pas en effet un contrat de vente pour lequel le prix aura précisément été déterminé par des éléments dépendants de la volonté de l'une des parties ? Est donc valable le contrat de vente pour lequel le prix aura, dans le passé, été fonction d'éléments dépendants de la volonté de l'une des parties, tandis que ne l'est pas celui qui dépendra, dans l'avenir, de mêmes éléments.

Au demeurant, la formule employée explicitement par les arrêts du 1er décembre 1995, selon laquelle « 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 » <sup>(45)</sup>, décrit, en en inversant la chronologie, ce que stigmatise la jurisprudence en matière de vente lorsqu'elle prohibe la conclusion d'accords ultérieurs : dans le contexte d'un contrat de vente conclu en exécution d'un contrat cadre, la vente aura en effet, par définition, dépendu d'accords antérieurs. Aussi, la justification de la nullité d'une vente \_ de droit commun \_ pour indétermination de son prix, décrit, à rebours, le schéma que mettent en place les contrats-cadres. Sur cette voie, le parallèle montre l'aporie du raisonnement jurisprudentiel : les arrêts de 1995 réservant l'hypothèse de dispositions légales particulières, l'application de la jurisprudence en matière de vente élaborée sur le fondement de l'article 1591 du Code civil, aux ventes conclues en exécution de contrats-cadres, devrait conduire à considérer ces ventes comme nulles !

En définitive, dès lors que l'on a admis la validité d'une vente ayant été déterminée par des éléments dépendants de la volonté d'une partie sous prétexte qu'elle aura été soumise à une convention préalable, comme l'a fait la jurisprudence en 1995, il n'est plus de raison, en parallèle, de refuser la validité de toutes ventes dans lesquelles le prix dépend également de la volonté de l'une des parties ou de conventions ultérieures <sup>(46)</sup>.

19. Ces remarques attestent d'ailleurs que les incohérences se manifestent parfois au sein d'un même type de contrat, les exigences relatives au prix venant, au fond, induire des démembrements et des sous-catégories de contrats. Envisagés sous l'angle de la détermination du prix, certains contrats spéciaux perdent dès lors leur unité.

Ainsi, s'agissant de la vente, ce ne sont pas moins de quatre régimes distincts qui coexistent désormais et ont vocation à s'entrecroiser. Le premier régime est celui de droit commun, conforme aux termes de l'article 1591 du Code civil : le prix est désigné et déterminé par les parties, ce qui impose nécessairement qu'il ne dépende pas de la volonté arbitraire de l'une d'entre elles. A l'opposé, le second concerne les ventes conclues en exécution d'un contrat-cadre. Celles-là pourront avoir un prix fixé unilatéralement par l'une des parties, voire \_ mais le point est discuté \_ par le juge lui-même si le contrat-cadre est resté silencieux et que les parties ne s'accordent pas.

Les parties peuvent également avoir prévu la détermination du prix en fonction d'un tarif constructeur : ce dernier est jugé suffisamment indépendant des parties pour que le prix soit fixé en dehors de la volonté arbitraire de l'une d'entre elles. Elles pourront encore, de façon différente, avoir eu recours à un arbitre, au sens de l'article 1592 du Code civil : mais cette

fois, l'arbitre devra être d'une indépendance à toute épreuve, le seul écran de la personnalité morale dont se sert la jurisprudence pour qualifier le tiers dans l'hypothèse précédente ne suffisant plus. Dans ces deux dernières hypothèses, le juge ne pourra plus intervenir pour rectifier le prix voire suppléer à l'indétermination du prix.

De la même manière, le prêt donne lieu à des solutions dont la cohérence n'apparaîtra pas immédiatement : le taux variable est licite en certains cas (prêts immobiliers, ouverture de crédit) ; il ne l'est plus en matière de prêt à la consommation. Quant aux transports, la clause d'indétermination du prix ne pourra être toujours sanctionnée, puisqu'il faut aller trouver dans les hypothèses bien spécifiques prévues par les articles 6 et 9 de la loi du 30 décembre 1982 le fondement d'une sanction qui ne saurait nécessairement toujours prévaloir.

20. Envisagé sous l'angle de la détermination du prix, le droit des contrats est donc devenu un droit à plusieurs vitesses. La disparité des solutions s'explique au cas par cas, en fonction de considération d'opportunité. C'est parce que l'opération ne permet pas aisément la détermination du prix ab initio que l'on admet qu'il ne soit pas déterminé lors de la formation du contrat d'entreprise ; c'est parce que la variabilité du taux serait économiquement plus indispensable dans les prêts immobiliers et les ouvertures de crédit que dans les prêts à la consommation que l'on tente de justifier la différence de traitement. Des considérations pratiques expliqueraient l'assouplissement du droit des cessions d'actions, tout simplement parce que les opérations, en ce domaine, ont vocation à s'échelonner parfois sur plusieurs années : l'évolution des résultats et de la valeur réelle de l'entreprise constitue un indice adapté, la marque d'une nécessité d'éviter de figer le prix pour mieux répondre aux besoins de l'opération envisagée. La cession d'actions, sous cet aspect, devient une forme particulière de vente, contrat spécial par son objet.

L'illustration atteste également que les considérations d'opportunité sont par hypothèse fluctuantes. La jurisprudence sur les contrats-cadres en fournirait d'ailleurs la meilleure preuve, qui a radicalement changé de perspective sous l'emprise de données de fait (concurrence entre les entreprises ; nullité absolue inadaptée à la situation de certains contractants, etc.) : qui ne voit, dans ces conditions, que les modèles proposés ont nécessairement vocation à évoluer ?

Aussi bien, inspirée par des considérations pragmatiques et non par des textes, rendant compte d'une concurrence de fondements et de logiques au sein de la matière des contrats, le droit positif du prix doit aujourd'hui être considéré comme un droit en transition. L'absence de toute règle de droit commun, le mouvement vers l'objectivation du lien contractuel et, plus généralement, l'assouplissement des exigences tenant à la formation du contrat appellent une nécessaire évolution des règles anciennes. Le droit de la vente, pour s'en tenir à l'archétype des modèles anciens, ne pourra pas faire subsister longtemps ce qui va bientôt s'apparenter, dans maintes hypothèses, à une fiction : le fait que le prix doive être déterminé indépendamment de la volonté de l'une des parties.

S'il fallait encore un témoignage de l'évolution qui s'amorce, il conviendrait de le rechercher dans les exigences qui portent, cette fois, sur le contrôle du prix.

## **II. Le contrôle du prix**

21. On serait tenté, pour sérier les règles relatives au contrôle du prix, de recourir à la distinction traditionnelle entre la formation du contrat et son exécution. Il conviendrait ainsi de distinguer le contrôle du prix lors de la formation du contrat, par opposition à celui qui pourrait avoir lieu une fois le contrat formé. Mais, précisément, une telle opposition n'a plus lieu d'être : ainsi, en matière de contrat-cadre, il n'est pas possible de déterminer, par avance, si le contrôle judiciaire de l'abus, que les arrêts de 1995 invitent à opérer, sera un contrôle lié à



la formation de l'acte ou à son exécution. S'agissant du contrat-cadre, le contrôle aura en effet bien lieu lors de son exécution ; mais si l'on prend en considération les contrats conclus en exécution dudit contrat-cadre, ceux-là mêmes qui réclament un prix, on se trouvera, selon les cas, au stade de leur formation ou de leur exécution, puisqu'ils peuvent fort bien se former sans que le prix soit déterminé. Dans le domaine du contrat d'entreprise, le contrôle du prix pourra être un contrôle au stade de l'exécution du contrat, lorsque le contrat se sera formé sans prix déterminé ; mais la révision du prix \_ ainsi des honoraires excessifs \_ portera sur un élément fixé lors de la formation du contrat.

En réalité, on peut encore tenter de distinguer deux situations, même si les interférences s'accroissent et les frontières deviennent ténues : celle où le prix est discuté initialement, en raison de son montant par rapport à la contre-prestation ; celle où le prix est discuté ultérieurement, en raison de circonstances nouvelles \_ on retrouve l'hypothèse de l'imprévision. Les solutions rendues, on va le voir, contribuent précisément à rendre la distinction souvent bien peu justifiée, appelant ici aussi une évolution des solutions. Il devient en effet difficile d'appliquer des règles opposées, selon que ce qui est contrôlé, c'est le prix fixé (A) ou bien le prix appliqué (B).

### **A. Le contrôle du prix fixé**

22. Ainsi qu'on a pu le souligner, le contrôle de la fixation du prix est logiquement dépendant du modèle retenu <sup>(47)</sup>, en amont. Pour comprendre la situation dans laquelle se trouve désormais le droit des contrats, il faut tenter de chercher les modèles que le droit positif a élaboré, au gré des solutions.

23. Dans un premier système, le prix doit être déterminé initialement pour que le contrat soit valablement conclu : le rôle du juge reste alors par principe mineur. Ce qu'il contrôle éventuellement, ce sont les modalités de sa détermination, imposant par exemple que le prix ne dépende pas d'une volonté arbitraire. Autrement dit, le contrôle du prix s'apparente à un contrôle procédural par opposition à un contrôle substantiel. Le quantum, en ce cas, ne doit en effet pas l'intéresser. C'est la solution retenue par principe en matière de vente. Dans ce contexte, le contrôle substantiel du prix est alors exceptionnel, puisqu'il ne porte que sur les hypothèses parfaitement dérogatoires de prix vils \_ à l'exception des cas de lésion \_ qui témoignent d'une absence de contrepartie fournie de la part du débiteur du prix. La solution est parfaitement classique, même si elle connaît un regain d'intérêt en raison de la multiplication des ventes à prix symbolique, pour un franc, voire, selon une dénomination inappropriée, à prix négatif. Le prix vil n'est pas dépendant d'un quantum apprécié in abstracto, de sorte que le prix d'un franc peut parfois être adapté aux termes de l'échange, là où un prix nettement plus élevé ne le sera pas.

24. Un second modèle recouvre les hypothèses dans lesquelles le prix peut être déterminé unilatéralement et ne constitue plus un élément nécessaire à la validité de l'acte : en ce cas, un contrôle s'impose évidemment, destiné à protéger celui dont la volonté ne peut s'exprimer. Dans la jurisprudence, ce contrôle est susceptible d'emprunter plusieurs formes.

Dans une première approche, on pourrait être tenté d'opposer la situation dans laquelle le contrat est resté silencieux sur les modalités de détermination du prix, de celle dans laquelle le contrat les a envisagées, aménageant ainsi le pouvoir de l'une des parties d'imposer ce prix. Dans le premier cas, le juge serait appelé à fixer le prix, dans le second à contrôler le montant imposé par la sanction de l'abus. Le rôle du juge serait d'ailleurs bien différent : dans un cas, il chercherait le prix juste ; dans le second, il contrôlerait le prix fixé à la marge, c'est-à-dire en stigmatisant l'abus dans sa fixation unilatérale. Il n'est toutefois pas assuré que l'opposition soit si réelle : le conflit se nouera toujours, dans les deux hypothèses, autour du prix que son

créancier entend imposer <sup>(48)</sup>; les parties ne se présenteront pas devant le juge comme devant un expert chargé de fixer le prix. En outre, en cas de prix excessif imposé par le créancier à son contractant, le contrôle aboutira souvent à un résultat identique à celui qu'entraîne la fixation du prix par le juge : le juge imposera, aussi bien dans le silence du contrat que par suite de la sanction d'un abus, le prix juste. La différence ne se fera sentir que si le prix imposé par une partie, sans être le juste prix, n'est pour autant pas abusif.

C'est au regard de cette sous-distinction que l'on comprend, logiquement, l'intervention du juge en matière de fixation des honoraires de divers professionnels, en nombre croissant. Cette jurisprudence marque évidemment l'essor du rôle du juge dans la lutte contre les disproportions \_ la rupture d'équivalence \_, au point d'ailleurs qu'elle s'étend désormais aux honoraires qui avaient été forfaitairement fixés <sup>(49)</sup>.

Cette approche ne rend toutefois pas compte de l'intervention du juge dans le domaine des contrats-cadres. Bien que l'on se situe dans un contexte qui, évidemment, appartient au modèle dans lequel le prix n'est pas requis pour la validité du contrat, le rôle du juge est distinct. S'il se déclenche en cas d'abus dans la fixation du prix, ce qui fait songer à l'excès évoqué précédemment, le juge n'aura pas pour mission de rétablir le juste prix, du moins directement. En effet, l'abus ouvre, selon la **Cour de cassation**, sur une résiliation ou une indemnisation. Dans le premier cas, c'est le contrat-cadre qui tombe, sans que le prix n'en soit évidemment affecté (il n'y aura plus de ventes). Dans le second cas, il faut comprendre que le contrat-cadre est maintenu, le débiteur du prix ayant droit à une indemnisation qui ne vaut, logiquement, que pour le passé. Ainsi, pour l'avenir, on doit admettre que le contrat est maintenu et donc applicable en fonction des modalités de détermination du prix que les stipulations prévoyaient. Le juge n'aura donc pas modifié le prix applicable, sauf à avoir incité le créancier, par persuasion, à adopter un comportement non abusif pour l'avenir. Les arrêts de 1995, s'ils ouvrent évidemment sur un contrôle du prix, n'ont ainsi aucunement prévu une intervention directe du juge sur la fixation du prix : celui-ci ne fixe pas le prix en cas de silence ; il ne réduit pas le prix excessif ou abusif. Il sanctionne. Sur le terrain des rapports du juge et du contrat, et plus généralement, sur celui des fondements mêmes du droit des contrats, il faut dès lors admettre que le juge n'intervient pas dans le contrat. Si l'on souhaitait caractériser son contrôle, on pourrait être tenté de le rapprocher d'un contrôle de la lésion : au fond, ne sanctionne-t-il pas un excès ? Toutefois, à la différence de la lésion dans la vente, son contrôle se situe au stade de l'exécution du contrat \_ distinction qui n'a en réalité aucune importance \_ sans autoriser directement un rachat de la lésion. Surtout, ce que le juge contrôle, c'est l'éventuel abus dans la fixation du prix, et non l'excès purement objectif que constitue une lésion <sup>(50)</sup>. Bien que situé sur le terrain de l'exécution du contrat, le contrôle de l'abus n'est pas davantage assimilable à une révision pour imprévision, car ce ne sont pas des circonstances nouvelles au sens ici entendu habituellement, qui sont source de contentieux.

25. Une fois admises ces différences, il reste à mesurer les écarts pour déterminer si elles sont parfaitement justifiées.

L'analyse requiert alors de rechercher ce que recouvre le contrôle de l'abus dans le domaine des contrats-cadres <sup>(51)</sup>. On sait les trésors d'intelligence que la doctrine a pu déployer pour expliquer ce que la notion d'abus peut signifier. Ainsi a-t-on pu imaginer l'application de critères multiples destinés à caractériser l'abus : le comportement déloyal du fournisseur, l'état de dépendance du débiteur du prix à l'égard de son partenaire, la différence excessive entre le prix exigé et le prix du marché, les dispositions spécifiques résultant du contrat lui-même, l'intérêt commun des parties et leurs relations de partenariat. Selon les opinions, le contrôle devait être large et fréquent ou bien limité et rare. Le juge devrait également, en fonction des doctrines défendues, rechercher le juste prix pour déterminer l'existence ou non d'un abus, ou bien s'attacher au comportement du créancier l'ayant fixé. La question est rendue d'autant plus

difficile que les prix discriminatoires étant déjà prohibés par l'ordonnance du 1er décembre 1986 (article 36-1), la difficulté consiste à définir l'abus sans en faire un doublon des règles propres au droit de la concurrence.

Les précisions fournies en jurisprudence sont sans doute, pour l'heure, insuffisantes et provisoires. S'agissant de la preuve de l'abus, la jurisprudence a souligné que c'est au demandeur, c'est-à-dire au débiteur du prix, de rapporter la preuve de l'abus, en dépit de ce qu'une partie de la doctrine avait pu estimer. Sur le fond, c'est-à-dire quant à la définition de l'abus, les indications fournies par les premiers arrêts doivent être comprises avec précaution. Il ressort nettement de la jurisprudence de la **Cour de cassation** que les termes du contrat aussi bien que le comportement du créancier doivent être pris en compte, le juge ne s'en tenant pas à une simple analyse du quantum du prix. Ainsi, dans une décision du 21 janvier 1997 <sup>(52)</sup>, la Chambre commerciale de la **Cour de cassation** refoule l'hypothèse d'un abus commis par un franchiseur au détriment de son franchisé, en soulignant que la clause d'approvisionnement exclusif laissait une importante marge de manoeuvre au franchisé (elle « concernait une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats, ainsi qu'un catalogue des produits et un tarif de vente indicatif »), tandis que le franchiseur lui avait laissé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire. Interprétée a contrario, la décision laisserait entendre que le critère de l'abus devrait être trouvé dans la faculté laissée au franchisé de négocier les prix.

A ce titre, un arrêt de la **Cour de cassation** du 11 mai 1999 <sup>(53)</sup>, rendu dans le cadre d'une relation entre un commissionnaire et une compagnie pétrolière, contribue à souligner l'importance du comportement du créancier et celle de la marge de manoeuvre qu'il laisse à son contractant. L'arrêt rejette le pourvoi faute pour le concessionnaire d'avoir établi « que la compagnie avait abusé de l'exclusivité pour majorer son tarif », non sans avoir souligné que « la preuve de la mauvaise foi de la compagnie n'était pas rapportée ».

Si l'ensemble reste imprécis, il apparaît d'ores et déjà que ce n'est pas le quantum qui intéresse en premier lieu le juge, mais davantage l'attitude du créancier dans la fixation du prix. Comme l'avait souligné Laurent Aynès, à la suite des arrêts de 1995, le contrôle ne porte pas sur un prix objectif mais sur la loyauté de la pratique contractuelle <sup>(54)</sup>. Le contrôle est en cohérence avec ce qui le justifie, à savoir le fait que le contractant ait en son pouvoir la faculté de fixer le prix. Ce qui motive en effet une sanction de l'abus, c'est précisément la relation de dépendance <sup>(55)</sup>: que celle-ci n'existe pas, et l'abus ne saurait avoir été commis. Dans le cas contraire, le juge devra alors apprécier le prix fixé par rapport au marché, pour sanctionner les hypothèses de prix prohibitifs ou discriminatoires, bref pour stigmatiser le prix qui ne permettrait plus au contractant de poursuivre sa propre activité. Mais en ce cas, l'excès du prix ne fait que trahir l'abus dans l'usage du pouvoir de fixation unilatérale dont dispose le créancier. L'excès se mesure sur le prix ; l'abus, sur le pouvoir de fixation de ce prix. Le premier permet, comme un révélateur, de présupposer le second. Mais il n'en est jamais que la conséquence.

26. Si l'on admet que le contrôle porte davantage sur une procédure de fixation que sur un quantum, la comparaison avec le droit de la vente s'éclaire d'un jour différent. Evidemment, un tel contrôle de l'abus n'a pas lieu d'être en matière de vente, puisque les exigences sont formulées en amont. Pourtant, est-il certain que la transposition d'un tel contrôle viendrait mettre à mal l'équilibre recherché en matière de vente ? Ne peut-on penser, à l'inverse, que la jurisprudence en matière de vente gagnerait une occasion de s'affiner si elle en venait à emprunter les solutions admises en matière de contrat-cadre ?

Dans le domaine de la vente, la **Cour de cassation** prohibe, on l'a vu, les hypothèses dans lesquelles le prix de vente est déterminable en fonction de la seule volonté du vendeur. Sur ce point, elle opère bien un contrôle procédural, pour envisager les modalités de détermination

du prix et, précisément, pour débusquer l'emprise éventuelle de la volonté de l'un des contractants. Mais elle admet, dans le même temps, que la vente soit valablement formée dès lors qu'elle dépend du tarif du fabricant, pour reprendre l'exemple des ventes de véhicules, notamment parce que le prix de vente se trouve alors, « compte tenu des fluctuations du marché automobile, déterminable indépendamment de la volonté des parties » <sup>(56)</sup>. Par suite, ce qui justifie donc les solutions retenues en matière de vente, c'est précisément le risque d'abus, qui existe dès lors que le vendeur peut fixer le prix unilatéralement. Peu importe, dans la perspective retenue, le prix effectivement fixé : le risque, à lui seul, entraîne la nullité du contrat. Aussi, pourquoi ne pas admettre la validité de la vente, lorsque le prix fixé l'aura été en fonction de contraintes liées au marché et n'aura pas revêtu un caractère abusif ? Pourquoi prononcer la nullité de contrats dans lesquels le vendeur n'aurait pas abusé du pouvoir de fixation unilatérale du prix, au seul motif que ce serait permettre d'éviter que dans d'autres hypothèses, le vendeur ne profite pas de sa situation pour imposer un prix prohibitif à l'acquéreur <sup>(57)</sup>? La jurisprudence en matière de vente ne gagnerait-elle pas à savoir faire le tri entre les cas où l'abus est avéré de ceux dans lesquels il n'y a pas eu abus, plutôt que de condamner les uns au nom de la protection contre les autres ? Elle n'y perdrait pas sa raison d'être ; elle l'accomplirait de façon plus subtile.

Plus encore, ce qui a pu justifier, notamment, l'abandon de l'exigence de détermination du prix dans les contrats-cadres, c'est la présence d'un marché contraignant pour le fournisseur ou le franchiseur, permettant d'apaiser les craintes de le voir par trop profiter de son pouvoir. N'est-ce pas précisément la même motivation que traduit la jurisprudence précitée relative au tarif fournisseur, qui souligne le rôle du marché automobile, pour considérer le prix comme valablement fixé ? Ce qu'elle contrôle, ce faisant, n'est-ce pas d'une certaine manière l'absence d'abus possible ? Il y aurait donc bien, par-delà la diversité des solutions voire leur opposition, une même motivation permettant de rechercher l'unité.

Au surplus, en dépit des présupposés contraires, la jurisprudence relative aux contrats-cadres semblera davantage protectrice de l'acheteur que celle élaborée en matière de vente en présence d'un tarif provenant d'un fournisseur, qualifié de tiers : alors que dans le premier cas, le contrôle de l'abus offre à l'acheteur une protection, dans le second la jurisprudence conduit à interdire la remise en cause du prix, valablement et donc définitivement fixé ab initio.

Aussi, la comparaison des modèles et des solutions retenues montre que la jurisprudence en matière de contrats-cadres pourrait être transposée à la vente, du moins dans le cas où la fixation du prix est laissée à la discrétion de l'un des contractants. Subsisteraient les cas dans lesquels les parties n'ont pas prévu de prix. Dans cette hypothèse, sauf à croire qu'elles n'ont pas entendu conclure un contrat et s'en sont tenues à des pourparlers, la convention devrait pouvoir être considérée comme formée. Une hypothèse serait alors de laisser au juge la faculté de déterminer le prix, selon un schéma évoqué précédemment <sup>(58)</sup>. Mais la logique introduite par les arrêts 1995 conduit à laisser au créancier la faculté de fixer le prix, sous contrôle de l'abus <sup>(59)</sup>, présupposant qu'il n'y a jamais, en réalité, de silence du contrat <sup>(60)</sup>. La solution aurait l'avantage de permettre une unification des modes de fixation du prix et de contrôle, alignant l'hypothèse du prix laissé à la discrétion de l'une des parties sur celle dans laquelle le contrat est resté silencieux sur les modalités de sa détermination.

Surtout, il faut souligner que ce qui doit être contrôlé, ce n'est pas l'ensemble des prix dans les contrats. La désactivation de l'article 1129 du Code civil et la transposition de la jurisprudence en matière de contrats-cadres aux hypothèses encore soumises à l'exigence de détermination du prix n'est pas faite pour justifier un contrôle généralisé des prix dans les contrats. De façon différente, l'évolution amorcée doit permettre la formation du contrat sans prix déterminé et ouvrir sur la faculté, pour l'une des parties, de le fixer unilatéralement. Ce qui doit donc être contrôlé, c'est uniquement l'abus d'un pouvoir donné par contrat à l'un des contractants. Par

conséquent, lorsque les parties sont convenues d'un prix, le contrôle n'a pas lieu d'être, sauf les hypothèses exceptionnelles de lésion. Par là, la disparité du droit positif et la dispersion des modèles évoqués précédemment pourraient être résorbées. Les défenseurs de la liberté contractuelle, partisans de l'autonomie de la volonté, ne sauraient ici craindre une emprise du juge \_ qui ne doit pas devenir partie et titulaire du pouvoir de fixer le prix \_ ni le triomphe totalitaire d'une conception objective du contrat, dominée par des considérations purement économiques. Ainsi pourrait se manifester une évolution des exigences relatives au prix vers davantage de cohérence <sup>(61)</sup>, sans que les fondements mêmes des solutions existantes soient bafoués. Dans cette perspective, il faut également s'interroger sur l'avènement d'un contrôle du prix dans l'application du contrat, lorsque le prix a été valablement fixé ab initio.

## **B. Le contrôle du prix appliqué**

27. Nombre des hypothèses précédentes relèvent déjà de l'exécution du contrat, qu'il s'agisse du contrôle du prix en matière de contrats-cadres ou dans le domaine du contrat d'entreprise, celui des honoraires des mandataires et autres professionnels. A ce titre, cette jurisprudence pourra à nouveau révéler une dysharmonie en matière de prix : est-il encore logique, dans cette perspective qui tend à apparaître et à grossir en importance, que le prix ne puisse pas être, par principe, modifiable dans les contrats à exécution successive, dès lors que des événements viennent en révéler l'inadaptation et l'excès ?

Sans doute pourra-t-on tenter de refuser le parallèle : au fond, si la révision du prix dans les contrats doit rester exceptionnelle et l'imprévision n'être admise qu'en droit administratif et non en droit civil, ce serait parce que le principe reste, en notre domaine, celui de la force obligatoire du contrat et, par suite, celui du respect de la volonté des parties. On dira alors que, dans le contrat-cadre, le contrôle repose sur le fait que les volontés ne s'étaient pas accordées sur le prix abusif, comme dans le contrat d'entreprise en l'absence de prix fixé au préalable ou dans l'hypothèse d'honoraires excessifs. A l'inverse, dans les autres hypothèses, on serait en présence d'un prix accepté par les parties à l'origine et devenu excessif au cours du temps, en fonction des circonstances. La situation serait bien différente, qui justifierait l'intangibilité de principe du prix.

Pourtant, la jurisprudence élaborée en matière de contrats-cadres porte en elle l'admission de la révision des prix devenus abusifs dans les contrats. Car la solution nouvellement posée n'est pas discutable : le prix abusif appelle un contrôle judiciaire, dès lors que ce prix a été soustrait à la volonté de l'une des parties. Certes, dans le cadre d'un contrat à exécution successive, on n'est pas nécessairement en présence d'une « convention prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs », selon la formule employée dans les arrêts du 1er décembre 1995. Mais la raison d'être du contrôle de l'abus ne tient pas tant à la présence de contrats dépendants d'une convention initiale, qu'au fait que le prix a été fixé unilatéralement, par son créancier, dans des conditions qui peuvent nuire au débiteur. A ce titre, on comprend que le contrôle de l'abus ait vocation à s'étendre. Envisagé du côté du débiteur du prix, le contrôle de l'abus permet de fixer des limites à sa dépendance. S'il existe une différence entre l'hypothèse visée par la jurisprudence nouvelle et celle de l'imprévision, c'est parce que, dans un cas, un contractant dépend de son créancier ; de l'autre, il dépend des circonstances. Mais il existe toutefois un point commun essentiel, qui justifie le parallèle : dans les deux cas, le débiteur est sous l'emprise du contrat, dépendant d'une clause de prix que sa volonté n'a pas voulu telle.

28. Parce que le mouvement engrangé par les arrêts de 1995 s'inscrit dans une tendance plus générale qui irrigue le droit des contrats, les signes d'une évolution se font déjà sentir. Durant longtemps, une seule manifestation avait pu être repérée, trop isolée pour être aisément généralisable. On veut parler de « l'illustrissime » arrêt Huard, selon le mot de Denis

Mazeaud, rendu par la chambre commerciale de la **Cour de cassation** le 3 novembre 1992 <sup>(62)</sup> : on sait qu'en l'espèce, la **Cour de cassation** avait condamné le comportement déloyal d'une compagnie pétrolière, qui imposait à l'un de ses distributeurs des prix d'achat supérieurs aux prix de revente que parvenaient à pratiquer les autres contractants de la compagnie, soumis à un statut nettement plus favorable. La **Cour de cassation** a ainsi considéré qu'en privant son distributeur de la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels, la société « n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ».

Si un arrêt ne fait pas le printemps de la révision judiciaire des contrats, deux décisions peuvent bien faire naître une jurisprudence, surtout lorsque que la seconde solution rappelle quasiment à l'identique la première. Le second coup a été tiré par un arrêt du 24 novembre 1998 <sup>(63)</sup>, rendu dans le contexte de relations entre un agent commercial et ses mandants. Le premier se plaignait en l'espèce de la vive concurrence à laquelle il se trouvait confronté, notamment de la part de centrales d'achat qui se fournissaient directement auprès de ses mandants. Sur le fondement de l'article 4 de la loi du 25 juin 1991, en vertu duquel « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté », la chambre commerciale casse l'arrêt ayant débouté l'agent malheureux, relevant que les juges d'appel auraient dû rechercher si les sociétés avaient pris « des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels ». Autrement dit, elle appelait là encore à une révision du contrat, pour permettre l'adaptation du prix aux contraintes de la concurrence.

29. Sans doute faut-il relever que ces arrêts n'imposent pas une révision judiciaire du prix, puisque, de façon différente, ils sanctionnent l'absence de révision contractuelle par la mise en jeu des règles de la responsabilité du créancier du prix. De même, le contexte n'est pas celui de l'imprévision, puisque dans les deux hypothèses, loin d'être dues à des événements fortuits, les situations justifiant l'aménagement du prix avaient été le fait de l'un des contractants. Mais il reste que les solutions ouvrent directement sur une exigence de renégociation du prix, tout simplement afin d'éviter que celui-ci ne puisse, lors de la vie du contrat, revêtir un caractère abusif par suite de la politique tarifaire pratiquée par le créancier. Sur le terrain de la volonté, en dépit de l'accord initial, on se trouve alors en présence d'un prix qui n'est plus voulu que par une seule partie, situation comparable, à ce titre, à celle connue précédemment au stade de la fixation initiale du prix. Le critère de l'abus, ou plus exactement celui de la déloyauté ou de l'absence de bonne foi, se propage à l'encontre de la force obligatoire du contrat.

Les partisans d'une approche subjective du contrat pourront peut-être le déplorer, s'en remettant au principe de la force obligatoire du contrat. Mais ils auront bien tort de succomber à cette impulsion : car ce que l'approche subjective suppose, c'est précisément la présence de volontés libres et non contraintes. Lorsque le prix est un instrument de coercition dans le contrat, le respect des volontés est un leurre. Que la jurisprudence en prenne désormais conscience, pour contrôler les abus plutôt que de se retrancher derrière des accords vides de volontés, ne manifeste pas une régression du droit, mais un souci de réalisme. Sans doute faut-il alors discuter les conditions d'une telle évolution, tant il est vrai qu'elle se justifie principalement dans les contrats de dépendance, dans les relations inégalitaires et, pour l'essentiel, dans les contrats qui s'étalent dans la durée. La discussion, sur ces points, est devenue indispensable ; elle suppose d'avoir pris conscience qu'avec la jurisprudence qui est train de s'élaborer en matière de prix, c'est tout notre droit des contrats qui change de fondement.

<sup>1</sup> (1) Cette acception large de la notion de prix résulte notamment de la jurisprudence qui admet la validité de ventes ou cessions pour un prix symbolique (v. not., **Cass. com.**, 18 novembre 1986, Bull. Joly 1987, p. 1147 ; **Cass. civ.** 3e, 3 mars 1993, Bull. civ. III, n° 28 ; Defrénois 1993, p. 927, note Y. Dagonne-Labbé ; R.T.D. Civ. 1994, obs. P.-Y. Gautier ; R.T.D. Com. 1993, p. 665, obs ; Champaud et Danet ; J.C.P. 1994. I. 3744, obs. M.

Fabre-Magnan), au rebours d'une solution antérieure jugeant que la vente à un franc était dépourvue de validité, « la contrepartie ne pouvant être considérée comme un prix » (**Cass. civ.** 3e, 17 mars 1981, Bull. civ. III, n° 56 ; R.D. imm. 1982, p. 545, obs. Dagot ; D. 1981, inf. rap. 442, obs. C. Larroumet). Sur le rapport entre la notion de prix et la vente à un franc, v. Ch. Freyria, Le prix de vente symbolique, D. 1997, chron. 51. Aj., la formule retenue en jurisprudence selon laquelle « la vente d'une chose peut être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'une somme d'argent » (en ce sens, **Cass. civ.** 3e, 9 décembre 1986, Bull. civ. III, n° 177 ; Defrénois 1987, p. 1187, obs. G. Vermelle). Sur la notion de prix, v. plus généralement, J.-B. Racine, La notion de prix en droit contemporain des contrats, R.I.D.C., 1999, p. 77 ; aj. Larribau-Terneyre, L'exigence d'une notion de prix (problématique), J.C.P. éd. E., Les cahiers du droit de l'entreprise, supplément no7, 1997, p. 25, spéc. p. 26.

2 (2) **Cass.** Ass. plén., 1er décembre 1995, Bull. civ., n° 9 ; D. 1996, 13, concl. Jéol, note L. Aynès ; J.C.P. 1996. II. 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin ; Gaz. Pal. 1995. 1. 626, concl. Jéol, note de Fontbressin ; Defrénois 1996. 747, obs. Ph. Delebecque ; R.T.D. Civ. 1996. 153, obs. J. Mestre ; J.C.P., éd. E., 1996. II. 776, note L. Leveneur ; J.C.P., éd. E., 1996. I. 523, n° 7, obs. Mousseron ; Banque 1996. 82, note Guillot ; Petites Affiches du 27 décembre 1995, note D. Bureau et N. Molfessis.

3 (3) Sur ce débat, v. les différentes opinions rapportées par D. Ferrier, Les apports au droit commun des obligations, R.T.D. Com. 1997, p. 49, spéc. nos 9 et s., p. 52. Cet auteur estime, pour sa part, que « l'application de l'article 1129 du Code civil au prix paraissait parfaitement justifiée », dans la ligne de l'opinion naguère défendue par R. Houin (obs. sous **Cass. com.**, 11 octobre 1978, D. 1979. 137) en opposition avec celle de Y. Loussouarn (note sous l'arrêt préc., J.C.P. 1979. II. 19034).

4 (4) La question de la détermination du prix a en effet pu être rattachée à l'exigence de certitude de l'objet au sens de l'article 1108 du Code civil : v. ainsi l'analyse retenue dans le Traité de Planiol et Ripert, T. VI par Esmein, 1952, n° 220 où les auteurs exposent que « l'objet que les stipulations du contrat ne permettent pas de préciser équivaut à un objet inexistant » et que « sera nul, faute d'objet d'une des obligations (...), le contrat dont le prix n'aurait pas été fixé » ; aj. sur cette citation, J. Huet, Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix, Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, p. 311, spéc. n° 6, p. 323 ; plus généralement, sur « l'objet monétaire » et donc sur le prix qui « doit, en principe, comme tout autre objet, être certain », J. Carbonnier, Droit civil, tome 4, Les obligations, P.U.F., Thémis, 22e éd., 2000, n° 55, p. 119. L'auteur s'interroge, plus loin (n° 57, p. 124), sur les conséquences du refoulement de l'article 1129 : « L'article 1108 ne demeurera-t-il pas, tout de même ? ».

5 (5) J. Huet, Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix, préc., p. 311, spéc. p. 322, note 42.

6 (6) **Cass. com.**, 10 février 1998, R.T.D. Civ. 1998, p. 365, obs. J. Mestre ; **Cass. com.**, 11 juin 1996, D. 1996, som., p. 323, obs. L. Aynès ; D. 1997, som., p. 59, obs. D. Ferrier ; Cont. conc. cons., 1999, n° 68, obs. L. Leveneur.

7 (7) **Cass. com.**, 23 février 1999, Dr. et patr., n° 73, p. 89, obs. P. Chauvel (qui juge que « la clause d'un contrat de franchise, stipulant que les marchandises livrées au franchisé seraient facturées au prix de marché, n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation », mais n'évoque pas l'inapplicabilité de l'article 1129 du Code civil) ; **Cass. com.**, 21 janvier 1997, D., 1997, 414, note Ch. Jamin ; **Cass. com.**, 26 mars 1996, Cont. conc. cons., 1996, n° 136, note L. Leveneur.

8 (8) **Cass. civ.**, 1re, 20 février 1996, Bull. civ. I, n° 91 ; Defrénois 1996.1432, obs. A. Bénabent. V. ég., **Cass. civ.** 3e, 20 juillet 1999, Construction et urbanisme 1999, n° 264, obs. D. Sizaire, qui rappelle qu'un accord préalable sur le montant de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage.

9 (9) Sur les hésitations possibles en ce domaine, notamment parce que la jurisprudence antérieure statuait sur le fondement des articles 1108 et 1129 du Code civil, v. M. Thioye, Recherches sur la conception du prix dans les contrats, Thèse Toulouse I, janvier 2000, nos 84 et s. ; aj. dans le sens de l'exigence de détermination, E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 149.

10 (10) **Cass. civ.** 1re, 2 mai 1990, J.C.P. éd. E., 1991. II. 118, note J. Stoufflet ; éd. G., II, 21655 ; D., 1991, 41, note C. Gavalda ; Banque 1990, p. 1097, obs. J.-L. Rives-Lange.

11 (11) Sur cette question, v. L. Finel, Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire, J.C.P. 1996. II. 3957, spéc. n° 18.

12 (12) **Cass. com.**, 9 juillet 1996, J.C.P. 1996, II, 22721, note J. Stoufflet ; Defrénois 1996, p. 1323, obs. Ph. Delebecque ; Cont. conc. cons. 1996, n° 182, note L. Leveneur. L'arrêt se satisfait d'exemples chiffrés mentionnés à titre indicatif s'agissant du T.E.G.

13 (13) **Cass. civ.** 1re, 9 mai 1996, D., 1997. somm. 176, obs. D. Mazeaud ; D. aff., 1996.839 ; Cont. conc. cons. 1996, n° 136, note L. Leveneur.

14 (14) **Cass. civ.** 1re, 10 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 446 ; D. aff. 1997.246 ; D. 1997, 303, note I. Fadlallah ; v. cep. **Cass. civ.** 1re, 17 novembre 1998, Bull. civ. I, n° 323 ; D. aff. 1999. 163, obs. C.R. ; Cont. conc. cons. 1999, n° 31, obs. G. Raymond.

15 (15) V. not. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, 7e éd., 1999, n° 278, p. 266, qui affirment que « le bail est soumis à l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable » ; Lamy droit du contrat, B. Fages, dir., 1999, n° 215-19 ; aj. sur la période antérieure, J. Viatte, La détermination du loyer est-elle un élément constitutif du bail ?, Rev. Loyers 1969, 327.

16 (16) L'article 102 du Code de commerce impose que la lettre de voiture (remplacée par le récépissé) « énonce le prix de la voiture », mais la portée d'une éventuelle omission du prix n'est pas prévue par l'article.

17 (17) Sur ces textes, v. l'analyse de B. Fages, note sous **Cass. com.**, 13 avril 1999, J.C.P., éd. E., 2000, p. 37, spéc. n° 5, p. 39.

18 (18) **Cass. com.**, 13 avril 1999, préc.

19 (19) Ainsi, c'est sur le fondement du décret du 24 mars 1978 et précisément des modèles prévus (lacunaires sur ce point) que le **Cour de cassation** considère qu'est interdit dans le prêt à la consommation le taux d'intérêt variable.

20 (20) **Cass. com.**, 7 octobre 1997, Cont. conc. cons. 1998, n° 2, obs. L. Leveneur ; J.C.P. 1998. II. 10110, note D. Mainguy.

21 (21) L. Leveneur, obs. préc.

22 (22) Aj. not. les exigences des articles 7 ou encore 8-2 (sur lequel, v. **Cass. com.**, 16 décembre 1997, Bull. civ. IV, n° 337, 1997 ; D. 1998, somm., p. 338, obs. D. Ferrier) de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

23 (23) Point l), auquel il convient d'ajouter le point j) visant les clauses autorisant « le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat ».

24 (24) Puisque ce qui compte, dans les termes précités, c'est que le consommateur ait une faculté de rompre le contrat, ce qui laisse bien entendre que le contrat de vente a pu être conclu, comme le confirme la suite de la disposition. On comparera ces termes à ceux, bien plus rigides, de l'article R. 132-2, alinéa 2.

25 (25) **Cass. civ.** 1re, 2 décembre 1997, R.T.D. Civ. 1998, p. 396, obs. P.-Y. Gautier.

26 (26) **Cass. civ.** 1re, 2 décembre 1997, Petites Affiches n° 70 du 12 juin 1998, note C. Humann : « la **Cour d'appel**, qui a relevé que le bon de commande faisait référence « au prix en vigueur le jour de la livraison » qui était prévue au mois de décembre 1992, en a exactement déduit que ce contrat faisait référence au prix tel qu'établi par le constructeur et répercuté par l'importateur au concessionnaire, de sorte que le prix était déterminable, indépendamment de la volonté du vendeur, seule à prendre en considération pour l'application de l'article 1591 du Code civil ». On relèvera que le Cour souligne que la date de livraison était prévue, ce qui semble requis, par ricochet, pour que le prix soit déterminable.

27 (27) **Cass. civ.** 1re, 8 novembre 1983, Bull., I, n 262, p. 234 : « Mais attendu que la **Cour d'appel** a constaté que la Société des établissements L. Gauthier, titulaire d'un contrat de concession avec la société Volkswagen de droit allemand, est une société commerciale française, totalement indépendante de la société Volkswagen-France, laquelle lui vend les véhicules qu'elle revend dans les limites territoriales fixées dans le contrat de concession, pour son propre compte et sous sa seule responsabilité, au prix que lui impose la société Volkswagen-France, conformément au contrat de concession, et dans la détermination desquels, en tant que concessionnaire, elle n'a absolument aucune part » ; que le prix de vente de la voiture était, compte tenu des fluctuations du marché automobile, déterminable indépendamment de la volonté des parties ; que les juges du second degré ont pu déduire de ces énonciations que le prix de vente de la voiture de M. de Bucquois était déterminable indépendamment de la volonté du vendeur...

28 (28) Sur la question de la détermination du prix dans les conventions de earn out, v. F.-D. Poittrinal, Cessions d'entreprise : les conventions de earn out, J.C.P., éd. N.I., 1994, p. 594, spéc. p. 595.

29 (29) V. ainsi, **Cass. com.**, 10 mars 1998, R.T.D. Civ. 1998, 899, obs. J. Mestre, à propos duquel les concessionnaires s'étaient engagés à acquérir de nouveaux titres à un prix qui serait « fonction de l'évolution des résultats et de la valeur réelle de l'entreprise au moment de chaque transaction ». Les juges du fond avaient pu affirmer que ces éléments étaient « indépendants de la seule volonté des parties ». Parce qu'il fallait qu'un expert chiffre le prix en application du critère retenu, on a pu y voir une évolution vers le « prix judiciaire » : D. Mazeaud, Defrénois 1998, p. 681 ; aj. D. Ferrier, Les clauses d'opération - chose et prix, J.C.P., éd. E., cah. dr. ent., n° 4, 1999, p. 11, spéc. p. 12.

30 (30) **Cass. com.**, 14 décembre 1999, n° 2042, Bull. civ. IV, no 234.

31 (31) Req., 7 janvier 1925, D.H., 1925. 57 ; F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10e éd., 1994, no 173, p. 707.

32 (32) **Cass. civ.** 1re, 16 juillet 1998, D. aff. 1998, p. 1442 : la venderesse assigne l'acquéreur en paiement du prix de vente d'une automobile, cette dernière contestant l'existence de la vente et invoquant subsidiairement un défaut d'accord sur le prix. Un expert judiciaire est désigné. Pour faire droit à la demande, à partir de l'estimation de l'expert, l'arrêt retient qu'il suffit que le prix de vente puisse être déterminé par relation avec des éléments ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties et que, tel était bien le cas, en l'espèce, puisqu'il a été établi par l'expert, à la suite de l'examen du véhicule : « en statuant ainsi, alors que les parties n'avaient fixé à l'avance aucun élément objectif permettant la détermination du prix, la **Cour d'appel** a violé (l'article 1591 du Code civil)



». Solution réitérée par **Cass. civ.** 1re, 19 janvier 1999 (D. 1999, inf. rap., p. 5), qui considère que la fixation judiciaire du prix par référence au prix du marché procède par des éléments extérieurs à la convention des parties, en violation de l'article 1591 du Code civil.

33 (33) Pour un cas récent de « nullité » de la vente (il faudrait mieux dire d'absence de tout accord : v. P.-Y Gautier, obs. citées ci-après, spéc. p. 853), en raison de l'impossibilité des experts de fixer le prix en fonction des éléments prévus par les parties, v. **Cass. civ.** 2e, 8 avril 1999, J.C.P. 1999. II. 10136, note A. Viandier ; Cont. conc.,consom., 1999, n° 126, obs. L. Leveneur ; R.T.D. Civ. 1999, p. 852, obs. P.-Y Gautier.

34 (34) Solution constante : v. parmi bien d'autres, **Cass. civ.** 3e, 24 janvier 1978, Bull. civ. III, n° 49 ; **Cass. civ.** 1re, 15 juin 1973, Bull. civ. III, n° 202 ; **Cass. com.**, 29 janvier 1991, J.C.P. 1991. II. 21751, obs. L. Leveneur ; R.T.D. Civ. 1991, p. 323, obs. J. Mestre ; **Cass. civ.** 3e, 4 juillet 1972, Bull. civ. III, n°442 ;**Cass. civ.** 1re, 9 février 1977, Bull.civ. I, n°74 ; 4 octobre 1989, Bull. civ.I, n° 301.

35 (35) Puisqu'il y est bien prévu que le prix peut être indéterminé dans la convention-cadre sans que la validité des contrats à venir s'en trouve affectée.

36 (36) Th. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Ch. Jamin et D. Mazeaud dir.,Economica, 1999, p. 31, spéc. n° 14, p. 41.

37 (37) Au demeurant, l'exigence de détermination du prix au stade de la formation du contrat de vente n'est pas affirmée dans l'article 1582 du Code civil, qui la définit comme la convention « par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». L'article 1583, lu a contrario, ne pourrait-il permettre de retarder la détermination du prix à condition de reporter d'autant le transfert de propriété (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 (...) », ce qui exclurait la sanction de la nullité ?

38 (38) A. Brunet, A. Ghozi, La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, D. 1998, chron. p. 1, spéc. n° 8, p. 3 ; dans le même sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, 7e éd., 1999, n° 278, p. 266.

39 (39) A. Brunet, A. Ghozi, op. cit., loc. cit.

40 (40) Les autres cas, car contrairement à ce que présuppose l'explication avancée, la question de savoir si un louage d'ouvrage est stipulé avec ou sans prix est également une question de qualification de l'acte, dont le caractère gratuit ou onéreux en dépend.

41 (41) Solution préférable, v. infra, n° 26.

42 (42) **Cass. civ.** 3e, 20 juillet 1999, Construction et urbanisme, octobre 1999, p. 9, obs. D. Sizaire.

43 (43) Sur la notion d'éléments essentiels et la prestation financière, v. J. Rochfeld, Cause et type de contrat, L.G.D.J., 1999, préf. J. Ghestin, spéc. n°s 159 et s., p. 148 et s.

44 (44) Parmi d'autres, v. la formule de **Cass. com.**, 24 mars 1965, D. 1965, 474 : « un contrat de vente n'est parfait que s'il permet, au vu de ses clauses, de déterminer le prix par des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs » ; sur ces exigences, v. supra, n° 12.

45 (45) Le singulier de « celle-ci » renvoyant à la convention-cadre et non aux contrats de ventes, ce qui est évidemment discutable : v. A. Brunet, A. Ghozi, La jurisprudence de l'Assemblée plénière du point de vue de la théorie du contrat, D. 1998, chron. p. 1, spéc. n° 7, p. 2.

46 (46) V. la démonstration de Th. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Ch. Jamin et D. Mazeaud dir.,Economica, 1999, p. 31, spéc. n° 9, p. 39.

47 (47) Sur ce point, v. les développements de F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., n° 276, p. 263 et s. Les auteurs distinguent toutefois deux modèles qui ne correspondent pas parfaitement à ceux ici retenus, du moins dans leurs conséquences : l'un dans lequel le prix est une condition de formation du contrat ; l'autre dans lequel il peut être déterminé lors de l'exécution. Dans le premier, deux variantes sont évoquées, qui rendent compte des modalités de la détermination du prix (lorsque le prix est simplement déterminable) : dans un cas, le prix doit être fonction d'éléments indépendants de la volonté des parties, dans l'autre, il peut dépendre du tarif vendeur (mais avec alors la possibilité d'un contrôle du juge, qui, selon ces auteurs, interviendrait uniquement au stade l'exécution du contrat, en guise de sanction de l'abus). Cette variante conjugue donc exigence de formation et contrôle au stade de l'exécution. Dans le second grand modèle, la détermination du prix est abandonnée à un accord ultérieur à l'exécution du contrat, avec comme corollaire, non un contrôle du juge sur le prix fixé par les parties mais un pouvoir du juge de déterminer lui-même le prix dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient pas à s'accorder. Or, on devrait également pouvoir admettre, dans ce second modèle, un contrôle du juge.

48 (48) Ce rapprochement est très utilement montré par Th. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, préc., n° 7. L'auteur montre aussi qu'elles ne sont pas semblables sur le terrain des résultats, c'est-à-dire de l'effet de l'intervention du juge (v. no 17) ce qui n'est toutefois pas si assuré en pratique.

49 (49) **Cass. civ.** 1re, 5 mai 1998, J.C.P. 1998. I. 177, obs. F. Labarthe ;Rép. Defrénois 1998, p. 1042, obs. Ph. Delebecque ; R.T.D. Civ. 1998, 901, obs. J. Mestre.

50 (50) V. infra, n° 25.

- [51](#) (51) Sur les différentes approches, v. Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Thèse Aix-Marseille III, 1999, spéc. sur la question du prix, n<sup>os</sup> 745 et s., p. 511 et s., l'auteur prônant, pour sa part, un contrôle reposant sur une analyse de la finalité de la clause.
- [52](#) (52) **Cass. com.**, 21 janvier 1997, D. 1997, 414, note Ch. Jamin.
- [53](#) (53) **Cass. com.**, 11 mai 1999, Dr. patr., n<sup>o</sup> 77, déc. 1999, p. 75, obs. P. Chauvel.
- [54](#) (54) L. Aynès, note sous **Cass. Ass. plén.**, 1er décembre 1995, préc., p. 20.
- [55](#) (55) Sur celle-ci, v. Th. Revet, Les apports au droit des relations de dépendance, R.T.D. Com. 1997, p. 37.
- [56](#) (56) En ce sens, **Cass. civ. 1re**, 8 novembre 1983, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 262, p. 234.
- [57](#) (57) Rapp. Ph. Delebecque, obs. sous Paris, 3 mai 1996, D. 1996, som., p. 326, qui relève justement « la détermination unilatérale d'un prix n'est pas, par elle-même, abusive ; elle ne l'est qu'à raison des circonstances qu'il faut, de surcroît, établir ».
- [58](#) (58) V. supra, n<sup>o</sup> 24.
- [59](#) (59) V. supra, n<sup>o</sup> 14.
- [60](#) (60) Il faut suivre ici l'idée de Th. Revet, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, préc.,spéc. n<sup>os</sup> 13 et 14, selon lequel il faut admettre l'existence d'une règle supplétive, dans le silence de la convention quant aux modalités de détermination du prix, désignant le créancier du prix comme titulaire du pouvoir de le fixer unilatéralement.
- [61](#) (61) Il resterait à harmoniser les sanctions et les effets du contrôle judiciaire. La logique veut que l'abus conduise à la restauration du prix juste et donc à une réduction du prix excessif que l'abus a entraîné. L'évolution devrait venir ici aussi du droit des contrats-cadres.
- [62](#) (62) **Cass. com.**, 3 novembre 1992, J.C.P. 1993. II. 22164 obs. G. Virassamy ; R.T.D. Civ. 1993, 124, obs. J. Mestre.
- [63](#) (63) **Cass. com.**, 24 novembre 1998, Quot. Jur., 22 décembre 1998, p. 6, note P.M. ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud.

## SEANCE 6 : TRANSFERT DE PROPRIETE ET TRANSFERT DES RISQUES

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.
- Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

### II. JURISPRUDENCE

- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 avr. 1979, pourvoi n°77-13725, JCP G., 1981, II, 19697, M. Dagot.
- Cass. Com., 19 oct. 1982, pourvoi n°81-10220.
- Cass. Com., 7 déc. 1993, pourvoi n°91-22217.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 1994, pourvoi n°91-17185, D. 1995, p. 52.
- Cass. Com., 9 janv. 1996, pourvoi n°93-12667, D. 1996, p. 184.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1 juin 1999, pourvoi n°97-14165.
- Cass. Com., 5 mars 2002 : Act. proc. Coll. 2002, n° 115.
- Cass. Com., 28 sept. 2004, pourvoi n°03-10332.

### III. DOCTRINE

- P. BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ 1988, p. 673.
- D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, D. 1992, Chron. p. 67.
- J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTD Civ. 2000, p. 477.
- M. THIOYE, *Vente de meubles à fabriquer : le contrat est parfait dès qu'il y accord sur les éléments essentiels*, D. 2000, p. 622.
- D. MAINGUY, *Propriété et contrat*, Dr. et patrimoine, n° 91, mars 2001.
- A. LIENHARD, *Clause de réserve de propriété : rejet d'une QPC*, D. 2011, p. 1814.
- C. COUTANT-LAPALUS, *L'impact des règles relatives à l'effet du contrat*, RDI 2016, p. 348.
- G. MARAIN, *Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016*, AJ Contrat 2016, p. 526.

### IV. EXERCICES

- Résoudre les cas pratiques.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1103 C. civ. (ex-art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.)** : Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Art. 1104 C. civ. (ex-art. 1134 al. 3, C. civ.)** : Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public.

**Art. 1193 C. civ. (ex-art. 1134, al. 2, C. civ.)** : Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

**Art. 1196 C. civ. (ex-art. 1138 C. civ.)** : Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.

**Art. 1217 (v. ex-art. 1184 C. civ.)** : La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

**Art. 1221 C. civ. (v. ex-art. 1184 C. civ.)** : Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

**Art. 1227 C. civ. (v. ex-art. 1184 C. civ.)** : La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

**Art. 1228 C. civ. (v. ex-art. 1184 C. civ.)** : Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

**Art. 1304-2 C. civ. (ex-art. 1174 C. civ.)** : Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.

**Art. 1304-6 C. civ. :** L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition. En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

**Art. 1344-2 C. civ. (v. ex-art. 1302 C. civ.) :** La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà.

**Art. 1351 C. civ. (v. ex-art. 1302 C. civ.)** L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

**Art. 1351-1 C. civ. (v. ex-art. 1302 C. civ.) :** Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée.

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

#### ➤ Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux :

**Art. 22 :** Le transfert de propriété a lieu dans les conditions prévues à l'article 1196, sauf les exceptions ci-après.

**Art. 23 :** Lorsque la vente porte sur une chose de genre, le transfert de propriété a lieu lorsque la chose est individualisée. Les marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure sont individualisées par la pesée, le compte ou la mesure.

L'acheteur peut en demander l'individualisation.

**Art. 24 :** Lorsque la vente porte sur une chose future, le transfert de propriété a lieu lorsque la chose vient à exister.

**Art. 25 :** Les droits et actions du vendeur qui sont l'accessoire du bien vendu sont transmis à l'acheteur. Le vendeur conserve les actions en réparation de son préjudice personnel de jouissance.

## II. JURISPRUDENCE

#### ➤ Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 avr. 1979, n°77-13725.

SUR LE MOYEN UNIQUE :

ATTENDU, SELON L'ARRET ATTAQUE, QUE, PAR ACTE SOUS SEING PRIVE DU 15 JANVIER 1975, LES CONSORTS Z... ONT VENDU A X... DEUX TERRAINS, ETANT STIPULE QUE L'ACHETEUR SERAIT PROPRIETAIRE LE JOUR DE LA SIGNATURE DE L'ACTE AUTHENTIQUE; QUE LES CONSORTS Z... ONT VENDU CES TERRAINS LES 28 ET 30 AVRIL 1975, A DAME Y...; QUE, PAR ASSIGNATION DELIVREE LE 7 MAI 1975, X... A ENGAGE CONTRE Z... UNE ACTION EN

REALISATION DE LA VENTE QUI LUI AVAIT ETE CONSENTIE ET EN NULLITE DE LA VENTE CONSENTIE A DAME Y...;

ATTENDU QUE X... REPROCHE A L'ARRET D'AVOIR DECLARE REGULIERE L'ACQUISITION DE DAME Y... ET DECIDE QUE X... N'AVAIT DROIT QU'A UNE INDEMNITE, ALORS QUE, SELON LE MOYEN, " D'UNE PART, L'OBLIGATION DE DELIVRANCE SUPPOSANT UNE VENTE PARFAITE ET CONFERANT A L'ACQUEREUR LE DROIT D'EXIGER D'ETRE MIS EN POSSESSION, L'ARRET ATTAQUE NE POUVAIT, SANS CONTRADICTION, EN ADMETTRE L'EXISTENCE A LA CHARGE DU VENDEUR ET NE RETENIR AU PROFIT DE L'ACQUEREUR QU'UNE CREANCE DE DOMMAGES-INTERETS, ET QUE, D'AUTRE PART, EN STATUANT EN CE SENS, APRES AVOIR RELEVÉ L'ACCORD DES DEUX PARTIES SUR LA CHOSE ET SUR LE PRIX, COMME LA REALISATION DES CONDITIONS SUSPENSIVES, ET EN SE BORNANT A RETENIR QUE LE TRANSFERT DE LA PROPRIETE ETAIT RESERVE JUSQU'A LA PASSATION DE L'ACTE AUTHENTIQUE, SANS FAIRE ETAT D'AUTRES CIRCONSTANCES DE NATURE A ETABLIR QUE LES PARTIES AVAIENT AINSI ENTENDU RETARDER JUSQU'A CETTE DATE LA NAISSANCE DE LEUR OBLIGATION DE VENDRE OU D'ACHETER, L'ARRET ATTAQUE N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION ";

MAIS ATTENDU QUE L'ARRET RELEVÉ QUE L'ACTE SOUS SEING PRIVE DU 15 JANVIER 1975 A RESERVE LE TRANSFERT DE LA PROPRIETE A L'ACQUEREUR, AU JOUR DE LA SIGNATURE DE L'ACTE AUTHENTIQUE; QUE CET ACTE, N'AYANT PAS ETE DRESSE, LE TRANSFERT DE PROPRIETE N'A PAS EU LIEU ET QUE LE BIEN A ETE VENDU A DAME Y...; QUE LA COUR D'APPEL RETIENT, JUSTEMENT, QUE LES FRERES Z... N'ETAIENT TENUS JUSQU'A LA SIGNATURE DE L'ACTE NOTARIE QUE D'UNE OBLIGATION DE FAIRE QUI NE POUVAIT ENGENDRER AU PROFIT DES EPOUX X... QU'UNE CREANCE MOBILIERE SOUS FORME DE DOMMAGES-INTERETS; QUE CES MOTIFS JUSTIFIENT LEGALEMENT LA DECISION;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE LE POURVOI

➤ **Cass. Com., 19 oct. 1982, n° 81-10220.**

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SA PREMIERE ET SA TROISIEME BRANCHE :

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A L'ARRET ATTAQUE (METZ, 29 OCTOBRE 1980) D'AVOIR DEBOUTE LA SOCIETE "NEOCHROME BAYER" (SOCIETE NEOCHROME) DE LA DEMANDE QU'ELLE AVAIT FORMEE A L'ENCONTRE DE LA SOCIETE MECAREX POUR OBTENIR LE PAIEMENT DU SOLDE DU PRIX D'UNE INSTALLATION DE NICKELAGE QU'ELLE LUI AVAIT VENDUE ET LIVREE ET QUI AVAIT PERI DANS L'INCENDIE DES ATELIERS DE LA SOCIETE MECAREX ET DE L'AVOIR AU CONTRAIRE CONDAMNEE A RESTITUER A CETTE DERNIERE LES ACOMPTES PERCUS, EN RETENANT QU'EN APPLICATION D'UNE CLAUSE DE SON CONTRAT LA SOCIETE NEOCHROME ETANT RESTEE PROPRIETAIRE DES APPAREILS JUSQU'A COMPLET PAIEMENT, LA PERTE LUI INCOMBAIT, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE, D'UNE PART, LES RISQUES DE LA CHOSE N'ETANT, CONFORMEMENT A L'ARTICLE 1138 DU CODE CIVIL, TRANSFERES AU CREANCIER PROPRIETAIRE QU'AU MOMENT OU LA CHOSE A DU ETRE LIVREE, CESSENT D'ETRE A LA CHARGE DU DEBITEUR DE L'OBLIGATION DE DELIVRANCE DEMEURE PROPRIETAIRE DES L'INSTANT OU L'OBLIGATION A ETE EXECUTEE PAR LA TRADITION DE LA CHOSE QUAND BIEN MEME LE CONTRAT CONTIENDRAIT UNE CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE DES LORS QU'IL NE SUSPENDAIT PAS L'OBLIGATION DE DELIVRANCE, EN SORTE QUE, CONTRAIREMENT A CE QUE DECIDE L'ARRET ATTAQUE EN VIOLATION DE L'ARTICLE 1138, ALINEA 2, DU CODE CIVIL, LES RISQUES AVAIENT ETE TRANSFERES A L'ACQUEREUR DES LA LIVRAISON DE LA CHOSE, BIEN QUE LA SOCIETE NEOCHROME EN FUT DEMEUREE PROPRIETAIRE EN APPLICATION DE LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE ;

ALORS, ENFIN, QUE L'ARRET ATTAQUE A DENATURE, VIOLANT AINSI L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL, LA CLAUSE 10, CLAIRE ET PRECISE DU CONTRAT, LAQUELLE PREVOYANT QUE DES ENLEVEMENT, LA SOCIETE NEOCHROME NE POURRAIT ETRE RENDUE RESPONSABLE POUR DES DEGATS EVENTUELS, S'ANALYSAIT NECESSAIREMENT EN UN TRANSFERT DES RISQUES A L'ACQUEREUR, QUAND BIEN MEME LE VENDEUR SERAIT DEMEURE PROPRIETAIRE APRES ENLEVEMENT DE LA MARCHANDISE ;

MAIS ATTENDU, D'UNE PART, QUE C'EST A JUSTE TITRE QUE LA COUR D'APPEL A RETENU QU'EN DEPIT DE LA LIVRAISON INTERVENUE, LES RISQUES DE PERTE DE LA CHOSE ETAIENT RESTES A LA CHARGE DU VENDEUR, TOUJOURS PROPRIETAIRE EN APPLICATION DE LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE ;

ATTENDU, D'AUTRE PART, QU'ANALYSANT LES TERMES DU CONTRAT, C'EST SOUVERAINEMENT QU'ELLE A RETENU QUE LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE NE POUVAIT ETRE MISE EN ECHEC PAR LA CLAUSE VISEE A LA TROISIEME BRANCHE DU MOYEN QUI N'ETAIT APPLICABLE QU'AU TRANSPORT ET A LA RECEPTION DU MATERIEL ;

QUE LE MOYEN N'EST FONDE EN AUCUNE DE CES BRANCHES ;  
PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI

➤ **Cass. Com., 7 déc. 1993, n°91-22217.**

Sur les deux moyens, réunis, pris en leurs deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 20 novembre 1991), rendu sur renvoi après cassation, que M. Henri de X... d'Héritot et ses deux fils François et Alain (les consorts de X... d'Héritot), qui avaient acheté des actions de la Société cotonnière transocéanique, en ont fait apport à la Société nouvelle Cofin et à la Société nouvelle Corinvest, créées à cet effet, et ont reçu en rémunération de ces apports des actions de ces dernières sociétés ; que les actions ainsi reçues ont été cédées par les consorts de X... d'Héritot et à la Société financière et immobilière (la SOFIM) et à la Compagnie de financement industriel (la CFI), qui, par actes datés du 6 mai 1980, ont consenti aux consorts de X... d'Héritot des promesses de vente portant respectivement sur 13 954 actions de la Société nouvelle Cofin et 17 696 actions de la Société nouvelle Corinvest ; que, de leur côté, les consorts de X... d'Héritot se sont engagés, par actes de même date, à acheter aux sociétés SOFIM et CFI les actions visées dans les promesses de ventes souscrites par celles-ci ; que, le 19 avril 1984, les sociétés SOFIM et CFI, qui avaient, le 3 janvier 1984, mis en demeure, sans succès, les consorts de X... d'Héritot de respecter leurs engagements, les ont assignés en régularisation des ventes promises ; que ceux-ci ont soutenu que leur obligation était éteinte dans la mesure où l'objet de cette obligation avait disparu, dès lors que les assemblées générales extraordinaires des actionnaires des Sociétés nouvelle Cofin et nouvelle Corinvest avaient décidé de procéder à une augmentation de capital par annulation des actions anciennes et création d'actions nouvelles ;

Attendu que M. Henri de X... d'Héritot fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné, avec ses deux fils, à payer aux sociétés SOFIM et CFI le montant du prix des actions promises, tel que prévu dans le contrat, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'à titre exceptionnel, le droit français reconnaît l'existence d'action sans valeur nominale pour les actions de travail des sociétés anonymes à participation ouvrière, les actions de jouissance appartenant à l'Etat de certaines sociétés d'économie mixte, les actions de sociétés d'investissement à capital variable ; qu'en l'espèce, il est constant que les Sociétés nouvelle Cofin et nouvelle Corinvest ne rentraient dans aucune des catégories de sociétés susvisées ; que le montant de leurs actions ne pouvait donc être inférieur à 100 francs ; qu'en déclarant dès lors que la valeur des actions de ces deux sociétés, bien que réduite à zéro à la fin de l'année 1982, donc avant la levée de l'option du 3 janvier 1984, n'en existait pas moins pour condamner M. Henri de X... d'Héritot, en dépit de ses écritures sur ce point, à payer la valeur des actions, la cour d'appel a violé l'article 206 du décret du 23 mars 1967 ; et alors, d'autre part, que si le transfert de la propriété des actions et des risques de la chose vendue a eu lieu le 3 janvier 1984, à la charge de M. Henri de X... d'Héritot, les vendeurs qui n'étaient plus propriétaires des actions après cette date, ne

pouvaient pas, sans faute de leur part, se livrer, sans lui en référer, ni pour solliciter son avis ni pour l'aviser des décisions prises, aux opérations suivantes jusqu'en 1985 : passation par profits et pertes des actifs sociaux, modification statutaire, changement d'administrateur, poursuite de l'exploitation en dépit des pertes, augmentation de capital, réduction de ce capital et annulation des actions ; que, tout en constatant que postérieurement au 3 janvier 1984, les sociétés venderesses avaient procédé à ces opérations et notamment à l'annulation des actions litigieuses, la cour d'appel a considéré que l'impossibilité de délivrance des actions n'était pas due à la faute des vendeurs ; d'où il suit que la cour d'appel a violé les articles 1134, 1302 et 1138 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'en retenant que si les actions litigieuses avaient perdu toute valeur (" réduite à néant ") par suite de la disparition de l'actif net social des sociétés émettrices, ces actions n'en existaient pas moins au moment de la mise en demeure délivrée par les sociétés SOFIM et CFI, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Attendu, d'autre part, qu'après avoir exactement énoncé que l'acheteur restait tenu de payer le prix bien que la chose ait été perdue, à la seule condition que la perte ne puisse être imputée à la faute du vendeur, l'arrêt retient que c'était la diminution des capitaux propres des Sociétés nouvelle Cofin et nouvelle Corinvest, conséquence de la diminution des valeurs des actions de la Société cotonnière transocéanique dont les vendeurs n'assumaient pas la gestion, qui avait nécessité l'augmentation de capital destinée à assurer, conformément à la loi, la reconstitution, par les actionnaires en titre, de ces capitaux à une valeur au moins égale à la moitié du capital social, de sorte que le " périssement " de l'objet de la vente, consistant en l'annulation des actions anciennes, n'était pas dû à la faute du débiteur qui avait, dès le 3 janvier 1984, soit avant la tenue des assemblées générales du 21 novembre 1985 ayant décidé de cette augmentation de capital et de l'annulation des actions anciennes, mis en demeure les acheteurs ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Qu'il s'ensuit que les moyens ne sont fondés en aucune de leurs branches ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janv. 1994, n° 91-17185.**

Sur le premier moyen du pourvoi, qui est recevable, ci-après annexé :

Attendu que la production du registre d'audience permettant d'établir la date exacte de la décision qui a été rendue le 10 juin 1991, le moyen doit être écarté ;

Sur le second moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Amiens, 10 juin 1991), statuant sur renvoi après cassation, que, bénéficiaire d'une promesse de vente d'un immeuble consentie par M. Y..., M. X... a levé l'option, puis a donné les locaux à bail avant la signature de l'acte authentique à laquelle le transfert de propriété était subordonné selon les termes de la convention des parties ; que M. Y..., qui a refusé de passer l'acte authentique de vente, a demandé la restitution des sommes perçues à titre de loyers, par M. X..., jusqu'à cette date ;



Attendu que M. Y..., condamné à passer cet acte, fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande, alors, selon le moyen, "1 ) que, si la vente est valablement formée et existe à compter de la levée d'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente, ce qui n'était pas contesté par le promettant, ses effets normaux et notamment le transfert du droit de propriété, prévu par l'article 1583 du Code civil, au profit du bénéficiaire acquéreur peuvent être aménagés par la convention des parties qui s'impose aux juges ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations des juges d'appel que, dans la convention du 25 mai 1984, les parties avaient expressément reporté le transfert de propriété à la signature de l'acte authentique de vente ; qu'il se déduisait de cette clause claire et précise que, nonobstant l'existence de la vente à la date de la levée d'option par le bénéficiaire, celui-ci n'était pas propriétaire du bien promis tant que la vente n'était pas constatée par acte authentique, et ne pouvait donc pas en disposer ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1583 du Code civil ;

2 ) que la simple autorisation donnée par le promettant au bénéficiaire de prendre possession physique du bien immobilier promis dès le jour de la promesse ne pouvait à elle seule conférer au bénéficiaire le droit de disposer du bien et de consentir un bail commercial au profit d'un tiers sur ce bien, dont le bénéficiaire n'avait pas acquis la propriété ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 544 du Code civil ; 3 ) qu'en toute hypothèse, en présence de la clause claire et précise de la promesse de vente qui reportait le transfert de propriété à la date de la rédaction de l'acte authentique de vente par le notaire désigné à l'acte, l'arrêt attaqué ne pouvait sans méconnaître cette clause énoncer que le bénéficiaire était propriétaire du bien au jour de la levée d'option et avait donc pu dès la date consentir un bail et en percevoir les loyers, tout en condamnant le promettant à passer l'acte authentique de vente dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 1134 et 1583 du Code civil" ;

Mais attendu qu'ayant relevé que, selon la promesse de vente, l'entrée en jouissance de M. X... avait lieu à compter du jour de la promesse et que le bénéficiaire avait été dès ce jour mis en possession réelle de l'immeuble, la cour d'appel a retenu, par une interprétation souveraine des clauses de l'acte que leur ambiguïté rendait nécessaire, que M. X... était titulaire d'un "droit de caractère immobilier" l'autorisant à donner à bail le bien qui en était l'objet, ce qu'il avait fait postérieurement à la levée d'option ;

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

Et attendu qu'il est équitable de laisser à la charge de M. X... les sommes exposées par lui et non comprises dans les dépens :

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi

➤ **Cass. Com., 9 janv. 1996, n° 93-12667.**

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, par acte notarié du 23 janvier 1985, la société d'HLM Carpi (la société) a vendu à terme aux époux X... un immeuble à usage d'habitation construit par ses soins ; que M. X... a été mis en redressement judiciaire le 19 août 1988 et qu'une procédure identique a été ouverte à l'égard de Mme X..., puis déclarée commune à celle de son mari ; qu'un jugement du 6 novembre 1989, qui a arrêté le plan de redressement, a constaté l'extinction de la créance de la société en application de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 ; que le représentant des créanciers a assigné la société aux fins de voir constater que le transfert de propriété de l'immeuble s'était réalisé rétroactivement au bénéfice des acquéreurs ; Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt retient que, l'obligation principale à la charge des acquéreurs, à savoir le paiement du solde du prix, ayant disparu du fait de l'extinction de la créance de la société, le transfert de propriété, qui était subordonné à cette unique condition, doit nécessairement être constaté ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, même si elle libère l'acquéreur de l'obligation de payer la partie du prix restant due, l'extinction de la créance du vendeur par application de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 ne constitue pas le terme contractuellement fixé pour le transfert de propriété, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :  
CASSE ET ANNULE

➤ **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1 juin 1999, n° 97-14165.**

Attendu que M. X... a commandé à la société Air Photo France une photographie aérienne encadrée de sa propriété moyennant le prix de 1 080 francs, payable à la livraison ; qu'il a restitué la photographie livrée au motif qu'elle n'était pas conforme à la commande, et a fait assigner le vendeur en résolution de la vente pour manquement à son obligation de délivrance. Sur la première branche du moyen unique ;

Vu l'article 1583 du Code civil ;

Attendu que, selon ce texte, la vente est parfaite entre les parties dès qu'elles sont convenues de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ;

Attendu que pour condamner la société Air Photo France à restituer à M. X... le prix de la photographie, le juge énonce que l'accord des volontés ne pouvait valablement se former qu'à réception de la photographie par M. X..., qui jusque-là n'avait vu qu'une épreuve non encadrée et d'un format différent de celle commandée ;

Attendu qu'en se prononçant ainsi, le Tribunal a violé le texte précité ;

Sur la seconde branche du moyen ;

Vu l'article 1184 du Code civil ;

Attendu que le jugement ajoute que le client a immédiatement refusé de reconnaître la chose livrée comme étant celle qu'il avait commandée ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi la photographie livrée différait de celle commandée, le Tribunal a privé sa décision de base légale au regard du texte précité ;

PAR CES MOTIFS :  
CASSE ET ANNULE

➤ **Cass. Com., 28 sept. 2004, n° 03-10332.**

Attendu, selon l'arrêt déferé partiellement confirmatif, qu'un plan de continuation de la société Celatose (la société) a été adopté le 24 octobre 1990 ; que le 13 mars 1995, la Société d'économie mixte du versant Nord-Est de la métropole Nord, aujourd'hui dénommée la Société d'économie mixte de la Ville renouvelée (la SEM), a vendu à la société des terrains et bâtiments industriels en partie payables à terme ; que l'acte contenait une clause de réserve de propriété ainsi que, à titre de sûreté du paiement du solde du prix, le privilège de vendeur, lequel a été publié ; que la société n'ayant pas réglé les échéances de mai et de novembre 1995, la SEM lui a, suivant acte d'huissier du 14 novembre 1995, notifié la résolution de la vente, en application de la clause résolutoire prévue au contrat ; que, le 16 novembre 1995, le tribunal a prononcé la résolution du plan pour inexécution de ses engagements par la société et ouvert à son encontre une nouvelle procédure de redressement judiciaire en fixant une date de cessation des paiements au 14 novembre 1995, puis, le 8 février 1996, a adopté le plan de cession de ses actifs ; qu'ultérieurement, la SEM a fait assigner M. X..., représentant des créanciers et commissaire à l'exécution du plan de la société et M. Y..., liquidateur de la société, pour voir constater la résolution de la vente ; que MM. X... et Y..., ès qualités, se sont opposés à cette demande et ont reconventionnellement demandé la restitution des acomptes sans ordonner leur compensation avec les sommes dues par la société ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que le représentant des créanciers et commissaire à l'exécution du plan de la société et son liquidateur reprochent à l'arrêt d'avoir jugé que la clause de réserve de propriété stipulée dans l'acte de vente par la SEM à la société le 13 mars 1995 devait produire son plein effet, d'avoir jugé qu'en application de cette clause par acte signifié le 14 novembre 1995, la vente était résolue et d'avoir ordonné la publication à la conservation des hypothèques, alors, selon le moyen :

1 / que si deux clauses d'un acte de vente sont incompatibles, l'une supposant un transfert de propriété immédiat et l'autre prévoyant un transfert de propriété différé, elles s'annulent, l'acte étant régi par le droit commun sur ce point, en l'occurrence un transfert de propriété au moment de l'acte de vente du 13 mars 1995 ; qu'en décidant néanmoins le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1583 du Code civil, ensemble l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction originelle ;

2 / qu'en toute hypothèse, une partie ne peut renoncer unilatéralement et potestativement à une clause de réserve de propriété ou au privilège du vendeur stipulés d'un commun accord et décider ainsi à sa guise qui est propriétaire et à quel moment il l'est ; qu'en jugeant néanmoins que la SEM pouvait renoncer à la clause de réserve de propriété pour se prévaloir du privilège du vendeur, et inversement, à son libre choix, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1174 et 1583 du Code civil ;

Mais attendu que l'existence du privilège de vendeur d'immeuble n'exclut pas le droit pour le vendeur d'invoquer la clause de réserve de propriété stipulée dans l'acte de vente, même si ce privilège a été publié ; qu'ayant relevé, par motifs adoptés, qu'en inscrivant dans la convention du 13 mars 1995, que le transfert de propriété devrait faire l'objet d'un nouvel acte et résulterait du paiement intégral du prix, les parties avaient clairement manifesté leur volonté de retarder le transfert, à la société, de la propriété de l'immeuble, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision sans encourir les griefs du moyen ; que celui-ci ne peut être accueilli ;

(...),

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE

### III. DOCTRINE

**RDI 2016 p.348**

#### **L'impact des règles relatives à l'effet du contrat ¶(1)**

**Christelle Coutant-Lapalus, Maître de conférences en droit privé, HDR - université de Bourgogne, CREDESPO**

#### **L'essentiel**

À l'image de l'ordonnance du 10 février 2016, les dispositions relatives aux effets du contrat qu'ils s'agissent des effets entre les parties ou à l'égard des tiers, se caractérisent par la confirmation de principes ancrés en droit français, par la codification d'acquis jurisprudentiels et par quelques innovations. La portée de ces évolutions varie selon les contrats concernés et la volonté des parties d'écarter ou non des règles majoritairement supplétives.

#### **Etude**

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations réserve, comme l'actuel code civil, un chapitre aux effets du contrat. Ce chapitre est lui-même divisé en cinq sections qui portent successivement sur les effets du contrat entre les parties, les effets du contrat à l'égard des tiers, la durée du contrat, la cession du contrat et l'inexécution du contrat ¶(2). La question des effets du contrat est primordiale pour apprécier si les objectifs d'attractivité, d'accessibilité et d'une meilleure lisibilité sont atteints ¶(3). C'est elle qui permet aux parties d'apprécier la portée de leur engagement, que ce soit dans leur propre rapport ou à l'égard des tiers. C'est elle aussi qui permet de mesurer les conséquences nées de l'échange des consentements. Cette question n'en demeure pas moins délicate quand il s'agit d'en délimiter les contours. Le choix des termes est important, mais le contenu qui leur est donné l'est tout autant. Comme dans l'ordonnance du 10 février 2016, les effets du contrat analysés dans cette contribution ne seront pas restreints aux seules obligations auxquelles ils donnent naissance.

Les règles relatives aux effets du contrat seront analysées sous le prisme du droit de la construction et de l'immobilier. Aborder la réforme du droit des contrats sous un angle pratique, à la lumière d'une matière, c'est adopter une vision différente, une lecture originale des textes. L'envergure de la réforme pourrait laisser à penser qu'une telle approche réduit l'ampleur du sujet, il n'en est rien ou si peu ¶(4). Chacune des dispositions contenues dans cette ordonnance a une résonance particulière au regard du droit de la construction et de l'immobilier, dont il conviendra de mesurer l'impact. Les dispositions consacrées aux effets du contrat sont à l'image des objectifs affichés de cette réforme. Elles se caractérisent par une confirmation de principes ancrés en droit privé français pour certaines, par la codification d'acquis jurisprudentiels pour d'autres, mais aussi par une innovation majeure.

Au regard de la qualité de la méthode retenue pour élaborer cette réforme et afin de respecter l'esprit de celle-ci, il a été fait le choix de conserver l'architecture dessinée par le législateur.

Seront ainsi exposés dans une première partie les effets du contrat entre les parties, objets d'une véritable rénovation, puis, dans une seconde partie, les effets du contrat à l'égard des tiers caractérisés par un travail de consolidation.

### **La rénovation des effets du contrat entre les parties**

Six articles, largement inspirés des propositions doctrinales antérieurement formulées <sup>(5)</sup>, composent la section intitulée « Les effets du contrat entre les parties ». Aux règles générales énoncées aux articles 1193 à 1195 relatifs à la force obligatoire du contrat qui contiennent une innovation majeure : l'imprévision, succèdent des règles spécifiques aux contrats translatifs de propriété qui figurent aux articles 1196 à 1198 au sein desquels souffle un vent de modernisation.

### **La force obligatoire : l'innovation**

Les deux premiers articles consacrés à la force obligatoire du contrat, les articles 1193 et 1194, réaffirment des principes déjà présents au sein du code civil. Il est ainsi rappelé que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise », d'une part, et que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi », d'autre part. Ces deux articles ne peuvent toutefois être pleinement appréhendés s'ils sont détachés du nouvel article 1103, disposition élevée au rang des dispositions préliminaires qui reprend la formule symbolique et historique de l'actuel article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, à savoir : « Les contrats <sup>(6)</sup> légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». S'il est important de rappeler l'existence de ces articles pour souligner le maintien des principes qu'ils contiennent et avec eux la préservation de solutions connues, c'est le tempérament apporté à ces dispositions qui retient l'attention en raison de son caractère novateur : l'imprévision.

L'imprévision fait son entrée au sein du code civil au nouvel article 1195. Une définition en est tout d'abord donnée. Il s'agit d'« un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat (qui) rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Cet article expose ensuite les conséquences de la survenance d'une imprévision. Elle permet à la partie qui l'a subie de « demander une renégociation du contrat à son cocontractant » tout en continuant à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, et sans aucun doute pour les inciter à trouver un accord, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat <sup>(7)</sup> ou y mettre fin <sup>(8)</sup>, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Depuis l'arrêt *Canal de Craponne* <sup>(9)</sup>, la question de l'imprévision est l'une des questions les plus controversées du droit des contrats <sup>(10)</sup>. Bien que la jurisprudence ait tempéré la rigueur de cette décision <sup>(11)</sup>, l'introduction de la notion d'imprécision au sein du code civil, notion présente dans tous les projets de réforme <sup>(12)</sup>, constitue une des mesures « les plus emblématiques et les plus attendues de la réforme de notre droit des contrats, symbole de sa rénovation et de son ouverture vers une harmonisation » <sup>(13)</sup> avec les droits des pays étrangers, en particulier européens <sup>(14)</sup>. Majoritairement approuvée par la doctrine <sup>(15)</sup> car elle permet de lutter contre des déséquilibres contractuels qui apparaissent en cours

d'exécution des contrats, cette disposition suscite plus de réserves de la part des praticiens qui voient en ce texte une menace pour la sécurité juridique des contrats appelés à durer dans le temps <sup>16</sup>.

Quel sera l'impact de cette innovation en droit de la construction et de l'immobilier ? Différents arguments conduisent à penser que l'impact sera mesuré. Certains de ces arguments sont communs à l'ensemble des contrats, d'autres sont spécifiques aux contrats qui nous intéressent.

Au titre des arguments généraux, doivent être évoquées les conditions strictes d'une part et le caractère supplétif de cette règle d'autre part. Les conditions qui président à la mise en oeuvre de l'article 1195 sont étroitement définies. Elles requièrent d'abord un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, ensuite une exécution excessivement onéreuse. Le changement de circonstances imprévisible <sup>17</sup> lors de la conclusion du contrat s'entend d'un événement qui ne pouvait être connu ou calculé lors de la conclusion du contrat. Un événement qui n'a pu entrer dans le champ contractuel. Cette condition, bien que non circonscrite aux seules circonstances économiques, limite raisonnablement le nombre potentiel de situations concernées. Par ailleurs, le contenu de cette condition variera selon l'interprétation qui en sera donnée par les juges car de nombreux événements imprévus survenant en cours d'exécution du contrat sont prévisibles, sur leur principe, dès la conclusion du contrat. Quelques exemples peuvent toutefois être donnés de changements de circonstances imprévisibles : une variation brutale du coût de la main-d'oeuvre ou de certains matériaux <sup>18</sup>, la survenance d'un événement naturel tels des inondations, un orage de grêle, un aléa technique imprévisible même pour un cocontractant spécialisé ou encore une situation de grève générale. Plus incertaine est la qualification d'une modification de la législation applicable aux contrats en cours <sup>19</sup>. Quant à la date d'appréciation de ce changement imprévisible, elle est fixée au jour de la conclusion du contrat. Par conséquent, ne saurait relever de ce texte l'hypothèse d'un changement de circonstances imprévisible entre le contrat de réservation et le contrat définitif de vente en l'état futur d'achèvement. Certes, le code de la construction et de l'habitation permet au vendeur de ne pas conclure le contrat définitif <sup>20</sup>, mais ce dernier peut souhaiter maintenir le contrat à des conditions différentes et solliciter une renégociation avec son cocontractant, voire demander au juge de réviser le contrat.

À côté de ce changement imprévisible, il faut encore établir une exécution excessivement onéreuse au-delà de ce qu'un cocontractant doit supporter sans pour autant que cette exécution devienne impossible, car la frontière avec la force majeure serait alors franchie. Il conviendra toutefois que les juges précisent comment apprécier cette condition : est-ce au regard de l'équilibre initial du contrat ou au regard de la situation de la partie qui invoque ce bouleversement ?

À ces conditions strictes, s'ajoute le caractère supplétif de l'article 1195 du code civil. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1195 prévoit que ce mécanisme ne fonctionne que si la partie qui subit le changement imprévisible « n'a pas accepté d'en assumer le risque ». Comme l'a écrit le professeur H. Périnet-Marquet : « Le texte fournit son propre antidote puisqu'il suffira qu'une partie accepte d'assumer le risque de changement de circonstances imprévisibles et onéreuses pour que cette nouvelle disposition soit écartée ». Il faut bien mesurer l'impact que pourrait avoir l'application de la théorie de l'imprévision en droit de la construction où de nombreux contrats ont des liens étroits les uns avec les autres, et sont tous nécessaires à la réalisation

d'un programme immobilier. La modification d'une condition financière, d'un délai d'exécution, comme le prononcé de l'extinction de l'un de ses contrats auront des répercussions sur l'opération finale, le plus souvent en raison d'un surcoût. Il est donc fort probable que les contrats du droit de la construction voient fleurir dans les tout prochains mois des clauses en vertu desquelles les cocontractants ou l'un d'entre eux acceptent d'assumer tel ou tel risque, voire tout changement imprévisible <sup>1195</sup>(21), à moins que l'on assiste à une recrudescence des clauses de révision qui viendront préciser et encadrer les conditions de modification et d'extinction du contrat. L'outil contractuel apparaît alors comme le meilleur moyen de gérer les risques de l'imprévision.

La portée mesurée de l'imprévision, commune à l'ensemble des contrats, est accentuée lorsqu'elle est appréciée sous l'angle du droit de la construction et de l'immobilier. En effet, l'ordonnance du 10 février 2016 précise à l'alinéa 3 de l'article 1105 que les règles générales s'appliquent sous réserve de règles particulières à certains contrats. Cette disposition interroge sur une possible coexistence de l'article 1195 avec l'article 1793 du code civil relatif aux marchés à forfait, qui incluent notamment les contrats de construction de maison individuelle <sup>1195</sup>(22). L'entrepreneur pourra-t-il invoquer l'imprévision pour obliger son cocontractant à renégocier le prix du contrat ou demander au juge de modifier ce prix ? L'article 1793 du code civil prévoit que, lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, il ne peut demander aucune augmentation de prix, en particulier sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire. La Cour de cassation a ainsi affirmé au visa de ce texte qu'aucune circonstance imprévisible ne pouvait entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat <sup>1195</sup>(23). Admettre l'imprévision dans le cadre de ces contrats constitue une négation des spécificités des marchés à forfait. Certains pourront arguer que cette innovation conduit à une nouvelle lecture de l'article 1793 du code civil. Il a déjà été soutenu que cet article ne rejetait pas formellement la théorie de la révision pour imprévision <sup>1195</sup>(24) et qu'il avait pour finalité principale de protéger le maître de l'ouvrage contre les vicissitudes de certaines pratiques d'architectes ou d'entrepreneurs <sup>1195</sup>(25). Par ailleurs, quelques décisions se sont fondées sur l'article 1134 pour écarter la révision pour imprévision <sup>1195</sup>(26) ; elles pourraient désormais en application de l'article 1195 soutenir son application.

Une difficulté assez proche d'articulation de cette règle de droit commun et de dispositions spéciales apparaît pour les contrats de promotion immobilière <sup>1195</sup>(27). Il s'agit cette fois de se demander si le nouvel article 1195 peut s'appliquer alors que l'article 1831-1 du code civil énonce que le promoteur s'oblige à faire procéder à la réalisation d'un programme pour un « prix convenu », ce qui impose que tout dépassement de prix soit supporté par le promoteur même lorsque les raisons de ce dépassement naissent d'un cas de force majeure qui, par définition, est nécessairement un changement de circonstances imprévisible. Certes, l'article L. 223-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit la possibilité de stipuler un poste pour imprévus qui impose au maître de l'ouvrage de prendre en charge les sommes qui dépassent le montant total du prix convenu, tout en restant dans les limites de sommes indiquées dans la clause ; mais, en l'absence d'une telle clause, admettre l'application de l'article 1195 conduit à remettre en cause une obligation caractéristique du contrat de promotion immobilière, à savoir l'obligation du promoteur de prendre en charge les dépassements du prix.



Enfin, il convient de s'interroger sur la place de la théorie de l'imprévision en matière de vente d'immeuble à construire dans le secteur protégé et la possibilité que le prix puisse être modifié. Aucune disposition spécifique ici ne semble s'y opposer, mais une telle solution s'inscrit à contre-courant de l'évolution protectrice de l'acquéreur que connaissent ces contrats <sup>1195</sup>(28).

Si la force obligatoire du contrat est réaffirmée, le législateur admet pour la première fois que le contrat ne soit plus aussi intangible dès lors qu'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution de celui-ci particulièrement onéreuse. L'impact de cette évolution en droit de la construction et de l'immobilier sera inégal selon les contrats concernés et fortement dépendant des stipulations contractuelles que retiendront les parties. Cette innovation au sein de la force obligatoire du contrat s'accompagne d'un mécanisme de modernisation qui sous-tend l'effet translatif des contrats.

### **L'effet translatif : la modernisation**

Les nouveaux articles 1196 à 1198 consacrent le principe du transfert *solo contractu* de la propriété et des risques <sup>1196</sup>(29). Ces dispositions consolident des solutions traditionnelles du droit privé français en les modernisant <sup>1197</sup>(30). Ainsi est supprimée, pour le transfert de propriété, toute référence à l'obligation de donner décriée par une partie de la doctrine <sup>1198</sup>(31). Cette suppression écarte une ambiguïté et érige le transfert de propriété en effet légal du contrat <sup>1199</sup>(32). Par ailleurs, il convient de souligner que le législateur retient comme date de transfert de propriété et des risques le jour de la formation du contrat et non le jour de l'échange des consentements. Cela sera sans effet sur les contrats pour lesquels le consentement et la conclusion coïncident, telle la vente d'un terrain nu <sup>1200</sup>(33). En revanche, cette évolution sera notable pour les contrats qui ne sont pas consensuels, notamment ceux qui requièrent la réalisation d'une formalité à titre de validité <sup>1201</sup>(34).

Le maintien d'un transfert de propriété qui s'opère par la seule conclusion du contrat a été discuté <sup>1202</sup>(35). Certains se sont demandé s'il n'aurait pas été opportun de retarder le transfert de propriété à la mise en possession ou à l'accomplissement de mesures de publicité quand elles existent. Mais cette proposition n'a reçu aucun écho dans les travaux préalables à l'ordonnance, peut-être parce que l'intérêt de celle-ci est de vouloir renforcer les droits des tiers <sup>1203</sup>(36). Or les droits des tiers, en particulier en matière immobilière, sont protégés par les règles de la publicité foncière.

Les dérogations au transfert de propriété *solo contractu* sont maintenues. Le législateur autorise ainsi les parties à déterminer une autre date de transfert de propriété. Les clauses qui retardent le transfert de propriété au jour de la réitération par acte authentique ou au jour du paiement du prix pourront continuer à prospérer. Par ailleurs, la date de transfert de propriété peut différer de celle prévue à l'article 1195 lorsque des dispositions particulières dérogent au principe du transfert de propriété *solo contractu*. Relèvent de cette dérogation la vente à terme pour laquelle « le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble » <sup>1204</sup>(37) et la vente en l'état futur d'achèvement au sein de laquelle « le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution » <sup>1205</sup>(38). Au regard de l'importance de ces tempéraments en droit immobilier, la transmission de propriété restera, en pratique, le plus

souvent détachée de la conclusion du contrat <sup>1138</sup>(39).

Parallèlement, le nouvel article 1196 en son alinéa 3 réaffirme le principe selon lequel le transfert de propriété emporte transfert des risques en supprimant les imperfections rédactionnelles de l'actuel article 1138. L'adage *res perit domino* demeure. Bien que le rapport établi entre la qualité de propriétaire et la charge des risques de la chose ait fait l'objet de vives critiques de la part d'une partie de la doctrine, il est néanmoins maintenu. Il est toutefois assorti d'une exception : les risques sont supportés par le débiteur de l'obligation de délivrer à compter de sa mise en demeure. Cependant, le débiteur mis en demeure est libéré lorsqu'il prouve que la chose aurait été pareillement perdue entre les mains du créancier si elle avait été livrée à temps. Alors même que la rédaction de cet article a été guidée par un souci de modernisation, son application en droit de la construction et de l'immobilier interroge à double titre.

En premier lieu, est désormais incertaine la possibilité d'écarter cette règle par la volonté des parties. Les clauses en vertu desquelles « l'acquéreur prend l'immeuble dans l'état où il se trouve actuellement » alors même qu'il est prévu de transférer la propriété au jour de l'acte authentique pourront-elles être maintenues ? De prime abord, une réponse affirmative semble s'imposer. Le caractère supplétif de ce transfert simultané de la propriété et des risques était admis jusqu'à présent. Or la finalité du nouvel article 1196 est de consolider les principes existants en les clarifiant. Rien ne justifie donc de lui octroyer un caractère impératif <sup>1139</sup>(40). Par ailleurs, le rapport remis au président de la République, avec les réserves qui accompagnent la valeur de ce document, affirme que toutes les dispositions pour lesquelles le caractère impératif n'est pas clairement énoncé sont supplétives. À l'appui d'une analyse contraire, il peut être avancé que si la volonté du législateur avait été de conférer un caractère supplétif à cet alinéa, il lui aurait été aisé de placer l'affirmation selon laquelle « le transfert peut être différé par la volonté des parties », non pas après la détermination de la date du transfert de propriété, mais après l'énoncé de la règle selon laquelle le transfert de propriété emporte transfert des risques. Il peut également être mis en exergue que le législateur admet des exceptions à la date du transfert des risques sans viser le rôle de la volonté des parties.

En second lieu, est également incertaine la possibilité d'écarter cette disposition dans le cadre de la vente en l'état futur d'achèvement. L'alinéa 3 de l'article 1196 remet-il en cause la solution dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt 11 octobre 2000 <sup>1140</sup>(41) dans lequel il est affirmé que le transfert des risques ne s'opère sur le bien acquis en l'état futur d'achèvement que lors de la livraison ? Faut-il désormais distinguer selon que le risque affecte une partie déjà transférée ou non ? Les solides arguments développés lors du prononcé de cette décision, en particulier par le professeur Malinvaud, tendent à répondre de manière négative <sup>1141</sup>(42). La cohérence au sein des contrats de vente à construire entre la vente à terme et la vente en l'état futur d'achèvement, l'économie du contrat <sup>1142</sup>(43), ainsi que la spécificité de la propriété transférée dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement qui conduit le vendeur à conserver la qualité de maître de l'ouvrage, s'opposent à la modification de cette règle.

Si le transfert de propriété s'opère dès la conclusion du contrat, la portée de cette règle, lorsque le contrat a pour objet un immeuble, est encadrée. En effet, le conflit entre ayants cause tenant leur droit d'un même auteur est tranché non pas en fonction de la date des contrats, mais selon la date d'accomplissement des formalités de publicité. L'alinéa 2 du nouvel article 1198 dispose désormais : « Lorsque deux acquéreurs successifs de droits

portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Il ne s'agit ici aucunement de conforter un acquis jurisprudentiel, mais au contraire de réparer les fissures occasionnées par une jurisprudence récente dans les droits des acquéreurs de bonne foi. Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a réglé le conflit opposant deux ayants cause ayant acquis tous deux du même auteur des droits concurrents sur un bien immobilier en aménageant la règle énoncée à l'article 30, 1, du décret du 4 janvier 1955, qui confère une priorité à celui des deux qui a le premier publié son titre, celui-ci fût-il postérieur en date. Ainsi a-t-elle d'abord écarté son application en cas de concert frauduleux entre le vendeur et le tiers acquéreur <sup>144</sup>, puis de fraude caractérisée du seul acquéreur <sup>145</sup>, avant de se contenter de la démonstration de la simple mauvaise foi du tiers acquéreur <sup>146</sup>. Puis brutalement, en 2010, la Cour de cassation a mis un terme à cette analyse en tenant pour indifférente la mauvaise foi du second acquéreur <sup>147</sup>.

Le nouvel article 1198 du code civil rompt avec cette jurisprudence. Lorsque les deux acquéreurs seront en concurrence, l'acquéreur de bonne foi sera préféré ; si tous deux ont été de bonne foi, le premier qui a publié l'acte sera préféré. L'emploi de l'attribut « préféré » semble impliquer que l'autre acquéreur ne pourra pas opposer son acte au tiers, mais que l'acte conclu ne sera pas nul pour autant. Un auteur a cependant montré l'incohérence dans cette analyse. Le droit de propriété se caractérise par son opposabilité *erga omnes*. Affirmer que le droit de propriété est inopposable est alors « un oxymore » <sup>148</sup>. L'évolution contenue à l'alinéa 2 de l'article 1198 se révèle particulièrement importante pour les rédacteurs d'actes afin de déterminer s'ils sont tenus de rédiger un acte transférant la propriété d'un bien alors qu'ils ont connaissance d'un transfert de propriété de ce bien par le même auteur à une autre personne. La mise à l'écart de la jurisprudence de 2010 doit être approuvée car elle crée un juste équilibre entre sécurité et moralité. De même que son introduction au sein du code civil qui rend cette règle plus accessible et plus lisible. Une attention particulière devra être portée à la définition de la bonne foi et à la date d'appréciation de celle-ci. Les solutions dégagées avant l'arrêt de 2010 devraient être conservées. Ainsi la bonne foi devrait s'entendre de la connaissance d'une précédente vente par l'un des acquéreurs sans qu'il ne soit exigé de démontrer une fraude ou un concert frauduleux. De même, la connaissance de la première vente par le second acquéreur devrait s'apprécier au jour de la conclusion du contrat, c'est-à-dire au jour de la promesse synallagmatique de vente valant vente, ou au jour de la levée de l'option pour les promesses unilatérales, et non au jour de la réitération par acte authentique.

L'impact de la réforme des effets du contrat entre les parties en droit de la construction et de l'immobilier ne sera pas uniforme. Il sera conséquent ou modéré selon le contrat concerné et selon le contenu donné à celui-ci par les parties pour les dispositions qui ne sont pas d'ordre public, ce qui est le cas de la grande majorité des règles relatives aux effets du contrat entre les parties. Il convient désormais de rechercher si un constat identique s'impose pour la réforme apportée aux effets du contrat à l'égard des tiers.

### **La consolidation des effets du contrat à l'égard des tiers**

Afin de consolider les effets du contrat à l'égard des tiers <sup>149</sup>, le législateur a choisi de réorganiser la section qui leur est consacrée <sup>150</sup>. Il a ensuite ajusté les contours de l'effet relatif et de l'opposabilité du contrat, puis renforcé deux mécanismes dont l'importance n'a

cessé de croître : le porte-fort et la stipulation pour autrui.

### **Un ajustement de l'effet relatif et de l'opposabilité du contrat**

Une plus grande précision a permis l'ajustement de l'effet relatif du contrat et de son opposabilité aux tiers au sein des articles 1199 et 1200 du code civil. Ainsi, à l'affirmation selon laquelle « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes », est substituée l'affirmation selon laquelle « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ». La portée de cette évolution se mesure pleinement en droit immobilier : un contrat de vente immobilière ou un contrat de bail peuvent être cédés, transmis. Les parties ne sont plus alors celles qui ont contracté. Pour autant, le contrat leur est opposable.

Parallèlement, comme le préconisait une partie de la doctrine, l'ordonnance énonce que les tiers doivent respecter le contrat. Les termes employés par l'actuel article 1165 du code civil étaient excessifs en laissant penser que le contrat était dépourvu de toute conséquence à l'égard des tiers <sup>1165</sup>(51). Il est une chose d'affirmer que le contrat ne lie point les tiers, il en est une autre d'affirmer que ces tiers peuvent totalement ignorer le contrat. Et si cette précision n'aura que peu d'impact pour les transferts de droits immobiliers car l'opposabilité repose essentiellement sur l'accomplissement de formalités auprès des services de publicité foncière, elle aura son importance pour d'autres contrats de droit immobilier.

Enfin, le nouvel article 1199 du code civil indique que les tiers ne peuvent demander ni l'exécution du contrat, ni se voir contraints de l'exécuter ; mais refuser aux tiers la possibilité de demander l'exécution du contrat revient-il à leur refuser la possibilité d'invoquer la violation du contrat ? Si le preneur à bail d'un bien en cours de construction ne peut exiger du constructeur la mise en conformité du bien, pourra-t-il toujours en cas d'impossibilité d'occuper les lieux en raison de cette mauvaise exécution invoquer le défaut d'exécution pour exiger du constructeur la réparation de son préjudice né de la perte de chance de réaliser un certain chiffre d'affaires ? Le nouvel article 1199 ne répond pas directement à cette question. Il nous semble cependant que la volonté du législateur n'est pas de remettre en cause la solution dégagée par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 <sup>1199</sup>(52) qui permet à ce tiers de se prévaloir de l'inexécution du contrat pour obtenir réparation de son préjudice. En ce sens le projet Terré proposait que « la seule existence d'un dommage subi du fait de l'inexécution d'une obligation par un contractant n'engage pas la responsabilité délictuelle de celui-ci à l'égard du tiers » <sup>1199</sup>(53). Or, cette proposition n'a pas été retenue dans l'ordonnance de 2016.

Parallèlement, le législateur a redonné leur juste place aux dispositions relatives à la contre-lettre. Ces dispositions ont quitté le chapitre sur la preuve des obligations et plus précisément le paragraphe consacré aux actes authentiques pour intégrer la section sur les effets du contrat. Cela conduit à une plus grande accessibilité et à une plus grande lisibilité de ces règles. Il a également pris soin de définir la contre-lettre au sein du code civil et d'en affirmer la validité de principe. Il s'agit d'un contrat occulte dissimulé par un contrat apparent qui, en principe, produit effet entre les parties <sup>1199</sup>(54). L'exception en matière de vente immobilière, bien que le texte ne se limite pas à ce seul contrat, est maintenue. L'alinéa 2 de l'article 1202 précise qu'est nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeuble, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds

de commerce ou une clientèle. Sont ainsi écartées les contre-lettres illicites dont la finalité principale est de contourner les règles fiscales. La reprise à l'identique des dispositions existantes pour ce qui est de l'exception à la validité de la contre-lettre conduit à considérer que le champ d'application de ce texte demeure inchangé <sup>121</sup> (55), que les sanctions se maintiennent, à savoir que le contrat apparent, comme avant la réforme, reste parfaitement valable <sup>122</sup> (56). La formule employée d'une nullité attachée uniquement à la contre-lettre va en ce sens. De même semble maintenue la possibilité pour tout intéressé d'invoquer cette nullité, y compris les parties au contrat, vendeur comme acquéreur <sup>123</sup> (57).

À côté de ces ajustements apportés à l'effet relatif des contrats, le législateur a souhaité renforcer deux mécanismes liés à l'effet du contrat à l'égard des tiers que sont le porte-fort et la stipulation pour autrui.


### **Un renforcement des mécanismes de porte-fort et de stipulation pour autrui**

Le renforcement des mécanismes de porte-fort et de stipulation pour autrui s'est traduit par une multiplication des dispositions qui leur sont consacrées. Parallèlement, le législateur a supprimé quelques incertitudes jurisprudentielles et codifié la définition et le régime juridique dans la section relative aux effets du contrat à l'égard des tiers.

Est consacrée l'inventivité des praticiens pour multiplier les usages du porte-fort. L'engagement de porte-fort concerne désormais « tout fait d'un tiers ». Le porte-fort peut dès lors s'engager à faire ratifier un acte juridique par autrui, tel l'acquéreur d'un terrain qui se porte-fort de la ratification de l'acte par ses enfants mineurs à leur majorité <sup>124</sup> (58), ou un indivisaire qui se porte-fort de la ratification de la vente par les autres indivisaires. Mais il peut également s'engager à garantir l'exécution par autrui d'une obligation contractuelle. Par exemple, des associés d'une société civile immobilière (SCI) peuvent s'engager à obliger la SCI à faire face au remboursement d'un prêt. Le porte-fort de ratification comme le porte-fort dit d'exécution trouvent ainsi leur place au sein du code civil.

Il est important de souligner qu'un régime unitaire a été instauré, écartant ainsi quelques incertitudes jurisprudentielles <sup>125</sup> (59). À l'image du droit suisse, l'inexécution de son obligation par le promettant ne peut donner lieu qu'à l'attribution de dommages et intérêts. Le législateur exclut la possibilité de contraindre le porte-fort à exécuter lui-même l'acte. Cette solution défendue par une partie de la doctrine <sup>126</sup> (60) était majoritairement retenue en jurisprudence. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que « l'inexécution de la promesse de porte-fort ne [pouvait] être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages et intérêts » <sup>127</sup> (61). L'emploi du verbe pouvoir au sein du nouvel article 1204 du code civil ne doit pas laisser croire à la possibilité d'une autre sanction que la responsabilité civile. Il permet simplement de rappeler qu'à défaut de préjudice aucune réparation n'est due. Enfin, le législateur précise que, lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit <sup>128</sup> (62).







Cinq articles au lieu d'un seul sont désormais consacrés à la stipulation pour autrui <sup>129</sup> (63). Cette évolution traduit l'importance prise par ce mécanisme depuis 1804. De nouveau, les évolutions apportées par l'ordonnance du 10 février 2016 tiennent principalement en la codification de solutions jurisprudentielles bien acquises. Ainsi la définition, le domaine

comme le régime de la stipulation pour autrui sont précisés ou complétés. Il est, par exemple, désormais affirmé que la révocation de la stipulation est libre jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire. Or, dès 1888, la Cour de cassation a affirmé que le droit pouvait être révoqué par le stipulant, mais qu'il devenait irrévocable le jour où le tiers déclarait vouloir en profiter  (64).

Les modifications apportées tant au porte-fort qu'à la stipulation pour autrui n'entraîneront pas de changements significatifs dans l'utilisation de ces mécanismes en droit de la construction et de l'immobilier, comme dans d'autres matières. Les évolutions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 ne doivent toutefois pas être négligées car elles confortent les pratiques, rassurent sur leur régime et ainsi sécurisent le recours à ces mécanismes.

Comme toute réforme, l'ordonnance du 10 février 2016 sera source d'interrogations et d'incertitudes. Elle fera naître de nouveaux risques pour les praticiens. Elle invite à détruire, à préserver, à réinventer, voire parfois à reconstruire. Pour sa partie consacrée aux effets du contrat, elle répond à des besoins, elle clarifie de nombreuses règles, codifie des solutions d'origine jurisprudentielle sans hésiter, parfois, à innover. Quant à l'impact de cette réforme des effets du contrat en droit de la construction et de l'immobilier, il sera très variable selon le contrat concerné et selon le recours ou non à certaines stipulations en raison du caractère supplétif de la majorité des dispositions analysées.

(1) Les articles qui suivent font partie d'un colloque intitulé : L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et de l'immobilier. V. également les contributions de :

- M. Faure-Abbad, L'impact des règles de conclusion des contrats, p. 316 .
- V. Zalewski-Sicard, L'impact des règles relatives au consentement en droit immobilier, p. 326 .
- M. Poumarède, Le contenu du contrat, p. 331 .
- C. Gijsbers, L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions, p. 342 .
- G. Durand-Pasquier, L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction, p. 355 .
- H. Périnet-Marquet, Propos conclusifs, p. 365 .

(2) Seules les deux premières sections seront analysées dans le cadre de cette contribution.

(3) P. Chauviré, Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal. 30 avr. 2015. 29.

(4) À toutefois été écarté de cette étude l'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 1198 relatif à l'acquisition d'un bien meuble corporel.

(5) V. projets Catala, art. 1134 s., et Terré, art. 91 s.

















(6) Il convient de souligner que le terme « conventions » a été remplacé par celui de « contrats ».

(7) Cette possibilité offerte au juge ne figurait pas dans le projet d'ordonnance. En faveur d'une telle évolution, v. N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, JCP 2015. 1425 - N. Blanc et F. de Saint-Maurice, Les clauses relatives à l'exécution et à l'inexécution, JCP N 2015. 1210. Ces pouvoirs devront toutefois être précisés, notamment lorsque la demande vise uniquement à mettre un terme au contrat : le juge pourrait-il, s'il l'estimait opportun, modifier le contrat et le faire perdurer ?

(8) T. Genicon (« Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, JCP 2015. 960) s'interroge sur le sens de cette expression très présente au sein de l'ordonnance. S'agit-il d'une caducité, l'art. 1187 relatif à la caducité emploie l'expression « mettre fin au contrat », ou d'une résolution, l'art. 1229 relatif à la résolution employant la même expression : « mettre fin au contrat » ?

(9) Civ., 6 mars 1876, DP 1876. 1. 193 ; S. 1876. 1. 161 : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants » - V. dans le même sens : Com., 18 déc. 1979, n° 78-10.763, Bull. civ. IV, n° 339.

(10) V., B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004. 67 s.

(11) En empruntant parfois la voie de la bonne foi (Soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634, Bull. civ. V, n° 122 ; D. 1992. 390 , note M. Défossez  ; *ibid.* 294, obs. A. Lyon-Caen  ; RTD civ. 1992. 760, obs. J. Mestre  - Com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; D. 1995. 85 , obs. D. Ferrier  ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre  - Com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999. 9  ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre  ; *ibid.* 646, obs. P.-Y. Gautier , parfois en empruntant le chemin de la théorie de la cause (Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, NP ; D. 2010. 2481 , note D. Mazeaud  ; *ibid.* 2485, note T. Genicon  ; *ibid.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RTD civ. 2010. 782, obs. B. Fages  ; *ibid.* 2011. 87, obs. P. Deumier ).

(12) V. les art. 1135-1 à 1135-3 du projet Catala et l'art. 92 du projet Terré - Pour une application de cette notion en droit administratif, v. CE, 24 mars 1916, *C<sup>ie</sup> générale d'éclairage de Bordeaux*, GAJA, 15<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 31.

(13) R. Cabrillac, L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision, RDC 2015. 771 - V. égal. en ce sens : N. Dissaux, La culture du gâchis, D. 2016. 593 - H. Périnet-Marquet, qui qualifie cet article de « petite révolution », Constr.-Urb. 2015, rep. 4 - E. Savaux, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, RDC 2010. 1057.

(14) V. par ex. en droit allemand (BGB, § 313), au sein des codes civils italien (art. 1467) et portugais (art. 312) et dans les principes du droit européen des contrats (art. 6 : 111).

(15) V. par ex. R. Cabrillac, L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision, préc., p. 772 - C. Jamin, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Dr. et patr. 1998. 50 s.

(16) Sur ce point, v. L. Leveneur, La réforme du droit des obligations : incidences sur la pratique notariale, JCP N 2015. 1236 - V. égal. P. Dessuet, L'imprévision bientôt introduite en droit privé : quelles conséquences dans le domaine de la construction ?, RGDA 2015. 176 s.

(17) On peut ici regretter qu'il ne soit pas précisé « normalement » imprévisible au regard du nombre de circonstances aujourd'hui prévisibles. En ce sens, v. R. Cabrillac, L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision, préc., p. 772.

(18) V. par ex. S. Abbattucci, B. Sablier et V. Sablier, Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux, AJDA 2004. 2192 .

(19) Sur ce point, v. J.-D. Pellier, Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats, LPA 2015, n° 228, p. 8.

(20) Moyennant restitution du dépôt de garantie ; CCH, art. R. 261-31.

(21) On peut néanmoins se demander, comme le Pr Mekki (La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain*, Gaz. Pal. 2016. 18), si une telle clause ne risque pas d'être qualifiée d'abusives au sens de l'art. 1171 ou de clause portant atteinte à la substance même d'une obligation essentielle de l'art. 1170.

(22) Pour la qualification de ces contrats en marchés à forfait, v. CCH, art. L. 231-2 et L. 232-1 - P. Malinvaud, P. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 690 - B. Boublil, *Commentaire de la loi n° 90-1129 du 19 déc. 1990 sur la construction d'une maison individuelle*, ALD 1991. 165, n° 42 - Orléans, 28 juill. 1998, *Constr.-Urb.* 1999. Comm. 145.

(23) Civ. 3<sup>e</sup>, 20 nov. 2002, n° 00-14.423, *Bull. civ. III*, n° 230 ; *RDI* 2003. 60, obs. B. Boublil [📄](#); Defrénois 2003. 318, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP E* 2004. 31, obs. B. Guiderdoni - V. égal. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 sept. 2006, n° 05-13.808, *Bull. civ. III*, n° 189 ; D. 2006. 2416 [📄](#); Defrénois 2008. 66, obs. H. Périnet-Marquet. L'art. 9-1-2 de la norme Afnor NF P 03001 considère que des paiements supplémentaires sont possibles en cas de circonstances imprévisibles, mais cette norme ne peut prévaloir sur la loi (en ce sens, v. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2013, n° 12-26.140, NP).

(24) En ce sens, v. D. Berthieu, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ 1999, n° 429.

(25) En ce sens, v. les débats sur l'art. 1793 : Tronchet, *Discussion devant le Conseil d'État*, in Fenet, t. XIV. 265 - H. Mazeaud et M. de Juglart, *Leçons de droit civil*, t. 3, n° 1361.

(26) V. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 13 févr. 2013, n° 11-29.978, *Bull. civ. III*, n° 22.

(27) V., C. Giverdon, *Le contrat de promotion immobilière*, *Gaz. Pal.* 1972. 1. 213.

(28) V. par ex. la suppression de la garantie intrinsèque : G. Durand-Pasquier, *La disparition de la garantie intrinsèque*, *RDI* 2014. 260 [📄](#).

(29) Pour de plus amples précisions, v. S. Gaudemet, *L'effet translatif*, *JCP N* 2015. 1211 - P. Chauviré, *Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété*, *RDC* 2015. 773.

(30) « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat » (C. civ., art. 1196, al. 1<sup>er</sup> nouv.).

(31) V., A.-S. Courdier-Cuisinier, *Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner - Essai sur les causes d'une controverse doctrinale*, *RTD civ.* 2005. 521 [📄](#) - M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, *RTD civ.* 1996. 85 [📄](#).

(32) Sur ce point, v. J. Dubarry, *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, th. Paris 1, 2013.

(33) Qui ne contient aucune stipulation dérogatoire.

(34) Sur cette question, v. J.-S. Borghetti, *Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe*, *RDC* 2013. 1684.

(35) V. par ex. W. Dross, *Le transfert de propriété en droit français*, *RDC* 2013. 1694, n<sup>os</sup> 26 s.

(36) En ce sens, v. O. Deshayes, *Les effets du contrat entre les parties*, *JCP* 2015, suppl. n° 43.


(37) C. civ., art. 1601-2.

(38) C. civ., art. 1601-3.

(39) Sur ce point, v. P. Chauviré, *Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété*, préc., p. 773 : « Il est regrettable que l'article 1197 ne soit pas le reflet exact de la pratique du transfert, mais plutôt celui du miroir déformant tendu par une part de la doctrine ».

(40) V. égal. en ce sens : N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015. 98 - P. Chauviré, *Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, préc., n° 17.



(41) Civ. 3<sup>e</sup>, 11 oct. 2000, n° 98-21.826, Bull. civ. III, n° 163 ; D. 2001. 828  ; JCP 2001. 10465, note P. Malinvaud ; Constr.-Urb. 2000. Comm. 292, obs. D. Sizaire.





(42) JCP 2001. 10465.

(43) Selon la Cour de cassation (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 oct. 2000, n° 98-21.826, préc.), « il s'agit non pas de la simple vente d'un terrain sur lequel l'acquéreur fait construire un immeuble, mais de la vente d'un immeuble à édifier sur un terrain déterminé, l'élément prédominant étant l'obligation de construire, et (qu')une telle vente ne peut s'apprécier que dans sa globalité et non pas étape par étape suivant l'évolution des acquisitions de terrains et l'édification des constructions » - En ce sens, v. M. Dagot, La vente d'immeuble à construire, Litec, 1983, n° 1118 - O. Tournafond, L'obligation de délivrance dans la vente d'immeuble à construire, th. Paris XII, 1987, n° 239 - E. Gavin, Les contrats spéciaux de la promotion immobilière - Essai d'une théorie générale, th. Aix-Marseille, 2000, n° 136.

(44) Civ., 7 déc. 1925, DP 1926. 1. 185.

(45) Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961, JCP N 1962. II. 12758, note H. Bulte.

(46) Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, D. 1968. 412, note J. Mazeaud ; JCP N 1968. II. 15587, note J. PLancqueel ; RTD civ. 1968. 564, obs. J.-D. Bredin - Civ. 3<sup>e</sup>, 3 oct. 1974, JCP N 1975. II. 18001, note M. Dagot - Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 1990, n° 08-16.643, Bull. civ. III, n° 116.












(47) En ce sens, v. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr. 2010, n° 08-21.656, Bull. civ. III, n° 41 ; Defrénois 2010. 1169, obs. S. Piedelièvre ; RDC 2010. 895, obs. S. Pimont ; JCP N 2010. 1146, note S. Lamiaux - Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 2010, n° 09-15.891, NP ; RTD civ. 2011. 369, obs. T. Revet  - Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juin 2012, n° 11-17.105, NP ; D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki  ; AJDI 2013. 302  , obs. F. Cohet-Cordey  ; JCP N 2012. 1379, n° 37, obs. M. Mekki.

(48) W. Dross, Le transfert de propriété en droit français, préc., n° 27 - V. égal. F. Danos, Propriété, possession et opposabilité, Economica, 2007, n° 437.

(49) P. Rémi-Corlay, Les effets à l'égard des tiers, in F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009. 291 s.

(50) Actuellement, cette section intitulée « De l'effet des conventions à l'égard des tiers » ne comporte que trois articles. Elle en comprend aujourd'hui onze qui sont répartis au sein de deux sous-sections ; l'une intitulée « Dispositions générales », l'autre « Le porte-fort et la stipulation pour autrui ».

(51) V. not. A. Bénabent, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 247.

(52) Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. ass. plén., n° 9 ; D. 2006. 2825, obs. I. Gallmeister  , note G. Viney  ; *ibid.* 2007. 1827, obs. L. Rozès  ; *ibid.* 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain  ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; AJDI 2007. 295  , obs. N. Damas  ; RDI 2006. 504, obs. P. Malinvaud  ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier  ; *ibid.* 115, obs. J. Mestre et B. Fages  ; *ibid.* 123, obs. P. Jourdain  ; JCP 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billau ; RDC 2007. 279, obs. S. Carval.

(53) Art. 124, al. 2.

(54) C. civ., art. 1201 nouv.

(55) V. par ex., pour l'exclusion d'un droit d'usage et d'habitation, Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mars 1996, n° 92-12.835, Bull. civ. III, n° 83 ; Defrénois 1996. 1438, obs. A. Bénabent.

(56) En ce sens, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 1961, Bull. civ. I, n° 621 - Cass., ch. mixte, 12 juin 1981, n° 78-14.971, Bull. ch. mixte, n° 5 ; D. 1981. 413, concl. J. Cabannes - Civ. 3<sup>e</sup>, 25 juin 1985, n° 84-13.60, Bull. civ. III, n° 103, D. 1986. 212, obs. E. Agostini.

(57) Aucune modification des dispositions fiscales n'a eu lieu ; v. CGI, art. 1729.

(58) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, n° 88-16.896, Bull. civ. I, n° 142 ; D. 1991. 305 [📄](#), obs. A. Robert [📄](#) ; RTD civ. 1991. 769, obs. F. Zenati [📄](#).

(59) V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2015, n° 14-13.694, publié au Bulletin ; D. 2015. 920 [📄](#) ; *ibid.* 1569, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy [📄](#) ; AJCA 2015. 322, obs. G. Mégret [📄](#) ; RTD civ. 2015. 598, obs. J. Hauser [📄](#) ; *ibid.* 622, obs. H. Barbier [📄](#) ; RDC 2015. 827, obs. T. Genicon.

(60) C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, vol. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., 1882. 208.

(61) Civ. 1<sup>re</sup>, 26 nov. 1975, n° 74-10.356, Bull. civ. I, n° 351 ; JCP 1976. II. 18500, note F. Monéger ; Defrénois 1976, art. 31248, obs. J.-L. Aubert ; D. 1976. 393, note C. Larroumet - V. égal. en ce sens après quelques hésitations : Com., 1<sup>er</sup> avr. 2014, n° 13-10.629, Bull. civ. IV, n° 67 ; D. 2014. 1185 [📄](#), note B. Dondero [📄](#) ; *ibid.* 1610, obs. P. Crocq [📄](#) ; AJCA 2014. 128, obs. N. Picod [📄](#) ; Rev. sociétés 2014. 558, note T. Massart [📄](#) ; RTD com. 2014. 309, obs. B. Saintourens [📄](#) ; *ibid.* 2015. 228, obs. B. Saintourens [📄](#) ; RDC 2014. 624, obs. J. Klein.

(62) En ce sens, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 1957, D. 1957. 182 - Civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1971, n° 70-11.185, Bull. civ. III, n° 653.

(63) V. C. civ., art. 1205 à 1209 nouv. - Sur cette notion, v. J.-M. Roux, Le rôle créateur de la stipulation pour autrui, PUAM, 2001 - D. Martin, La stipulation du contrat pour autrui, D. 1994. 145 [📄](#) .

(64) Civ. 8 févr. 1888, DP 1888. 1. 193

### **M. Thioye, *Vente de meubles à fabriquer : le contrat est parfait dès qu'il y accord sur les éléments essentiels*, D. 2000, p. 622.**

1 - Aussi classiques soient-elles, les règles posées par l'art. 1583 c. civ. n'en continuent pas moins de poser certaines difficultés, notamment lorsqu'on est en présence de ventes portant sur des « meubles à fabriquer » - comme c'était le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 1er juin 1999. En l'espèce, un particulier avait commandé à une société une photographie aérienne de sa propriété, à un prix déterminé et stipulé payable à la livraison. Mais une fois la livraison réalisée, l'acheteur restitua immédiatement la chose en excipant de sa non-conformité à la commande et assigna le vendeur en résolution de la vente.

Le Tribunal d'instance de Chambéry, statuant en premier et dernier ressort, condamna la société venderesse à restituer le prix perçu, au motif que « l'accord des volontés ne pouvait valablement se former qu'à réception de la photographie » par l'acheteur. Les juges du fond accueillirent aussi le grief de non-conformité, apparemment au seul motif que le demandeur avait refusé immédiatement de reconnaître la chose livrée comme étant celle commandée. Mécontent de cette décision qui subordonnait ainsi la formation de la vente à la livraison de la chose en faisant l'objet, le vendeur forma un pourvoi en cassation auquel la Haute juridiction allait répondre favorablement en censurant dans toutes ses dispositions le jugement querellé.

L'intérêt essentiel de l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 1er juin 1999 vient de ce qu'il applique au contrat en cause (vente de meubles à fabriquer) la règle selon laquelle la vente est parfaite par le seul consentement des parties sur ses éléments essentiels, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (I). Pour autant, cette solution - seulement relative à la question de la formation du contrat - ne saurait impliquer un

retour, s'agissant d'une telle vente, au jeu de la règle d'instantanéité du transfert de propriété (II).

## **I - La formation instantanée du contrat de vente de meubles à fabriquer**

2 - La qualification de contrat de vente de « meubles à fabriquer » (A) commande l'application du principe posé par l'art. 1583 c. civ. (B).

### **A - Un contrat de vente de choses futures**

3 - Selon l'art. 1582, al. 1er, c. civ., « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». En d'autres termes, c'est un contrat translatif de la propriété d'un bien moyennant une contrepartie monétaire. Deux éléments essentiels - la chose et le prix - caractérisent ainsi la vente et permettent de la distinguer d'autres contrats, en particulier du contrat d'entreprise qui porte sur un travail à réaliser (1). Cette différenciation simple se complique pourtant dans l'hypothèse où il s'agit de transférer à un client une chose future ; ainsi lorsqu'un professionnel doit préalablement fabriquer une chose mobilière avec des matériaux lui appartenant. Dans cette hypothèse, se pose, en effet, la question de savoir si cette personne est seulement un entrepreneur ou, différemment, un banal vendeur (2).

4 - Le doute est mince toutefois, dans les cas où le client est déjà propriétaire de la chose « à travailler », ou procure les matériaux indispensables à la réalisation de la prestation : on est alors, nécessairement, en présence d'un contrat d'entreprise, car le cocontractant du client se borne à fournir une prestation (réparation, transformation, confection, etc.). Il n'y a, non plus, aucune équivoque lorsqu'une personne commercialise des produits qu'elle a déjà fabriqués - même sur commande - en utilisant ses propres matériaux et en se fondant sur ses propres plans : le contrat est une vente. En l'espèce, le client avait « commandé à la société [...] une photographie aérienne encadrée de sa propriété moyennant le prix de 1 080 F... ». Il s'agissait bien de « fabriquer un meuble », de sorte que l'on pouvait légitimement hésiter quant à la nature juridique précise du contrat conclu : vente ou entreprise ? Or, la qualification retenue détermine le régime juridique applicable à l'acte s'agissant, notamment, du moment du transfert de propriété et des risques, du régime des clauses de responsabilité et de prix, du droit de revendication dans une procédure collective, des garanties des vices cachés ou de paiement, etc.

5 - Après avoir successivement emprunté diverses voies (3), la jurisprudence retient aujourd'hui un critère dit psychologique : la qualification dépend du point de savoir celui du client ou de son cocontractant qui donne les directives ou fournit les plans pour la réalisation de la chose. Ce sera une vente s'il s'agit d'un ouvrage standardisé réalisé par le fabricant selon ses propres plans, sauf exception (4) ; ce sera un contrat d'entreprise si l'ouvrage est fait sur mesure en nécessitant un « travail spécifique en vertu d'indications particulières » (5). En l'espèce, il ne semblait exister aucune directive ni aucun plan fournis par le client, tant et si bien que la prestation fournie ne pouvait être que générique. Le contrat conclu entre les parties était donc un contrat de vente, ce qui d'ailleurs n'a fait l'objet d'aucune contestation, et ressort clairement tant de la demande (en résolution de la vente) que de l'application faite de l'art. 1583 c. civ.

6 - Le seul problème est né du fait que, selon le tribunal d'instance, « l'accord des volontés ne pouvait valablement se former qu'à réception » de la chose par ledit client, alors que seule la date de paiement était associée à celle de la livraison. Ce qui revenait, s'agissant d'une vente de meubles à fabriquer, à déroger au principe - de formation instantanée et définitive du

contrat - posé par l'art. 1583 c. civ.

### **B - Une vente formée *solo consensu***

7 - En principe, la vente « est parfaite entre les parties [...] dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (art. 1583 c. civ.). Le contrat existe donc définitivement dès que les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels, dès la rencontre des volontés. Mais l'application de cette règle au cas particulier de la vente de meubles à fabriquer (choses futures) a pu donner lieu à des aménagements ou adaptations. S'appuyant sur la jurisprudence, MM. CollartDutilleul et Delebecque (6) précisent que cette « vente n'est parfaite que lors de l'achèvement de la chose et c'est seulement à ce moment que s'opère le transfert de la propriété et des risques ». La formation du contrat ne serait donc pas réalisée par le seul consentement des parties sur les deux éléments fondamentaux que sont la chose et le prix, mais à compter de la fabrication effective de la chose. Pourtant, la question se posait, en l'espèce, de savoir à quel moment le contrat devait être considéré comme « parfait » : jour de la commande (accord sur la chose et le prix), jour de l'achèvement de la réalisation de la chose (photographie encadrée) ou encore jour de la livraison (« réception ») ?

8 - Une application des opinions précitées aurait dû conduire à retenir le moment d'achèvement de la fabrication de l'ouvrage commandé, non celui de l'accord sur la chose et le prix ni celui de la livraison. Or, sous le visa de l'art. 1583 c. civ., la Cour de cassation, énonce, en termes généraux et sans la moindre réserve, que « la vente est parfaite entre les parties dès qu'elles sont convenues de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Cette solution est bienvenue car celle consistant à subordonner la formation du contrat à l'achèvement de la fabrication n'ait que la rencontre de l'offre et de l'acceptation suffit à rendre le contrat parfait. L'accord des volontés fait le contrat, même si celui-ci a pour objet des choses futures, lesquelles peuvent parfaitement, en principe, faire l'objet d'une obligation (art. 1130, al. 1er, c. civ.). En raisonnant autrement, on semblait faire de la vente de meubles à fabriquer un simple avant-contrat pendant le temps de la réalisation effective du travail. Ce qui était aller contre la conception faisant du contrat un « pari sur l'avenir » (7), une tentative « pour intégrer d'avance des faits dans un acte de prévision » (8), ou encore comme un « instrument d'anticipation sur le futur » (9). On doit pouvoir parfaitement contracter - nouer instantanément des relations conventionnelles - à propos de choses à venir, même si les effets de tels actes ne sauraient, eux, être anticipés.

## **II - Le transfert différé de la propriété dans le contrat de vente de meubles à fabriquer**

9 - Le transfert de la propriété du meuble à fabriquer a lieu lors de l'achèvement de ce bien (B), parce qu'il ne peut pas se produire avant ce moment (A).

### **A - L'impossible transfert de propriété *solo consensu***

10 - Aux termes 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, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Ce texte ne fait qu'appliquer au contrat de vente le principe général énoncé à l'art. 1138, al. 1er, du même code : « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes » (10). Ces dispositions consacrent une rupture avec un passé, qui faisait de la vente un contrat à exécution « réelle » (11). Ainsi depuis 1804, le transfert de propriété s'accomplit en principe

par le seul effet du contrat, de manière abstraite et instantanée. Il est inhérent à l'engagement et certains en déduisent qu'il ne saurait même constituer, à proprement parler, l'objet d'une obligation à la charge du vendeur, même sous la forme d'une « obligation de donner qui serait exécutée instantanément en même temps qu'elle est née » (12). La notion d'obligation de donner (*dare*) - pourtant expressément visée aux art. 1126 ou 1136 s. c. civ. - ne véhiculerait qu'un « mythe » (13) et « doit plutôt être évitée » (14). Bien que très répandue, cette « oblitération de l'obligation de donner » (15) ne fait pourtant pas l'unanimité chez les auteurs. C'est ainsi que MM. Zenati et Revet la jugent « inexacte », notamment parce qu'elle aboutit à remettre en cause « l'idée même de transfert conventionnel de la propriété » (16). L'obligation de transférer la propriété existerait bel et bien, même si elle s'éteindrait immédiatement par son exécution (17). Malgré ces divergences doctrinales sur la question de savoir si le transfert de propriété peut ou non être considéré comme une obligation à la charge du vendeur, le principe demeure celui de la transmission immédiate et automatique de la qualité de propriétaire à l'acheteur, alors même que celui-ci n'a pas encore payé le prix ni obtenu livraison (*lato sensu*) de la chose. Dès lors, se trouve exclue « toute idée d'étalement, de longueur, de progressivité » (18).

11 - Toutefois, le principe de l'art. 1583 c. civ. n'est pas d'ordre public, mais supplétif. Ne jouissant d'aucune absoluité, il souffre même, à l'époque contemporaine, plusieurs exceptions légales comme conventionnelles (19), tellement nombreuses que l'on en est venu à se demander s'il ne faudrait pas, comme dans d'éminents systèmes juridiques étrangers, « retarder le transfert de propriété » (20). Loin d'être une gratuite « provocation faite aux juristes », l'interrogation a été jugée pertinente parce qu'il existerait de « bonnes raisons » pour « remplacer l'art. 1583 c. civ. (vente formée lors de l'échange des consentements) par un transfert de la propriété « lorsque le prix est payé » » (21).

12 - Ceci étant dit, et même si elle a été effectivement battue en brèche dans de larges proportions, la règle posée par l'art. 1583 c. civ. demeure vivace, puisque toutes les propositions faites jusque-là pour la modifier ont échoué (22). Pour autant, le principe de l'immédiateté du transfert de propriété a depuis longtemps été aménagé s'agissant de la vente de meubles à fabriquer, car la spécificité de cette opération rend impossible tout transfert de propriété par le seul consentement des parties.

## **B - La réalisation du transfert de propriété lors de l'achèvement des meubles**

13 - Il est traditionnellement admis que la propriété d'un meuble à fabriquer n'est acquise à l'acheteur que lors de l'achèvement de la fabrication par le vendeur (23), sans qu'il soit besoin d'en attendre la délivrance effective (à moins que telle ait été l'intention des parties (24)). En effet, même si une chose future peut parfaitement être l'objet d'une obligation (art. 1130, al. 1er, c. civ.), il n'en reste pas moins que le transfert de la propriété d'une telle chose n'est concevable et faisable que si sa fabrication est achevée (25). Or, tant que la confection n'a pas abouti, il n'y a pas de « chose » vendue, mais un simple « commencement de chose » (26), même si le contrat est, lui, déjà formé. Mais une fois la chose venue à existence, le transfert de propriété ainsi devenu possible doit, en principe, avoir lieu dès cet instant-là, sauf si les parties ont convenu de le repousser à une date ultérieure (jour de la livraison par exemple). La décision rendue le 1er juin 1999 demeure fidèle à cette conception, puisque la Cour de cassation se borne à énoncer que « la vente est parfaite entre les parties dès qu'elles sont convenues de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé », sans faire la moindre allusion à un quelconque transfert de propriété *solo consensu*. Autant dire alors qu'en matière de ventes de choses futures, il faut désormais faire le départ entre le moment de formation du contrat et celui - nécessairement postérieur - de réalisation du

transfert de propriété. De manière plus générale, l'arrêt commenté montre assez clairement que, du point de vue de sa formation, la vente - même portant sur des meubles à fabriquer - demeure, en principe, un contrat consensuel parfait dès la rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer.

(1) C'est la convention par laquelle une personne s'engage moyennant rémunération à exécuter un travail déterminé de façon indépendante et sans représentation (cf. P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil. Les contrats spéciaux, Cujas, 11e éd., 1998, n° 73, 708).

(2) Pour les immeubles, le problème est en principe réglé grâce à la théorie de l'accessoire, sous réserve des dispositions de l'art. 1792-1, al. 2, c. civ. et, surtout, des règles spécifiques à la vente d'immeubles à construire (cf. A. Bénabent, Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 4e éd., 1999, n° 483).

(3) Cf. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 481 s.

(4) Par ex., Cass. 3e civ., 31 janv. 1996, Bull. civ. III, n° 28 ; 24 nov. 1987, Gaz. Pal. 1988, Pan., n° 8.

(5) Cass. 3e civ., 5 févr. 1985, Bull. civ. III, n° 23 ; D. 1986, Jur. p. 499, note J. Huet ; Cass. com., 4 juill. 1989, Bull. civ. IV, n° 210 ; D. 1990, Jur. p. 246, note G. Virassamy .

(6) F. CollartDutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Précis, Dalloz, 4e éd., 1998, n° 124, spéc., p. 108, qui cite : CA Rennes, 25 juin 1969, Gaz. Pal. 1969, 2, p. 201 ; RTD civ. 1969, p. 801, obs. G. Cornu.

(7) P. Durand, préface, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, 1960, p. 11.

(8) M. Hauriou, Principes de droit public, Sirey, 1re éd., 1910, p. 206.

(9) J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 7e éd., 1992, p. 287.

(10) F. Terré et P. Simler, Droit civil. Les biens, Précis, Dalloz, 5e éd., 1998, n° 387.

(11) Cf. B. Durand, L'évolution historique de la règle, *in* Faut-il retarder le transfert de la propriété ?, Colloque de Montpellier du 28 avr. 1995, JCP éd. E 1995, supp. n° 5, spéc., p. 2.

(12) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, Précis, Dalloz, 6e éd., 1996, n° 1014, p. 820 ; *adde* M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996, p. 85, spéc., p.89 ; P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 251 ; C. Saint-Alary-Houin, Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, *in* Mélanges P. Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p. 733 s.

(13) M. Fabre-Magnan, art. préc., *loc. cit.*, spéc., p. 89.

(14) A. Bénabent, *op. cit.*, Montchrestien, 7e éd., 1999, n° 143, p. 95.

(15) F. Zenati et T. Revet, Les biens, PUF, 2e éd., 1997, n° 137.

(16) *Ibid.*

(17) Cf. P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988, p. 673 s.

(18) T. Revet, Les différentes ventes, *in* colloque préc. de Montpellier, spéc., p. 8.

(19) Cf. T. Revet, art. préc., *in* colloque. préc., spéc., n° 8 s. ; A. Bénabent, *op. cit.*, Contrats, n° 135 s.

(20) Colloque de Montpellier, préc.

(21) C. Mouly, *in colloque préc.*, p. 1.

(22) Cf. P. Malaurie, Rapport de synthèse, colloque préc., p. 46.

(23) Cf. J. Huet, *op. cit.*, n° 11210.

(24) V. par ex., Cass. req., 31 oct. 1900, D. 1901, 1, p. 65 ; CA Paris, 24 mai 1944, JCP 1945,II, n° 2742, note Becqué et sur pourvoi, Cass. 1re civ., 1er août 1950, S. 1951, 1, p. 100.

(25) Cf. F. Zenati et T. Revet, *op. cit.*, n° 132 ; F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 390, p. 275.

(26) Cf. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 135, p. 88

### III. EXERCICES

#### Cas n°I

La société *Los Guérilleros* est une entreprise espagnole spécialisée dans l'alimentaire. Elle exporte à l'étranger des mets locaux, aussi bien pour les professionnels que pour les particuliers.

Madame Reperon désire ouvrir un commerce dédié à l'alimentation ibérique à Montpellier. Elle lui passe une première commande le 1<sup>er</sup> août 2014, espérant ainsi pouvoir assurer l'ouverture de son magasin dès la rentrée prochaine.

À l'arrivée de la commande, assurée par le fournisseur lui même, le 25 août 2014, Madame Reperon a la mauvaise surprise de trouver la totalité du stock endommagé, les packs de sangria s'étant déversés sur le reste des aliments !

Que peut faire Madame Reperon ?

#### Cas n°II

Monsieur Dirka a vendu à Madame Gamilo, sa voisine habitant à l'autre bout de la rue, son ancienne machine à laver puisqu'il est sur le point d'acheter un modèle dernier cri, capable de laver et sécher le linge en moins de 15 minutes ! Madame Gamilo paye le prix immédiatement tandis que les deux parties, se connaissant déjà depuis quelques années, conviennent amiablement que Monsieur Dirka lui livrera la machine dès qu'il aura reçu la nouvelle.

Malheureusement, c'était sans compter l'apparition de sévères anomalies provenant de cette machine révolutionnaire, bloquant ainsi les livraisons. Monsieur Dirka tardant à recevoir son nouveau jouet, il ne délivre pas l'ancienne machine comme convenu durant les trois mois suivant la vente.

D'abord patiente puis finalement excédée, Madame Gamilo décide de mettre son cocontractant en demeure de livrer la machine à laver. Elle pensait donc obtenir gain de cause jusqu'à ce qu'un violent orage court-circuite le système électrique de Monsieur Dirka, rendant le bien définitivement hors-service.

Qu'en pensez-vous ?

#### Cas n°III

La société *Chaufchaf* a vendu à Monsieur Deinguy une nouvelle chaudière pour son appartement qu'il vient juste de faire rénover. L'entreprise se charge également de son installation, prévue environ une semaine après la vente du 15 juin 2014, conclue en des termes standards.

Au moment de débiter la livraison, la palette de chargement, alors défectueuse, s'est renversée, rendant la chaudière attendue par Monsieur Deinguy inutilisable en l'état. Pour autant, la société explique à son client que le transfert de propriété a correctement été opéré le 15 juin, et qu'en tant que nouveau propriétaire il devra assumer lui même la charge des éventuelles réparations.

Monsieur Deinguy vient recueillir vos conseils.

#### **Cas n°IV**

Madame Santa et Monsieur Manza concluent un contrat de vente portant sur une voiture d'occasion, en excellent état. Madame Manza, venderesse, consent à l'acquéreur un échelonnement des paiements. Néanmoins, en contrepartie, elle insère une clause de réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix.

Trois jours avant le dernier paiement de Monsieur Manza, la voiture est vandalisée alors qu'elle est stationnée devant sa résidence.

Monsieur Manza invoque la clause de réserve de propriété afin de faire peser les charges afférentes à cet incident sur sa cocontractante.

Madame Manza est-elle en mesure de contredire cette allégation ?

#### **Cas n°V**

Le jeune Candide sort de son cours de droit de la vente avec des idées plein la tête. Il se rend au supermarché le plus proche, fait le tour des rayons, et sélectionne un baladeur MP3. Il franchit alors la caisse sans payer, l'alarme retentit et un vigile vient à sa rencontre en l'accusant de vol. Candide se dit scandalisé et rétorque au vigile que le MP3 est à lui car le transfert de propriété s'opère *solo consensu*. Le responsable du magasin, prenant son parti de l'argument de Candide, entend alors agir en inexécution de l'obligation de payer le prix !

Qui a le plus besoin de suivre assidument des cours de droit ?



## SEANCE 7 : DELIVRANCE CONFORME ET GARANTIE DES VICES CACHES

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.
- Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

### II. JURISPRUDENCE

- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 janv. 1989, n° 86-11806, Bull. civ. III, n° 20, *JCP*1986 II 20616, note P. Malinvaud.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1989, n° 87-18517, Bull. civ. I, n° 140.
- Cass. Com., 22 mai 1991, n° 89-15406, Bull. civ. IV, n° 176, *D.* 1992. Somm. 200, obs. O. Tournafond.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1993, n° 91-18924, *D.* 1994, Somm. 239, obs. O. Tournafond.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993, n° 91-21416.
- Cass. Com., 18 mars 1997, n° 94-21385.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1997, n° 95-13389, Bull. civ. I, n° 206, *Contrats, conc., consom.* 1997, Comm. 163, obs. L. Leveneur.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, n° 02-12072, *JCP* n° 52, 28 Décembre 2005, II 10184, obs. C. Lièvremont.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2006, n° 04-11903.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 mars 2006, n° 04-20736, Bull. civ. III, n° 72 ; *RDI* 2006. 235, obs. P. Malinvaud.
- Cass. Com., 14 octobre 2008, n° 07-17977.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 2012, n° 11-26.625.
- Cass. Com., 22 novembre 2016, n° 14-23.658.
- Cass. Com., 20 avril 2017, n° 15-21.877.

### III. DOCTRINE

- A. BENABENT, *Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie*, *D.* 1994. Chron. 115 s
- L. LEVENEUR, *Où l'acheteur agit en résolution pour délivrance non conforme huit ans après la vente...*, *Contrats, conc., consom.* n°5, 2006, comm. 78.
- C. OGIER, *Garantie des vices cachés et défaut de conformité : le rôle des conditions générales de vente*, *D.* 2009 p. 412.
- N. DISSAUX, *Délivrance ou garantie, comment choisir ?*, *AJ Contrat* 2017, p. 93.

### IV. EXERCICES

- Commentaire de l'arrêt : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 2012, n° 11-26.625
- Fiche des arrêts : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993, n° 91-21416 et Cass. Com., 18 mars 1997, n° 94-21385.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1197 C. civ. (ex-art. 1136 C. civ.) :** L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

**Art. 1217 (v. ex-art. 1184 C. civ.) :** La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

**Art. 1221 C. civ. (v. ex-art. 1184 C. civ.) :** Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

**Art. 1227 C. civ. (v. ex-art. 1184 C. civ.) :** La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

**Art. 1228 C. civ. (v.ex-art. 1184 C. civ.) :** Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

### ➤ Extraits de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux :

**Art. 5 :** Le débiteur de la délivrance doit mettre le bien et ses accessoires à disposition du créancier.

L'obligation de délivrance emporte celle de conserver le bien jusqu'à ce qu'il soit enlevé ou livré.

En cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation de délivrance, le créancier peut émettre des réserves lors de réception ou refuser de réceptionner le bien, de l'enlever ou d'en prendre livraison, sans préjudice de la mise en oeuvre les mesures prévues à l'article 1217.

**Art. 6 :** Le créancier de la délivrance doit enlever le bien chez le débiteur, sauf s'il est convenu qu'il sera livré.

S'il ne l'enlève ou n'en prend livraison, le débiteur de la délivrance peut le mettre en demeure d'y satisfaire dans les conditions prévues aux articles 1345 et suivants, sans préjudice de la mise en oeuvre des mesures prévues à l'article 1217.

L'enlèvement et la livraison du bien en transfèrent la garde.

**Art. 7 :** La réception est l'acte par lequel le créancier de la délivrance agréé le bien ou une partie de celui-ci, avec ou sans réserves.

**Art. 27 :** Le vendeur doit mettre à disposition de l'acheteur le bien vendu conformément aux stipulations convenues. Sauf stipulations contraires, il doit délivrer un bien en bon état.

**Art. 28 :** Sauf dans les ventes judiciaires, le vendeur doit à l'acheteur la garantie des vices qui rendent le bien impropre à l'usage auquel il est normalement destiné, ou qui en diminuent gravement les utilités.

**Art. 29 :** Le vendeur ne répond de tels vices que s'ils existaient au moment de la délivrance, même s'ils ne se sont révélés qu'ultérieurement.  
Il ne répond pas d'un vice que l'acheteur connaissait ou aurait dû connaître au moment de la conclusion du contrat ou de la réception sans réserves du bien acquis.

**Art. 30 :** Le vendeur peut s'exonérer de la garantie des vices, sauf de ceux dont il a connaissance ou qu'il ne pouvait ignorer.  
Le vendeur professionnel ne peut s'exonérer de la garantie, sauf à l'égard d'un acheteur professionnel.

**Art. 31 :** L'existence d'un vice caché exclut toute action en nullité fondée sur un vice du consentement.

En cas de vice caché, l'acheteur peut réduire le prix dans les termes de l'article 1223 ou résoudre la vente.

Les parties peuvent aussi convenir que l'acheteur pourra exiger du vendeur qu'il fasse disparaître le vice.

**Art. 32 :** Le vendeur professionnel ainsi que le vendeur qui connaissait le vice ou ne pouvait l'ignorer sont en outre tenus à tous dommages et intérêts envers l'acheteur.

**Art. 33 :** La garantie des vices prend fin deux ans ou cinq ans après que le bien a été réceptionné par l'acheteur, selon que le vendeur ignorait ou connaissait le vice.

Il incombe à l'acheteur qui découvre le vice d'en dénoncer au vendeur l'existence et la nature dans un délai raisonnable.

## II. JURISPRUDENCE

### ➤ Cass. Civ. 3e, 25 janv. 1989, n° 86-11806.

(...) Vu l'article 1646-1 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1978, ensemble l'article 771 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que le vendeur d'un immeuble à construire est tenu de garantir les menus ouvrages pendant deux ans à compter de la réception des travaux ;

Attendu que, pour condamner la société FFF à verser au syndicat des copropriétaires une provision pour les défauts d'étanchéité des menuiseries extérieures, l'arrêt, tout en relevant que ces désordres concernent des parties mobiles, retient qu'ils trouvent leur source dans une absence de conformité aux prescriptions du devis descriptif et engage, en conséquence, la responsabilité

contractuelle de droit commun du vendeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, même s'ils ont comme origine une non-conformité aux stipulations contractuelles, les dommages qui relèvent d'une garantie légale ne peuvent donner lieu, contre les personnes tenues à cette garantie, à une action en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, en sorte que l'existence de l'obligation de la société FFF était

sérieusement contestable, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il n'est pas inéquitable de laisser à la charge de la société SPAPA les frais non compris dans les dépens, qu'elle a exposés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE,

➤ **Cass. Civ. 1re, 20 mars 1989, n° 87-18517.**

Sur le premier moyen :

Attendu qu'en 1984, la société en nom collectif bar-restaurant " Le Rustic " a commandé à M. X..., installateur de plomberie sanitaire, un appareil de détartrage destiné à permettre une utilisation maximale de la machine à café, de la machine à glaçons et du lave-vaisselle ; que ce dernier s'est adressé à la société à responsabilité limitée CR. 2J qui a livré un appareil DES, type Alpha 2, lequel s'est révélé totalement inefficace ; que le fabricant, alerté, a dépêché un technicien qui a conclu à l'inadaptation d'un appareil de traitement des eaux et à la nécessité de le remplacer par un adoucisseur d'eau, type MD 16 ; que le jugement attaqué a prononcé la résolution du contrat de vente pour manquement à l'obligation de délivrance et déclaré CR. 2J tenue à garantir M. X... ;

Attendu que cette société reproche au tribunal d'avoir statué de la sorte, alors que, selon le moyen, l'appareil litigieux serait

rigoureusement conforme à la commande et en parfait état de fonctionnement, et d'avoir ainsi violé l'article 1615 du Code civil ;

Mais attendu que l'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but par lui recherché ; qu'ayant relevé que l'appareil de détartrage était totalement inadapté et impropre à l'usage auquel il était destiné, le jugement attaqué (Périgueux, 31 juillet 1987) en a exactement déduit que M. X... avait manqué à son obligation de délivrance, ce qui entraînait la résolution du contrat ;

Qu'il s'ensuit que le premier moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

➤ **Cass. Com., 22 mai 1991 n° 89-15406.**

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1184 et 1603 du Code civil ;

Attendu que la société Géliot et Cie, dite Texunion (société Texunion) a acheté en décembre 1983 et février 1984 à la société Saneco une importante quantité de lin

qu'elle a filée, puis revendue à des tisseurs qui se sont plaints de ce que la marchandise était impropre à l'usage auquel elle était destinée en raison de la présence de propylène dans le lin ; qu'une expertise judiciaire ordonnée à la demande de la société Texunion par le juge des référés a confirmé ce fait ; que la société Texunion a assigné en résolution de la vente la société Saneco, laquelle a appelé en garantie son fournisseur, la société Teillage de la Vallée de la Trie ;

Attendu que, pour rejeter la demande de la société Texunion, au motif qu'elle n'avait pas été formée dans le bref délai prescrit en matière de garantie des vices cachés par l'article 1648 du Code civil, la cour d'appel a retenu que, " selon les termes les plus stricts de ses conclusions d'appel, au terme d'explications hétérogènes, la société

➤ **Cass. Civ. 1re, 16 juin 1993, n° 91-18924.**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1603 et 1604 du Code civil, ensemble l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. X... a acquis le 28 juin 1987 de M. Z..., un véhicule d'occasion de marque Mercedes pour un prix de 85 000 francs ; que, se plaignant du mauvais fonctionnement du véhicule, M. X... a sollicité, le 24 mars 1988, une expertise en référé ; que l'expert a conclu que le véhicule avait parcouru, au jour de la vente, un kilométrage double de celui figurant au compteur et qu'accidenté plusieurs fois, il était affecté de vices compromettant sa destination, le moteur étant hors d'usage ; que M. X... ayant assigné M. Z... en résolution de la vente sur le fondement de la garantie des vices cachés, ce dernier a appelé en garantie son

Texunion demande à la cour d'appel de " constater qu'elle a bien agi à bref délai, conformément aux dispositions des articles 1641 et suivants du Code civil " ; qu'elle se réclame donc de la garantie des défauts de la chose vendue ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée par les conclusions de la société Texunion, si la société Saneco n'avait pas, en livrant du lin contenant du propylène, manqué à l'obligation pesant sur tout vendeur de délivrer une chose conforme à l'usage auquel elle est destinée, 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 le second moyen :

CASSE ET ANNULE,

vendeur, M. Y... ; que l'arrêt attaqué a déclaré l'action principale irrecevable pour n'avoir pas été intentée dans le bref délai exigé par l'article 1648 du Code civil ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle en avait l'obligation aux termes de l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, si l'inexactitude du kilométrage figurant au compteur ne devait pas être qualifiée comme un manquement du vendeur à son obligation de délivrer un véhicule conforme aux spécifications convenues par les parties, ce qui aurait exclu l'application de l'article 1648 du Code civil, 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 deuxième branche du moyen :

CASSE ET ANNULE,

➤ **Cass. Civ., 1re, 27 octobre 1993, n° 91-21416.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 3 octobre 1991), qu'à la suite d'un sinistre provoqué par une fuite à l'intérieur d'un chauffe-eau électrique, la compagnie La Concorde a, après dépôt du rapport de l'expert désigné en référé, assigné le fabricant, la société Régent Services, aux droits de laquelle vient la société MTS et son assureur, la Ciam, aux fins de remboursement des indemnités versées à la victime ;

Attendu que la compagnie La Concorde fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré son action irrecevable pour n'avoir pas été intentée dans le bref délai prévu par l'article 1648 du Code civil, alors, selon le moyen, que le vendeur doit délivrer une chose conforme à sa destination normale ; que la cour d'appel qui, pour juger l'action formée contre le fabricant d'un chauffe-eau soumise au bref

délai de l'action en garantie des vices cachés, a retenu que le vice s'était révélé après la réception, tout en constatant que la fuite provenant d'un défaut de montage ou de serrage d'un joint en usine était survenue après mise en chauffe de l'appareil le lendemain de la réception des travaux, ce dont il résultait que la chose vendue n'était pas conforme à sa destination normale, a violé les articles 1184, 1604 et 1648 du Code civil ;

Mais attendu que les défauts qui rendent la chose vendue impropre à sa destination normale constituent les vices définis par l'article 1641 du Code civil, qui était donc l'unique fondement possible de l'action exercée par la compagnie La Concorde ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass. Com., 18 mars 1997, n° 94-21385**

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 1641 du Code civil ;

Attendu que le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'ils les avaient connus ;

Attendu que pour condamner in solidum les sociétés Point P Pellegrini, GSM Est et leurs assureurs à payer certaines sommes à la société SACER, l'arrêt retient que la société SACER est en droit de choisir le

fondement juridique de son action sur la non-conformité de la chose livrée; que l'obligation de délivrance implique non seulement la délivrance de la chose mais également celle d'une chose conforme à sa destination, la chose devant correspondre en tout point au but recherché par l'acquéreur; que les bordures de trottoirs livrées par la société Point P Pelligrini à la société SACER et fabriquées par la société Richardmesnil, ne répondaient pas aux spécifications imposées par le maître de l'ouvrage, cette non-conformité ne pouvant toutefois pas être décelée le jour de la réception, mais seulement après la période hivernale ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si les spécifications

imposées par le maître de l'ouvrage, auxquelles se réfère l'arrêt, ont été contractuellement acceptées par les fournisseurs et si leur inobservation est en relation avec la désagrégation de matériaux, auquel cas serait caractérisé un manquement à l'obligation de délivrance,

➤ **Cass. Civ. 1re, 17 juin 1997, n° 95-13389.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 24 janvier 1995), que M. X..., artisan taxi, a pris en location avec promesse de vente, auprès de la société Unimat, un véhicule spécialement aménagé pour le transport des personnes handicapées fourni par la société Scau, Garage Saurel, après transformations effectuées par la société Chardon ; que M. X..., estimant que ce véhicule présentait des anomalies, a demandé la résolution du contrat de vente et du contrat de crédit-bail en se fondant sur le manquement du vendeur à l'obligation de délivrance ;

Attendu que la société Garage Saurel fait grief à l'arrêt d'avoir fait droit à cette demande, alors que les défauts de conformité de la chose vendue à sa destination normale, constituent le vice prévu par l'article 1641 du Code civil qui est l'unique fondement possible de l'action formée contre le vendeur ; qu'ainsi, dès lors qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que le défaut de conformité tenait à un vice de réalisation des aménagements demandés pour le transport de personnes

➤ **Cass. Civ. 1re, 25 janv. 2005, n° 02-12072.**

Attendu que le 7 janvier 1995 M. X... a acheté à M. Y... un véhicule Volkswagen type JR Turbo Diesel, dont le type ne correspond pas à celui mentionné sur la carte grise ; qu'ayant constaté des désordres sur le fonctionnement du moteur, il a assigné, après expertise son vendeur en

tandis que dans la négative serait établie l'existence d'un vice caché, 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 première branche :

CASSE ET ANNULE,

handicapées, qui avait entraîné " une surcharge très nette sur l'essieu arrière, surtout côté droit, et un délestage du train avant, d'où une mauvaise tenue de route, usure anormale des pneus avant et des freins arrière ", ce qui caractérisait un défaut de conformité à la destination normale du véhicule vendu, et non aux spécifications convenues par les parties, la cour d'appel ne pouvait faire droit à la demande de M. X... sur le fondement de la non-délivrance de la chose vendue, sans appliquer faussement l'article 1604 du Code civil, et violer par refus d'application l'article 1641 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, ayant relevé que, selon les constatations de l'expert, le véhicule, dans son ensemble, était inadapté, de par sa conception, à supporter l'aménagement exécuté en vue d'une utilisation conventionnellement prévue par les parties, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

résolution de la vente sur le fondement de la garantie des vices cachés ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté sa demande alors selon le moyen qu'en retenant, pour débouter l'acheteur de sa demande, que le fait que le véhicule automobile ne satisfaisait pas aux exigences administratives et partant, n'était pas assurable, n'aurait pas rendu ce véhicule inapte à circuler et n'aurait pas constitué un vice caché, la cour d'appel a violé l'article 1641 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que le véhicule vendu était doté d'un moteur qui ne correspondait pas à celui mentionné sur la carte grise, qu'il n'était pas conforme à la réglementation technique et qu'il ne pouvait être assuré, en a exactement déduit qu'il ne correspondait pas aux spécifications convenues entre les parties et que le vendeur avait ainsi manqué à son obligation de délivrance ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

➤ **Cass. Civ. 1re, 24 janv. 2006, n° 04-11903.**

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1184 et 1603 du Code civil, ensemble l'article 12, alinéas 1 et 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. X... a, sur le fondement des articles 1641 et suivants et 1116 du Code civil, demandé, en juin 1999, outre l'indemnisation de ses préjudices, la résolution, subsidiairement la nullité, de la vente du véhicule de marque Porsche qu'il avait acquis, le 9 septembre 1991, auprès de la société Almeras Frères et dont le numéro de série frappé sur la caisse ne correspondait pas au numéro d'origine mentionné sur le certificat d'immatriculation ;

Vu l'article 1603 du Code civil, ensemble l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que pour rejeter la demande en résolution de la vente formée par M. X..., l'arrêt attaqué retient que celui-ci a fondé exclusivement son action sur l'article 1641 du Code civil et que les conditions d'application de ce texte ne sont pas réunies ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'elle était saisie d'une demande de résolution d'une vente, sans rechercher si cette demande inexactement fondée sur la garantie des vices cachés, ne pouvait aboutir sur le fondement d'un manquement du vendeur à son obligation de délivrance qu'elle avait retenu, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ;

**PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE**

Attendu que pour le débouter de ses prétentions, l'arrêt retient qu'il n'avait pas agi dans le bref délai prévu par l'article 1648 du Code civil ;

Attendu qu'en statuant ainsi, quand constitue un manquement à l'obligation de délivrance, la livraison d'un véhicule non conforme aux spécifications contractuelles, découlant, en l'espèce, des mentions du certificat d'immatriculation, la cour d'appel, qui aurait dû ainsi requalifier le fondement juridique de la demande, a violé les textes susvisés ;

**PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen : CASSE ET ANNULE,**



➤ **Cass. Civ. 3e, 15 mars 2006, n° 04-20736.**

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Vu l'article 1641 du Code civil ;

Attendu que le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 29 octobre 2004), que le Gaec du X... Frémur, aux droits duquel se trouve l'Earl du X... Frémur (l'Earl), a acquis six caissons de traitement d'air de la société Carrier afin de filtrer l'air de son élevage porcin ; qu'invoquant leur corrosion et leur manque d'étanchéité permettant la pénétration de particules porteuses de germes pathogènes, le Gaec du X... Frémur a demandé la condamnation de la société Carrier sur le fondement d'un manquement à son obligation de délivrance ; que la société Carrier a appelé en garantie la société Camfil qui avait validé la conception des installations ;

➤ **Cass. com., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-17977.**

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1604 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que la société Toujas et Coll (la société Toujas) a fait l'acquisition auprès de la société Mécalux France (la société Mécalux) de rayonnages métalliques qu'elle a installés à l'extérieur de ses magasins pour y stocker divers matériaux de bricolage dont elle fait commerce ; qu'invoquant l'apparition d'une forte

Attendu que pour accueillir la demande de l'Earl, l'arrêt retient que les centrales litigieuses étaient installées dans un élevage porcin situé dans une zone sensible à l'air marin avec comme objectif d'empêcher la pénétration de particules porteuses de germes pathogènes, que cet objectif n'avait pas été atteint et qu'il y avait violation de l'obligation de délivrance prévue par les articles 1603 et suivants du Code civil ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la chose fournie n'était pas conforme à l'usage auquel elle était destinée, ce dont il résultait qu'elle était atteinte d'un vice caché, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal, ni sur le pourvoi incident de la société Camfil :

CASSE ET ANNULE,

corrosion sur ces structures, la société Toujas a assigné la société Mécalux afin d'obtenir sa condamnation à procéder à leur remplacement ;

Attendu que pour rejeter les demandes de la société Toujas, l'arrêt, après avoir relevé, par motifs adoptés, que les conditions générales de vente de la société Mécalux indiquaient que les éléments verticaux porteurs étaient finis au moyen d'un procédé de peinture par électrodeposition, dit cataphorèse, que les autres éléments étaient également finis au moyen d'un

procédé automatique de peinture après avoir été dégraissés et phosphatés et que ce procédé était deux fois supérieur à la galvanisation électrolytique et trois fois supérieur à la peinture conventionnelle, retient, par motifs propres, qu'une garantie anti-corrosion de l'intégralité du matériel vendu n'a jamais été conventionnellement accordée à la société Toujas par la société Mécalex qui s'est limitée à décrire les traitements apportés à partie des produits vendus et les performances accordées à ces traitements ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les rayonnages vendus par la société Mécalex présentaient les qualités décrites dans ses conditions générales de vente et si, dans la négative, la société Mécalex n'avait pas manqué à son obligation de délivrance conforme, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE,

➤ **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 2012, n°11-26.625**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1604 du code civil ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que le 14 février 2010, Mme X... a acquis de Mme Y..., au prix de 1 430 euros, un véhicule d'occasion ayant parcouru plus de 200 000 kilomètres, dont le certificat de contrôle technique, établi le 15 juillet 2009, ne constatait pas l'existence d'un vice ; qu'elle a fait procéder, le 16 février 2010, à un nouveau contrôle technique révélant qu'un grave désordre affectait la roue avant gauche et nécessitait des réparations d'un montant de 934,26 euros ;

Attendu que pour condamner Mme Y... à payer cette somme à titre de dommages-intérêts, le juge de proximité, après avoir relevé que la vente était intervenue sur la

foi des éléments contenus dans le procès-verbal de contrôle technique du 15 juillet 2009 ne faisant pas état du vice allégué, a jugé que la venderesse avait manqué à son obligation de délivrance conforme aux indications dudit contrôle ;

Qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ses propres constatations que le vice affectant le véhicule nécessitant sa remise en état, n'avait été détecté que lors du contrôle technique du 16 février 2010, ce dont il résultait qu'il constituait un vice caché dont la garantie constituait l'unique fondement possible de l'action, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :  
CASSE ET ANNULE,

➤ **Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2013, pourvoi n°12-20.355**

Sur le premier moyen :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que le

17 juin 2011, suite à une annonce passée sur un site internet, M. X... a acquis de M. Y..., au prix de 600 euros, un véhicule d'occasion Opel Corsa, mis en circulation pour la première fois en 1999 ; qu'un contrôle technique en date du 8 juillet 2011

puis un rapport d'expertise amiable établi en octobre 2011 ayant révélé que le véhicule avait été accidenté et mal réparé, ce qui le rendait impropre à la circulation, M. X... a assigné M. Y... en résolution de la vente sur le fondement de la garantie des vices cachés ;

Attendu que pour accueillir la demande et ordonner la restitution partielle du prix, le juge de proximité a retenu que le vice affectant le véhicule existait préalablement à la vente et que même en procédant à des vérifications élémentaires, l'acheteur n'aurait pu le découvrir ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de M. Y... qui faisait valoir que le véhicule avait été vendu en l'état pour pièces et sans garantie, situation qui avait été acceptée par M. X... et qui expliquait le prix extrêmement modeste de la transaction, la juridiction de proximité n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 3 avril 2012, entre les parties, par la juridiction de proximité de Cannes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant la juridiction de proximité d'Antibes ;

Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. Y... ;

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 du jugement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le

président en son audience publique du seize octobre deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt  
Moyens produits par la SCP Blanc et Rousseau, avocat aux Conseils, pour M. Y...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché au jugement attaqué d'avoir prononcé la résolution de la vente d'une voiture d'occasion par M. Y... à M. X...,

Aux motifs que le vice, à savoir « pli sur la face interne du longeron avant droit » n'avait été révélé dans un premier temps que par le garage Allô Gill lors du contrôle technique effectué en juillet 2011, puis confirmé par le rapport d'expertise du 14 octobre 2011, de sorte que, même en procédant à des vérifications élémentaires, M. X... n'aurait pu découvrir cette anomalie qui présentait un caractère non apparent,

Alors que la juridiction de proximité n'a pas répondu aux conclusions de M. Y... invoquant l'existence d'une clause de non garantie des vices cachés (violation de l'article 455 du code procédure civile).

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est reproché au jugement attaqué d'avoir condamné M. Y... à payer à M. X... une partie du prix de 200 euros,

Aux motifs que l'expert avait indiqué que la valeur d'un véhicule similaire en bon état pouvait être estimée à 1 500 euros et que la valeur de ce véhicule était par différence de 200 euros, de sorte que cette somme serait retenue comme constituant une partie du prix ;

Alors que l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ; qu'en s'étant prononcée au vu de l'expertise officieuse de M. Z..., sollicitée par M. X..., et non pas d'une expertise judiciaire, la juridiction de proximité a violé l'article 1644 du code civil.

➤ **Cass. Com., 22 novembre 2016, n° 14-23658**

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1604 et 1641 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 31 octobre 2007 Mme X...a acquis de M. et Mme Y... un fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie ; que les vendeurs ont déclaré que toutes les installations du fonds cédé étaient en état de marche et répondaient aux normes de salubrité, d'hygiène et de sécurité actuellement en vigueur ; qu'à la suite d'une panne du brûleur du four à gaz, survenue le 2 décembre 2007, ayant révélé un taux anormal de monoxyde de carbone, l'expert désigné en référé a conclu à la non-conformité de l'installation à la réglementation et aux normes de sécurité en raison de la longueur excessive du conduit d'évacuation des gaz de combustion, rendant nécessaire son remplacement par un four électrique ; que Mme X... a assigné M. et Mme Y... en paiement de dommages-intérêts pour manquement à leur obligation de délivrance tandis que ceux-ci, prétendant qu'il s'agissait d'un vice caché, ont invoqué la clause d'exclusion de garantie convenue à ce titre ;

Attendu que pour rejeter la demande de Mme X..., l'arrêt retient que la longueur excessive du tuyau d'évacuation, qui rend l'installation impropre à l'usage auquel elle est destinée, constitue un vice caché et qu'en l'absence de mauvaise foi des vendeurs, qui ignoraient la non-conformité aux dispositions réglementaires et ont livré un bien conforme aux stipulations contractuelles, la clause d'exonération de la garantie du vice caché prévue à l'acte de vente est applicable ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'acte stipulait que toutes les installations du fonds vendu répondaient aux normes alors en vigueur et qu'elle avait constaté que le four à gaz livré n'était pas conforme aux normes réglementaires de sécurité, ce dont il résultait que M. et Mme Y... n'avaient pas satisfait à l'obligation de délivrance qui leur incombait en tant que vendeurs, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la non-conformité du four à gaz aux règles techniques de sécurité s'analyse en un vice caché au sens de l'article 1641 du code civil dont la garantie a été exclue par une clause de l'acte de vente et rejette l'action en garantie de vice caché de Mme X..., l'arrêt rendu le 21 octobre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; 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 Pau ;

➤ **Cass. Com., 20 avril 2017, n°15-21877**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 21 mai 2015), que la société Prima-Liège a vendu à la société Château de Mont-Redon des bouchons pour ses bouteilles de vin ; que se plaignant du goût de bouchon de son vin, la société Château de Mont-Redon a, après plusieurs expertises amiable et judiciaire, assigné en réparation de ses préjudices la société Prima-Liège sur le fondement de la garantie des vices cachés ;

Attendu que la société Château de Mont-Redon fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes alors, selon le moyen :

1°/ que le vice dont le vendeur doit garantir en application de l'article 1641 du code civil doit être antérieur au transfert de propriété ; qu'en l'espèce, après avoir relevé l'existence d'un vice affectant la chose vendue, la cour d'appel s'est bornée à constater que l'altération des bouchons vendus, à l'origine de la dégradation organoleptique constatée du vin, n'existait pas antérieurement au transfert de propriété, quand une altération suppose nécessairement une évolution de la chose, de sorte que cette altération était impropre à exclure l'existence du vice antérieurement au transfert de propriété ; qu'en se prononçant par ce motif inopérant pour décider que le vendeur n'est pas tenu de garantir le vice affectant les bouchons vendus, la cour d'appel a violé l'article 1641 du code civil ;

2°/ qu'il se déduit de l'altération constatée des bouchons vendus qu'ils ne correspondaient à la qualité attendue par l'acheteur et qu'ils étaient affectés d'un vice antérieurement au transfert de propriété, de sorte que le vendeur était tenu de le garantir ; qu'en décidant néanmoins que le vendeur n'est pas tenu par cette garantie, la cour d'appel a violé l'article 1641 du code civil ;

3°/ qu'en relevant, pour décider que le vendeur n'est pas tenu à garantir les vices affectant les bouchons vendus, qu'il n'est pas démontré que ce vice serait généralisé, la cour d'appel, qui a ajouté à l'article 1641 une condition qu'il ne contient pas, a de nouveau violé ce texte ;

Mais attendu qu'ayant relevé que si la présence de la molécule trichloroanisole, connue pour se développer dans le liège à partir de moisissures mises en présence de composés chlorés, caractérisait une altération du bouchon, l'arrêt retient que l'expert ne déterminait cependant pas son origine ; qu'il relève ensuite que l'expertise judiciaire a porté sur cinq bouteilles dont quatre défectueuses et une, issue du même lot, contenant du vin témoin de la qualité recherchée qui ne contenait pas la molécule trichloroanisole mais une molécule précurseure de cette dernière et d'autres molécules, dans une proportion significative, témoignant d'une contamination atmosphérique ; qu'il retient enfin que l'insuffisance de traçabilité des conditions d'entretien des cuves, de stockage des bouchons, des mises en bouteille et du suivi de l'atmosphère de la cave ne permettaient pas d'exclure que les bouchons analysés avaient développé la molécule trichloroanisole en réaction à des molécules trichlorophénol présentes dans la cave, voire dans les cuves ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a souverainement déduit que la preuve de l'antériorité du vice n'était pas rapportée ; que le moyen, qui est inopérant en sa troisième branche qui critique un motif surabondant, n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

### III. DOCTRINE

- **C. Ogier, *Garantie des vices cachés et défaut de conformité : le rôle des conditions générales de vente*, D. 2009 p. 412.**

C'est un arrêt d'un intérêt certain qu'a rendu la Cour de cassation réunie en formation de section le 14 octobre dernier (1). En effet, la Haute juridiction revient, en matière de vente mobilière, sur la célèbre et non moins controversée question des frontières de la délivrance conforme et de la garantie des vices cachés. Si la Cour a éclairci la distinction dans sa jurisprudence antérieure (2), la matière n'est cependant pas encore limpide, comme d'aucuns ont pu le présager (3) et comme l'arrêt rapporté le montre.

En l'espèce, la société Toujas, entreprise faisant le commerce d'outils de bricolage, a fait l'acquisition de rayonnages métalliques auprès de la société Mécalux afin d'y stocker ses produits. Or, trois ans après l'installation, une forte corrosion apparaît sur ces structures. La société Toujas assigne alors le vendeur afin que celui-ci soit condamné à procéder au remplacement des étagères. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt confirmatif du 1<sup>er</sup> juin 2007, déboute la société de sa demande. D'une part, à l'instar des premiers juges, elle retient que les conditions générales de vente précisait l'existence d'un traitement anti-corrosion particulièrement efficace. D'autre part, elle ajoute que la description de ces performances ne constituait pas une garantie conventionnelle contre la corrosion. Cette décision est censurée par la Cour de cassation. Au visa de l'article 1604 du code civil, la Haute juridiction estime que la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision en ne recherchant pas « *si les rayonnages vendus par la société Mécalux présentaient les qualités décrites dans ses conditions générales de vente et si, dans la négative, la société Mécalux n'avait pas manqué à son obligation de délivrance conforme* ». Ce faisant, la chambre commerciale prend

de nouveau parti sur l'articulation de ces deux remèdes que sont la garantie des vices cachés et l'obligation de délivrance conforme (I) : en présence de conditions générales de vente décrivant les caractéristiques du bien vendu, la non-conformité décelée après réception de celui-ci constitue un manquement à l'obligation de délivrance, la responsabilité contractuelle de droit commun trouvant donc à s'appliquer (II).

#### **I - L'incertitude des frontières de la garantie des vices cachés et du défaut de conformité**

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 octobre 2008 envisage la question rémanente de la distinction entre délivrance conforme et garantie des vices cachés dans une affaire où la nouvelle garantie de conformité n'est pas applicable (4). Dans la décision rapportée, il s'agit de savoir sur quel fondement peut agir, contre le vendeur, l'acquéreur d'étagères ayant rouillé bien qu'ayant reçu, comme le précisait les conditions générales de vente, un traitement particulier contre un tel phénomène. Obligation de délivrance ? Garantie contre les vices cachés ?

L'articulation entre ces deux fondements a, comme on le sait, connu une évolution. Face aux difficultés de la distinction, on avait noté en jurisprudence, dans les années 1970, une tendance « *moniste* », c'est-à-dire une tendance à un effacement des frontières entre délivrance et garantie. La Cour de cassation, et notamment la première chambre civile, admettait tantôt l'obligation de délivrance, tantôt la garantie contre les vices cachés afin de faire échapper l'acheteur au bref délai de l'action

en garantie (5). La délivrance était alors entendue largement, sur un plan fonctionnel. Or, si on a coutume de dire qu'« *abondance de biens ne nuit pas* », les auteurs stigmatisèrent alors ce « *désordre indescriptible du droit positif* » (6) ou encore ce « *mouvement jurisprudentiel sinusoïdal* » (7). Les trop nombreux recours offerts aux plaideurs pouvaient apparaître comme une source de complexité et de possible confusion. C'est ainsi que la Cour de cassation est revenue au dualisme en matière de conformité par une série d'arrêts rendus en 1993 (8) : désormais, lorsque la chose ne correspond pas aux spécifications des parties, l'obligation de délivrance est en cause alors que, en matière de non-conformité de la chose à sa destination normale, la garantie contre les vices cachés s'applique (9). Plus précisément, « *le vice est une déféctuosité, c'est-à-dire une anomalie, une altération, qui nuit au bon fonctionnement de la chose [...] tandis que le défaut de conformité consiste en une différence entre la chose promise au contrat et la chose délivrée [...] : le vice présente un aspect pathologique [et] la non-conformité n'est qu'une différence* » (10). Donc, soit il s'agit de la conformité aux prévisions contractuelles et il est question de délivrance, soit il s'agit de la conformité à l'usage attendu et il est question de garantie. Depuis, une telle distinction est régulièrement rappelée en jurisprudence (11), comme en témoigne l'arrêt rapporté.

Dans cette affaire, ainsi qu'il a été dit, une enseigne de bricolage achète des rayonnages métalliques. Une forte corrosion étant apparue sur ces structures, l'acquéreur se trouve débouté de sa demande de remplacement par les juges du fond : la cour d'appel observait, en effet, que celui-ci n'avait agi ni dans le délai contractuel d'un an à compter de la date de la livraison ni dans le bref délai de l'article 1648 du code civil. La cour d'appel s'était alors fondée sur la garantie des vices cachés alors que l'appelant avait pourtant

invoqué le défaut de délivrance conforme (12). Saisie d'un pourvoi, la Haute juridiction casse alors l'arrêt confirmatif rendu par les juges d'appel au visa de l'article 1604 du code civil qui définit l'obligation de délivrance. Elle considère que la cour aurait dû rechercher si les rayonnages satisfaisaient aux qualités décrites dans les conditions générales de vente et, à défaut, si le vendeur n'avait pas manqué à son obligation de délivrance conforme.

Cependant, la position de la Cour de cassation peut susciter l'étonnement, car nombre d'arrêts rendus à propos de la survenance d'une corrosion retiennent, à l'instar de la cour d'appel de Paris, le fondement des vices cachés. Celle-ci, dans un précédent arrêt du 26 juin 1979, a ainsi affirmé que la garantie des vices cachés s'appliquait lorsque la composition d'un alliage et ses qualités mécaniques n'étaient pas stables (13). La cour d'appel de Versailles a également jugé que constitue un vice caché la corrosion du soubassement de caisse d'une voiture ne pouvant être décelée (14). La Cour de cassation a aussi rattaché la présence de rouille dans le coffre d'une automobile aux vices cachés, et non à la délivrance (15). Plus récemment, elle a encore censuré un arrêt de cour d'appel qui avait retenu le manquement à la délivrance d'un professionnel ayant fourni à un autre professionnel des caissons de traitement d'air qui ont ensuite rouillé : « *La chose fournie n'était pas conforme à l'usage auquel elle était destinée, ce dont il résultait qu'elle était atteinte d'un vice caché* » (16). De tels arrêts semblent appliquer un critère chronologique (17), tenir compte d'une frontière entre délivrance et garantie qui existerait dans l'économie du code civil (18). En effet, le code envisage d'abord la délivrance pour ne traiter la garantie que par la suite. Ainsi, au moment de la vente, le vendeur est tenu à une obligation de délivrance et,

postérieurement à celle-ci, il est tenu de garantir la chose contre les vices qu'elle pourrait présenter. L'obligation de délivrance intéresse alors les défauts apparents lors de la réception alors que la garantie contre les vices cachés s'appliquent au défaut caché. Autrement dit, dès que l'acquéreur réceptionne la chose et n'émet aucune objection, toute déconvenue ultérieure relève de la garantie des vices cachés.

En ce sens, « *si la non-conformité pouvait légitimement échapper à la vérification de l'acheteur, celui-ci peut exercer l'action en garantie des vices cachés* » (19). En l'espèce, si l'on appliquait cette ligne de partage, l'acheteur ayant accepté le bien sans réserves, l'action intentée sur le fondement de l'article 1604 du code civil se trouverait en principe paralysée (20), seule la mise en oeuvre de la garantie des vices cachés paraissant alors envisageable.

Pourtant, la Cour de cassation ne se place pas sur le fondement des vices cachés. Suivant sa jurisprudence de 1993 (21), elle casse l'arrêt de la cour d'appel qui n'a pas recherché si le vendeur avait délivré un bien conforme aux spécifications du contrat, à savoir aux conditions générales de vente.

## **II - Le rôle des conditions générales de vente dans la distinction entre la garantie des vices cachés et le défaut de conformité**

Il existe bien souvent une incertitude quant au fondement invocable en présence d'une chose ne donnant pas entière satisfaction à l'acheteur : la garantie des vices cachés et l'obligation de délivrance se chevauchent (22), leurs frontières sont poreuses (23). Tel était le cas en l'espèce, la cour d'appel se fondant sur les vices cachés et la Cour de cassation sur la délivrance conforme.

Dans l'arrêt rapporté, la société Mécalthus avait stipulé dans les conditions générales une clause de garantie conventionnelle qui

imposait à l'acheteur d'agir dans un délai d'un an à compter de la date de livraison, c'est-à-dire une clause limitative de garantie valable entre professionnels (24). Alors, la société Toujas ne pouvant plus invoquer la garantie légale dans la mesure où la corrosion est apparue au bout de trois ans, elle décide d'invoquer l'existence d'une garantie conventionnelle résultant de la précision dans les conditions générales de vente du procédé de traitement contre la rouille du bien vendu. Toutefois, pour la cour, il s'agit d'une simple description des caractéristiques du matériel, ne valant pas engagement exprès de garantie conventionnelle qui permettrait de contourner les conditions de la garantie légale (25). En d'autres termes, contrairement à ce que l'on a pu lire (26), on ne peut considérer que la cour d'appel voie dans les conditions générales de vente une clause limitative de responsabilité.

Si la cour d'appel envisage les conditions générales de vente sous le prisme de la garantie des vices cachés, la Cour de cassation les analyse, en revanche, sous l'angle de la délivrance conforme. La Haute juridiction, conformément à la ligne de partage auparavant dégagée par elle, exclut l'article 1641 du code civil pour retenir l'article 1604 du même code du fait des spécifications contractuelles des parties. Les conditions générales de vente insistant sur le procédé anti-corrosion, bien qu'elles puissent apparaître au premier abord comme un argument purement publicitaire dans la mesure où le vendeur insistait sur le fait qu'il était le seul à utiliser le procédé décrit, font pourtant bien partie du champ contractuel et intègrent ainsi les prévisions des parties. L'acheteur a donc acquis des étagères ayant reçu un traitement particulier contre la corrosion et s'attend logiquement à ce que celles-ci ne rouillent pas. Alors, l'absence de corrosion étant au nombre des spécifications des parties, le défaut de conformité des étagères à celles-ci établit l'inexécution de



l'obligation de délivrance (27). Au demeurant, la réception du bien sans dénonciation de la non-conformité ne semble pas faire obstacle à l'invocation de l'obligation de délivrance, comme en atteste l'arrêt rendu le 14 octobre 2008. Si, en principe, la réception de la chose couvre le défaut de conformité, cela ne vaut que si l'acquéreur était en mesure de découvrir celui-ci. Il existe, en effet, des « *défauts de conformité cachés* » (28) : en ce sens, « *la variété des faits constitutifs d'une atteinte à la conformité explique que la révélation de la non-conformité d'une chose puisse se produire à des moments forts variables* » (29). Il est donc possible de conclure que la qualification de défaut de conformité peut être retenue dès lors que, comme en l'espèce, la non-conformité aux conditions générales de vente se révèle après réception de la chose.

Ainsi, en présence de spécifications contractuelles au nombre desquelles on trouve les conditions générales de vente, les plaideurs peuvent exciper de la non-conformité soit au moment de la réception si celle-ci est apparente, soit ultérieurement lorsqu'elle se révélera. Le régime applicable est alors plus favorable que celui de l'action en garantie des vices cachés: c'est au vendeur de prouver que la

chose correspond aux qualités attendues, la non-conformité de la délivrance peut être invoquée pendant le délai de droit commun (30) et l'acquéreur peut obtenir une indemnité à raison de l'utilisation de la chose en cas de résolution de la vente (31).

Toutefois, la distinction entre délivrance et vices cachés paraît quelque peu artificielle puisque les prévisions au contrat aboutissent à évacuer un fondement qui, dans l'absolu, aurait pu être invoqué. En l'espèce, la corrosion constitue une non-conformité de la chose à sa destination normale : le fondement des vices cachés ne peut être invoqué du fait que le vendeur n'a pas délivré la chose contractuellement prévue. Dès lors, il semblerait opportun d'apporter des éclaircissements à cette question essentielle du droit de la vente qu'est le fondement de la sanction des défauts du bien vendu. Plus précisément, à l'heure où la sécurité est l'une des premières valeurs juridiques et sociales à atteindre (32), nous appelons de nos vœux l'abandon de la distinction entre délivrance et vice caché, distinction dont la complexité a précisément justifié l'unification dans la vente de meubles aux consommateurs (33).

---

(1) Com. 14 oct. 2008, n° 07-17.977, à paraître au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 2720 ; Lexbasehedbo, éd. privée générale, 2008, n° 326, note D. Bakouche.

(2) V. *infra*.

(3) J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, ss. ladir, de J. Ghestin, LGDJ, 2001, § 11228.

(4) Art. L. 221-1 s. c. consom.

(5) En ce sens, dans un arrêt du 20 mars 1989, elle juge que « *l'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but par lui recherché ; qu'ayant relevé que l'appareil de détartrage était totalement inadapté et impropre à l'usage auquel il était destiné, le jugement attaqué (Périgueux, 31 juill. 1987) en a exactement déduit que M. X... avait manqué à son obligation de délivrance, ce qui entraînait la résolution du contrat* » : Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, n° 87-18.517, Bull. civ. I, n° 140. Dans le même sens, V. Com., 22 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 176 ; D. 1992. Somm. 200, obs. O. Tournafond et Cass., ass. plén., 7 févr. 1986, Bull. ass. plén., n° 2, cités par A. Bénabent, dans *L'action en garantie des vices cachés ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle*, D. 1993. Jur. 506 s. En revanche, la troisième chambre civile de la Cour de cassation effectuait une distinction entre les deux fondements : Civ. 3<sup>e</sup>, 25 janv. 1989, n° 86-11.806, Bull. civ. III, n° 20.

(6) O. Tournafond, *Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente*, D. 1989. Chron. 237.

(7) C. Radé, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés* ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1996, *Chavanne c/ Sté Lambert distribution*, JCP 1997. I. 1009.

- (8) La chambre commerciale suivra la première chambre civile en 1994 : Com. 26 avr. 1994, n° 92-13.862, Bull. civ. IV, n° 159 ; D. 1994. IR. 134 ; RTD com. 1994. 770, obs. B. Bouloc.
- (9) Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai, 16 juin, 13 et 27 oct. et 8 déc. 1993, D. 1994, Somm. 239, obs. O. Tournafond, et A. Bénabent, Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie, D. 1994. Chron. 115 s.
- (10) O. Tournafond, art. préc., p. 238 et 241.
- (11) P. ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2001, n° 98-16.732, Bull. civ. I, n° 1 ; RTD com. 2001. 497, obs. B. Bouloc ; RDI 2001. 162, obs. B. Boubli ; 29 janv. 2002, n° 99-21.728, Bull. civ. I, n° 35 ; RTD com. 2002. 528, obs. B. Bouloc ; Com. 8 juill. 2003, n° 01-02.949, Bull. civ. IV, n° 134 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 6 oct. 2004, n° 02-21.088, Bull. civ. III, n° 167 ; D. 2004. IR.2766 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 2006, n° 04-11.903, Bull. civ. I, n° 36 ; D. 2006. IR. 397 ; RTD com. 2006. 651, obs. B. Bouloc.
- (12) Paris, 25<sup>e</sup> ch. A, 1<sup>er</sup> juin 2007, Rôle n° 05/15752, p. 3 et 4. La cour d'appel peut redonner leur exacte qualification aux faits : art. 12, al. 2, c. pr. civ. En ce sens, à propos précisément de la distinction entre vices cachés et délivrance conforme, V. Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, Bull. ass. plén., n° 10 ; RTD civ. 2008. 317, obs. P.-Y. Gautier ; D. 2008. AJ. 228, obs. L. Dargent, et Chron. 1102, O. Deshayes ; RDI 2008. 102, obs. P. Malinvaud.
- (13) J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ, 1983, § 213.
- (14) Versailles, 3 févr. 1989, D. 1989. IR. 92. Dans cette affaire, deux éléments doivent être précisés : la corrosion existait au jour de la vente et l'acquéreur n'était pas un professionnel.
- (15) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995, n° 93-18.430, Bull. civ. I, n° 302 ; D. 1997. Somm. 346, obs. O. Tournafond. Comme précédemment, la corrosion existait au jour de la vente et l'acquéreur n'était pas un professionnel.
- (16) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mars 2006, n° 04-20.736, Bull. civ. III, n° 72 ; RDI 2006. 235, obs. P. Malinvaud.
- (17) Il s'agirait du « critère le plus sûr et le plus conforme à l'esprit et à la lettre du code » : J. Apollis, Obligation de délivrance et garantie des vices cachés, RJDA 1994. 50.
- (18) L. Casaux-Labrunée, Vice caché et défaut de conformité : propos non conformistes sur une distinction viciée, ss. Paris, 16 sept. 1997, D. 1999. 1 s. ; J. Ghestin, *op. cit.*, § 218 s.
- (19) J. Ghestin, *op. cit.*, § 224.
- (20) F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis Dalloz droit privé, 2007, § 235.
- (21) V. *supra*, note 8.
- (22) P. Brun, De quelques enseignements à tirer de la transposition de la directive CE du 25 mai 1999, RDC 2005. 944.
- (23) Parangon de ce que des faits peuvent entrer dans le champ d'application de la garantie des vices cachés ou de la délivrance conforme, l'affaire des vaches pleines et des vaches vides : Civ. 1<sup>re</sup>, 21 févr. 1979, n° 77-13.898, Bull. civ. I, n° 73.
- (24) Le code civil autorise dans son art. 1643 les clauses limitatives de garantie, les clauses de répartition des risques : P. Delebecque, *Clauses d'allègement des obligations*, J.-Cl. Contr. Distr., Fasc. 110, § 32.
- (25) « Cette garantie ne lui a jamais été conventionnellement accordée par la Sarl Mécalux qui s'est limitée à décrire les traitements apportés à partie des produits vendus et les performances accordées à ces traitements » : Paris, 25<sup>e</sup> ch. A, 1<sup>er</sup> juin 2007, préc., p. 3.
- (26) X. Delpech, Retour sur l'obligation de délivrance du vendeur, Dalloz Actualité, 24 oct. 2008.
- (27) « Le défaut de conformité de la chose à l'échantillon, ou aux indications du catalogue ou du bon de commande, ou encore aux spécifications de tout autre document contractuel, établit l'inexécution de l'obligation de délivrance » : O. Barret, *Vente, Effets*, Rép. civ., § 218.
- (28) L. Casaux-Labrunée, art. préc.
- (29) M. Alter, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, 1972, § 110.
- (30) Depuis la réforme de la prescription, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans : art. 2224 c. civ. Le même délai de prescription s'applique en matière commerciale : art. L. 110-4, I, c. com.
- (31) D. Bakouche, *Défaut de conformité et vices cachés: retour sur la distinction des qualifications et des régimes*, Lexbasehedbo, éd. privée générale, 2008, n° 326.
- (32) P. Roubier citée par B. Teyslié, L'impératif de sécurité juridique, dans *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 986.
- (33) Art. L. 221-1 s. c. consom

## SEANCE 8 : LES ACTIONS DIRECTES DANS LES CHAINES DE CONTRATS

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.

### II. JURISPRUDENCE

- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1979, n° 78-12502.
- Cass. Ass. Plein., 7 févr. 1986, n° 83-14631.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov. 1990, n° 88-12132.
- Cass. Ass. Plen., 12 juil. 1991, n° 90-13602.
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 oct. 1991, n° 87-15.229.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1995, n° 93-13898.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 2001, n° 98-20776.
- Cass. Com. 22 mai 2002, n° 99-11113.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 04-20842.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2010, n° 09-10086.
- CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10, *Refcomp SPA c/ Axa corporate solutions assurance SA et autres*
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>., 11 septembre 2013, n° 09-12.442.

### III. DOCTRINE

- C. LARROUMET, *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, JCP éd. G 1988, I, 3357.
- C. LARROUMET, *L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels*, JCP éd. G. 1991, I, 3531.
- C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Dix ans après l'arrêt Besse : que reste-t-il de l'action directe dans les chaînes de contrats?*, JCP éd. G. 2002, I, 102.
- S. BOLLEE, *La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété*, D. 2002, p. 2077.
- P. PUIG, *Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?*, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 913.
- L. LEVENEUR, *Action contractuelle directe : le demandeur doit respecter la clause compromissoire*, *Contrats Concurrence Consommation*, 2007, comm. 166.
- E. LOQUIN, *De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un « grand arrêt » de la première chambre civile de la Cour de cassation*, RTD Com. 2007. 677.
- P. THERY, *Transmission de la clause compromissoire : accessoires et cascades...*, RTD Civ. 2008. 541.
- O. DESHAYES, *Circonscription et circulation de l'obligation de délivrance conforme*, D. 2010, p. 1757.

### IV. EXERCICE : Commentaire de l'arrêt : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 09-12.442.

## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1103 C. civ. (ex-art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) :** Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Art. 1104 C. civ. (ex-art. 1134 al. 3, C. civ.) :** Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public.

**Art. 1193 C. civ. (ex-art. 1134, al. 2, C. civ.) :** Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

**Art. 1199 C. civ. (ex-art. 1165 C. civ.) :** Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.

**Art. 1231-1 C. civ. (ex-art. 1147 C. civ.) :** Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

**Art. 1240 C. civ. (ex-art. 1382 C. civ.) :** Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

**Art. 1341-3 C. civ. (disposition nouvelle) :** Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur.

## II. JURISPRUDENCE

### ➤ Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1979, n° 78-12502.

SUR LE PREMIER MOYEN, PRIS EN SA PREMIERE BRANCHE :

VU LES ARTICLES 1147 ET 1648 DU CODE CIVIL;

ATTENDU QUE, SELON LES JUGES DU FOND, CONSTANT, AYANT ACQUIS LE 5 SEPTEMBRE 1968, DE LANDRAU, GARAGISTE, UNE AUTOMOBILE D'OCCASION DE MARQUE LAMBORGHINI, MODELE <400 CT>, A PROVOQUE LE 15 SEPTEMBRE SUIVANT UN ACCIDENT DONT L'EXPERTISE A REVELE QU'IL ETAIT DU A LA RUPTURE D'UNE

PIECE DE LA SUSPENSION ARRIERE RESULTANT D'UN VICE DE CONSTRUCTION, RECONNU PAR LE CONSTRUCTEUR, QUI AVAIT, LE 8 MAI 1967, ADRESSE A CE SUJET UNE NOTE A TOUS SES AGENTS EN INDIQUANT LA MANIERE DE REMEDIER AU DEFAUT CONSTATE SUR CE MODELE; QUE LA SOCIETE DES VOITURES PARIS-MONCEAU, IMPORTATEUR EN FRANCE DES VEHICULES DE MARQUE LAMBORGHINI, QUI AVAIT ASSURE L'ENTRETIEN DE L'AUTOMOBILE LITIGIEUSE PENDANT UN CERTAIN TEMPS, POUR LE COMPTE D'UN

PRECEDENT PROPRIETAIRE, N'A PAS MECONNU AVOIR RECU LES INSTRUCTIONS DE LA SOCIETE LAMBORGHINI, MAIS N'A PAS PROCEDE A LA REPARATION PRECONISEE PAR LE CONSTRUCTEUR; QUE CONSTANT ET SON ASSUREUR, L'UAP, AYANT ASSIGNE LA SOCIETE LAMBORGHINI, LANDRAU ET LA SOCIETE DES VOITURES PARIS-MONCEAU SUR LE FONDEMENT DES ARTICLES 1147 ET 1582 ET SUIVANTS DU CODE CIVIL, LANDRAU A APPELE EN GARANTIE LA SOCIETE DES VOITURES PARIS-MONCEAU; QUE LE TRIBUNAL A CONDAMNE IN SOLIDUM LES TROIS DEFENDEURS ENVERS CONSTANT ET L'UAP, EN PRECISANT QUE DANS LEURS RAPPORTS, ILS SUPPORTERAIENT CETTE CONDAMNATION A RAISON DES 3/6 A LA CHARGE DE LA SOCIETE LAMBORGHINI, RESPONSABLE DU VICE DE FABRICATION, DES 2/6 A LA CHARGE DE LA SOCIETE DES VOITURES PARIS-MONCEAU, POUR N'AVOIR PAS FAIT LA REPARATION DEMANDEE PAR LE CONSTRUCTEUR, ET DE 1/6 A LA CHARGE DE LANDRAU, EN SA QUALITE DE VENDEUR PROFESSIONNEL; QUE LA COUR D'APPEL POUR CONFIRMER LA CONDAMNATION PRONONCEE CONTRE LES SOCIETES LAMBORGHINI ET PARIS-MONCEAU ET DECIDER QU'ELLES SERAIENT TENUES CHACUNE PAR MOITIE, S'EST FONDEE SUR LA RESPONSABILITE QUASIDELICTUELLE ET A DECLARE CES DEUX SOCIETES RESPONSABLES A L'EGARD DE CONSTANT ET DE SON ASSUREUR, PAR APPLICATION DE

L'ARTICLE 1383 DU CODE CIVIL; ATTENDU QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QUE L'ACTION DIRECTE DONT DISPOSE LE SOUS-ACQUEREUR CONTRE LE FABRICANT OU UN VENDEUR INTERMEDIAIRE, POUR LA GARANTIE DU VICE CACHE AFFECTANT LA CHOSE VENDUE DES SA FABRICATION, EST NECESSAIREMENT DE NATURE CONTRACTUELLE, ET QU'IL APPARTENAIT DES LORS AUX JUGES DU FOND DE RECHERCHER, COMME IL LEUR ETAIT DEMANDE, SI L'ACTION AVAIT ETE INTENTEE DANS LE BREF DELAI PREVU PAR LA LOI, LA COUR D'APPEL A VIOLE LES TEXTES SUSVISES;

SUR LE DEUXIEME MOYEN :

VU L'ARTICLE 1645 DU CODE CIVIL; ATTENDU QUE POUR METTRE HORS DE CAUSE LANDRAU, QUI A VENDU LA VOITURE A CONSTANT, LA COUR D'APPEL ENONCE QU'IL N'EST PAS ETABLI QUE LE VENDEUR CONNAISSAIT LE VICE CACHE QUI AFFECTAIT LE VEHICULE; QU'EN STATUANT AINSI, ALORS QUE LANDRAU, GARAGISTE, ETAIT CENSE, EN SA QUALITE DE VENDEUR PROFESSIONNEL, CONNAITRE LE VICE DONT L'AUTOMOBILE VENDUE ETAIT AFFECTEE, LA COUR D'APPEL A VIOLE LE TEXTE SUSVISE;

PAR CES MOTIFS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE STATUER SUR LA SECONDE BRANCHE DU PREMIER MOYEN, NI SUR LE TROISIEME MOYEN :  
CASSE ET ANNULE

➤ **Cass. Ass., Plein., 7 févr. 1986, n° 83-14631.**

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.

➤ **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 1990, n°88-12132.**

Sur la recevabilité des pourvois contestée par la société MetallundRohstoff :

Vu les articles 607 et 608 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que les décisions en dernier ressort, qui se bornent à statuer sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance, ne peuvent être frappées de pourvoi en cassation indépendamment de la décision sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ;

Attendu que les sociétés Fraser, TransolOlieProdukten, Compagnie européenne des pétroles, Huntington Petroleum services, X... Saras et SayboltSardegna se sont pourvues contre un arrêt de la cour d'appel de Rouen (14 janvier 1988) qui a rejeté leurs contredits contre un jugement ayant déclaré compétent internationalement le tribunal de commerce du Havre pour connaître de l'action en responsabilité pour vices

affectant une cargaison de gazole ayant fait l'objet de ventes successives ;

Attendu que c'est en statuant sur une exception de procédure que cette décision n'a pas mis fin à l'instance malgré l'existence de clauses compromissaires, liant certains défendeurs, qui étaient de nature à retirer aux juridictions étatiques le pouvoir de juger et à écarter, ainsi, l'application des textes susvisés ; qu'en effet, ces clauses n'étaient pas opposables à la Compagnie française de raffinage, demanderesse originaire, ni à la société MetallundRohstoff, appelante en garantie, faute de transmission contractuelle ; qu'il s'ensuit que l'arrêt attaqué n'est pas susceptible d'un pourvoi immédiat ;

PAR CES MOTIFS : DECLARE IRRECEVABLES les pourvois

➤ **Cass. Ass., Plein., 12 juil. 1991, n°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. X..., entrepreneur principal, et dans lequel, en qualité de sous-traitant, M. Z... avait exécuté divers travaux de plomberie qui se sont révélés défectueux, M. Y... 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. Z... peut opposer à M. Y... 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

➤ **Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 oct. 1991, n°87-15.229.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 27 avril 1987), statuant sur contredit, que la

société Marquardt-Chazeau-Goutte a fait construire, en 1980, une usine en confiant l'exécution du lot couverture à la société des Etablissements Connac, assurée par la Société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP), et qui a acheté les plaques d'amiante-ciment à la société Faivre distribution, laquelle s'est fournie auprès du fabricant, la société Amiantit ; qu'en raison de désordres, les Etablissements Connac et leur assureur ont été condamnés à réparation envers la société Marquardt ; qu'ayant exécuté cette condamnation, ils ont, sur le fondement de leur subrogation dans les droits du maître de l'ouvrage, assigné la société Amiantit ;

Attendu que les Etablissements Connac et la SMABTP font grief à l'arrêt de confirmer l'incompétence du tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand en application de la clause attributive de compétence figurant au contrat de vente conclu entre la société Amiantit et la société Faivre, alors, selon le moyen, que le maître de l'ouvrage, parce qu'il jouit de tous les droits et actions attachés à la chose dont il a acquis la propriété, dispose contre le fabricant d'une action contractuelle directe propre, qui trouve sa source dans

➤ **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, n°93-13898.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que pour la mise en place d'une nouvelle chaudière, la société RTC Compelec, assurée auprès de la compagnie Zurich France, a commandé à la société Compagnie générale d'entreprise de chauffage (CGEC) la réalisation sur les collecteurs d'eau existants de deux piquages avec pose de vannes ; que les vannes ont été commandées par la CGEC à leur fabricant la société Serec, aux droits de laquelle est la société Schlumberger

l'obligation du vendeur de délivrer une chose conforme à tous les propriétaires successifs, et dans le droit de propriété acquis sur la chose ; qu'ainsi, le maître de l'ouvrage, titulaire d'un droit d'action propre, ne saurait se voir opposer des clauses contractuelles dérogatoires au droit commun, incluses dans le contrat de vente originaire, auquel il n'a pas été partie ; qu'en opposant aux Etablissements Connac et à la SMABTP, qui agissaient par subrogation du maître de l'ouvrage, une clause attributive de compétence territoriale que celui-ci n'avait pas acceptée, la cour d'appel a violé l'article 1165 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant exactement relevé que le maître de l'ouvrage disposait contre le fabricant des matériaux d'une action contractuelle directe, laquelle était fondée sur le contrat de vente conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiaire, la cour d'appel en a justement déduit que la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat était opposable au maître de l'ouvrage ;

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

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE** le pourvoi

industrie ; que, le 28 avril 1986, une vanne a éclaté provoquant un important dégât des eaux dans la chaufferie ;

Attendu qu'après avoir indemnisé la société RTC Compelec de ses dommages matériels et immatériels, la compagnie Zurich France a, en qualité de subrogé dans les droits de son assurée, assigné la société Serec et son assureur, la compagnie d'Assurances générales de France en remboursement des sommes versées ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'arrêt, après avoir estimé que la société Serec était entièrement responsable



du sinistre dû à un défaut de fabrication de la vanne, retient que la clause prévoyant que la garantie du fabricant s'exerçait sur la base d'un échange standard à l'exclusion de tous autres frais, incluse dans les conditions générales de vente, ne pouvait être opposée à la société RTC Compelec, non spécialiste en la matière ; qu'en se déterminant ainsi, alors que la société

➤ **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 2001, n°98-20776.**

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ;

Attendu qu'en septembre 1985 la société française Claeys Luck, pour assurer la livraison à l'Organisme général pour les fourrages (OGF) de Syrie qui lui en avait passé commande, a acheté 15 000 tonnes de maïs à la société américaine PeaveyCompany, par les intermédiaires successifs de la société Agracom France et de la société Agracom USA ; que le contrat de vente initial conclu entre la société PeaveyCompany et la société Agracom USA renvoyait aux conditions Naega II 1985 lesquelles stipulent notamment en cas de litige la compétence de l'Association américaine d'arbitrage et des lois de l'Etat de New York ; que les mêmes conditions Naega II 1985 organisent une limitation de garantie des vices cachés ; qu'à l'arrivée de la cargaison, l'OGF a refusé d'en prendre livraison au motif qu'elle était infestée de charançons ; que la société Claeys Luck a fait assigner ses fournisseurs, l'OGF et tous les autres intervenants à l'opération, devant le tribunal de commerce de Paris, pour

Serec était en droit d'opposer à la société RTC Compelec, exerçant une action de nature contractuelle tous les moyens de défense qu'elle pouvait opposer à son propre cocontractant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE.

obtenir, notamment, leur condamnation solidaire au paiement de diverses sommes et faire prononcer la résiliation des contrats conclus avec l'OGF aux torts de celle-ci ; qu'en novembre 1986, la société Claeys Luck a fait l'objet d'une scission aux termes de laquelle l'affaire a été attribuée à l'une des sociétés nées de la scission, la société Claeys Luck international devenue par la suite Finagro Holding, laquelle a été mise en redressement judiciaire le 7 avril 1989 ; qu'un plan de cession à la société Agri International a été arrêté par jugement du 25 juillet 1992 ; que le juge commissaire a autorisé la société Finagro Holding à céder le bénéfice des droits à venir suite à l'instance poursuivie dans l'affaire, à la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Nord (CRCAM du Nord) à qui la société Claeys Luck avait cédé une créance professionnelle ; que le cessionnaire est intervenu volontairement à l'instance ;

Attendu que pour rejeter l'exception d'incompétence des juridictions étatiques françaises opposée à la société Claeys Luck en application de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat de vente initial, l'arrêt attaqué retient que si cette société dispose d'une action de nature contractuelle contre le fournisseur d'origine et bénéficie des garanties attachées à la vente, il n'en demeure pas moins que, n'ayant régularisé aucun contrat se référant aux conditions Naega II 1985 et n'ayant pas eu connaissance de la clause d'arbitrage, elle

n'a pu accepter une telle clause qui, faute de transmission, lui est inopposable ;

Attendu qu'en déclarant ainsi la clause d'arbitrage inopposable à la société Claeys Luck par le motif inopérant qu'elle ne

➤ **Cass. Com. 22 mai 2002, n° 99-11113.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 décembre 1998), que la société Qatar PetrochemicalCy Ltd (la société QAPCO) a confié, dans le courant de l'année 1977 à la société Technip la réalisation d'un complexe pétrochimique au Qatar ; que, suivant bon de commande du 28 novembre 1977 faisant expressément référence aux conditions particulières du contrat 5521 B datées du mois d'avril 1977, la société Technip a demandé à la société Alsthom la fourniture d'un turbo associé à un compresseur ; qu'à la suite de deux incidents survenus le 17 janvier 1984 et le 20 janvier 1986, la société Qapco et ses assureurs ont judiciairement demandé que la société Alsthom soit déclarée responsable des vices cachés affectant la turbine et condamnée à réparer le préjudice en résultant ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Alsthom fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle était tenue de réparer l'intégralité des dommages subis par la société Qapco et ses assureurs subrogés et de l'avoir condamnée à leur payer diverses sommes au titre des préjudices subis, alors, selon le moyen :

1° qu'en présence d'une chaîne de contrats d'entreprise, l'action directe exercée par le maître de l'ouvrage (Qapco) contre le sous-entrepreneur (la société GEC Alsthom) est celle de son auteur, c'est-à-dire de l'entrepreneur principal (Technip) à l'encontre du sous-entrepreneur fabricant ; qu'en condamnant ce dernier à l'égard de la société Qapco en se fondant sur le contrat

l'avait pas acceptée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux autres moyens :  
**CASSE ET ANNULE.**

d'entreprise principal unissant Qapco à Technip, prévoyant une garantie légale après l'expiration de la période couverte par la garantie conventionnelle, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 du Code civil ;

2° que l'action directe de nature contractuelle du maître d'ouvrage à l'encontre d'un sous-fabricant entrepreneur ne peut qu'être exercée dans la double limite des droits du créancier demandeur et de l'engagement du débiteur substitué ; que le maître de l'ouvrage ne peut obtenir du sous-entrepreneur plus qu'il n'aurait pu obtenir directement de son propre entrepreneur ; qu'il s'ensuit que les clauses du contrat principal limitant son droit à garantie peuvent lui être opposées par le sous-entrepreneur ; qu'en refusant en l'espèce à la société GEC Alsthom le droit de se prévaloir à l'encontre de la société Qapco de la clause du contrat principal limitant le montant de la réparation aux seuls dommages matériels, à l'exclusion des " pertes de bénéfices subies ", la cour d'appel a encore violé les articles 1134 et 1147 du Code civil ;

3° qu'en appliquant à un entrepreneur fabricant, non tenu d'une garantie légale après expiration d'une garantie contractuelle limitée dans le temps, une clause prévoyant qu'après l'expiration de la période couverte par la garantie conventionnelle, le vendeur reste responsable du produit défini selon les dispositions du Code civil français, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'après avoir exposé que la société Alsthom avait reçu, de la société Technip, commande du turbo-compresseur le 28 novembre 1977, l'arrêt relève que seules les conditions particulières du contrat 5521 B étaient reprises dans cette commande du 28 novembre 1977 à l'exclusion des conditions générales du contrat principal liant Qapco à la société Technip ; que, dès lors, contrairement aux allégations du moyen, la cour d'appel, en se fondant, pour condamner Alsthom au profit de la société Qapco, sur l'article 11-1 des conditions particulières du contrat 5521 B, n'a pas admis la société Qapco à se prévaloir à l'encontre d'Alsthom des stipulations liant la société Qapco à la société Technip ; que le moyen manque en fait ;

Attendu, d'autre part, que, si le maître de l'ouvrage qui agit contre le sous-traitant exerce l'action que le vendeur intermédiaire lui a transmise avec la propriété de la chose livrée, le sous-traitant, qui n'est pas lié contractuellement au maître de l'ouvrage, ne peut invoquer les limitations éventuellement prévues dans le contrat principal passé entre le maître de l'ouvrage et le vendeur intermédiaire ; qu'ayant retenu que l'action du sous-acquéreur était celle de son auteur, à savoir celle du vendeur intermédiaire contre son vendeur originaire, la cour d'appel a justement décidé que la société Alsthom ne pouvait opposer que la clause limitative de responsabilité figurant dans le contrat qu'elle avait conclu avec la société Technip, vendeur intermédiaire ;

Et attendu, enfin, que l'arrêt retient que Qapco et ses assureurs subrogés étaient bien fondés à rechercher la garantie légale de l'entrepreneur et que, le contrat d'entreprise conclu par la société Alsthom ayant eu pour objet de transmettre la propriété de la chose, l'entrepreneur se trouvait tenu d'une obligation de résultat qui emportait présomption de faute et

présomption de causalité ; qu'ainsi, la cour d'appel n'a pas appliqué à la société Alsthom une clause relative à la garantie légale du vendeur ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Alsthom fait grief à l'arrêt d'avoir statué comme il a été dit, alors, selon le moyen :

1° que l'obligation de conseil de l'entrepreneur, accessoire à son obligation principale d'exécuter le travail, n'existe qu'à l'égard de son cocontractant ; qu'en déclarant la société GEC Alsthom, sous-entrepreneur, tenue d'une obligation de conseil à l'égard de l'exploitant du complexe pétrochimique, la société Qatar, alors que la société GEC Alsthom ne pouvait être tenue d'une obligation de conseil qu'à l'égard de son cocontractant, la société Technip, professionnelle, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

2° que l'entrepreneur ne peut voir sa responsabilité retenue au titre de la méconnaissance de son obligation de conseil que si cette méconnaissance est en relation directe avec le préjudice dont réparation est demandée ; qu'en condamnant la société GEC Alsthom pour n'avoir pas attiré l'attention de l'exploitant sur les conséquences de fonctionnement de la turbine à charge non maximale, pendant une certaine durée, après avoir relevé que l'expert avait estimé que la détermination exacte de l'origine des incidents n'était pas aisée et que le reproche tiré de ce que la charge de la turbine n'avait pas toujours été maximale n'était pas démontrée sur le plan technique, ce dont il résultait que la cause des désordres n'était pas l'absence de charge suffisante de la turbine, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les

conséquences légales qui s'imposaient au regard de l'absence de lien de causalité entre les désordres et l'absence d'information de l'exploitant quant à la charge suffisante de la turbine, en violation de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que, la décision attaquée étant justifiée par les motifs qui ont été vainement critiqués par le premier moyen, le second moyen ne peut être accueilli dès lors qu'il fait état d'un motif surabondant ; qu'il est par suite inopérant ;

Par ces motifs : REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, n° 04-20842.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 3 novembre 2004), que la société française Alcatel business systems (ABS), fabricant de terminaux mobiles et portables, a collaboré avec la société belge Alcatel micro electronics (AME), faisant partie du même groupe, pour la fabrication d'une nouvelle puce électronique ; que la société AME a conclu avec la société américaine AmkortechnologyInc (Amkor) un contrat relatif à la vente de composants électroniques, comportant une clause compromissoire désignant l'American arbitration association (AAA) de Philadelphie ; que la société Amkor était liée avec un fabricant de composants, la société coréenne AnamsemiconductorInc (Anam), par un contrat de fonderie contenant une convention d'arbitrage visant l'AAA de Santa Clara en Californie ; que les puces fabriquées par la société Anam étaient remises directement à la société AME qui, après les avoir "encapsulées", les livrait à la société ABS ; que, des désordres étant survenus, la société ABS et son assureur, la société AGF, qui l'avait partiellement indemnisée, ont assigné la société Amkor, ses deux filiales françaises, les sociétés Amkortechnologyeuroservices et Amkor Wafer fabrication services, et la société Anam devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts ; que les défendeurs, invoquant la clause compromissoire désignant l'AAA de Philadelphie, ont soulevé l'incompétence de la juridiction étatique ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches, et sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que les sociétés ABS et AGF font grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté leur contredit de compétence et de les avoir renvoyées à mieux se pourvoir, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat qui porte non sur des choses déterminées à l'avance mais sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordre constitue non un contrat de vente mais un contrat d'entreprise ; qu'en affirmant que les relations entre les sociétés Anam, Amkor, AME et ABS auraient constitué une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété à partir du moment où c'était le même produit qui avait circulé de la première, son fabricant, à la dernière, son destinataire final, tout en constatant que le composant électronique avait fait l'objet d'un processus industriel ayant conduit à son élaboration et à sa fabrication, que les relations contractuelles entre les différents intervenants avaient pour seul objectif la mise au point et la réalisation du composant litigieux, que son élaboration impliquait l'agrément et l'homologation des fondeurs et que son destinataire final avait participé activement à son perfectionnement, ce dont il résultait que les contrats liant les différents protagonistes étaient des contrats d'entreprise et non des contrats de vente, la cour d'appel a violé les articles 1582, 1779

et ter de la loi du 31 décembre 1975, ensemble les articles 1165 et 1382 du code civil ;

2°/ que le sous-traitant n'étant pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, son fournisseur répond de ses actes, à l'égard de celui-ci, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ; qu'en retenant l'existence d'une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété conférant au sous-acquéreur une action contractuelle directe contre le fabricant initial, quand elle constatait que la société AME, chargé de concevoir un nouveau composant électronique, avait confié son élaboration à la société Amkor tandis que celle-ci avait confié sa fabrication à celle-là, en sorte que, en agissant contre cette dernière, le maître de l'ouvrage avait mis en cause la responsabilité du fabricant du sous-traitant, la cour d'appel a violé les articles 1147, 1165 et 1382 du code civil ;

3°/ qu'une clause d'arbitrage international n'est susceptible de transmission que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété ; qu'en déclarant que les contrats conclus respectivement entre les sociétés ABS, AME, Amkor et Anam constituaient une chaîne homogène, bien qu'il résultât de ses propres constatations que lesdits contrats, qui ne pouvaient recevoir la qualification de vente, n'étaient pas de nature identique, en sorte que la chaîne qu'ils formaient était hétérogène, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1134 du code civil ;

4°/ que le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions qui, attachés à la chose, appartenaient au vendeur intermédiaire contre le vendeur originaire ; qu'en déclarant opposable au sous-acquéreur la clause compromissoire figurant dans le contrat conclu entre deux vendeurs intermédiaires et non pas celle acceptée par le vendeur originaire, la cour d'appel a

violé les articles 1134 et 1165 du code civil ainsi que 1492 du nouveau code de procédure civile ;

5°/ qu'en opposant au sous-acquéreur la clause d'arbitrage nouvellement convenue entre le vendeur intermédiaire et le vendeur originaire en lieu et place de celle figurant dans le contrat initial, sans vérifier que le sous-acquéreur pouvait raisonnablement ignorer le nouvel accord intervenu entre les parties, la cour d'appel n'a conféré à sa décision aucune base légale au regard des articles susvisés ;

Mais attendu que, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne ;

que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord que le composant électronique, objet du litige, a été fabriqué par la société Anam et vendu par celle-ci à la société Amkor qui l'a revendu à la société AME ; ensuite que la société AME a "encapsulé" le produit, qui, selon les constatations de l'expert judiciaire, demeurait dissociable, avant de le livrer à la société ABS qui l'a intégré dans ses téléphones mobiles ; qu'au vu de ces éléments, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il existait une chaîne de contrats translatifs de propriété et en a justement déduit que la clause compromissoire, contenue au contrat liant les sociétés Amkor et AME, à laquelle la société Anam avait adhéré, avait force obligatoire à l'égard de la société ABS, dès lors que cette clause est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel ; que, par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens doivent être rejetés ;

Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Attendu que les sociétés ABS et AGF reprochent encore à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que l'action directe de nature contractuelle du maître de l'ouvrage ou du sous-acquéreur implique l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété ; qu'en retenant la nature contractuelle de l'action du maître de l'ouvrage contre les filiales du sous-traitant, au prétexte que celles-ci étaient intervenues dans le cadre de l'agrément par l'entreprise principale du composant électronique, sans caractériser l'existence d'une convention translatrice de propriété qui les aurait obligées à l'égard de l'un quelconque des participants à la chaîne de

➤ **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2010, n° 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

contrats, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ; que la cour d'appel, qui a relevé que les deux sociétés française filiales de la société Amko étaient intervenues pour l'agrément par la société AME, des micro-processeurs électroniques, en a exactement déduit que ces sociétés étaient en droit de se prévaloir, à l'égard de la société ABS et de son assureur subrogé, de la clause d'arbitrage stipulée au contrat liant leur société mère à la société AME ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

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 ;

Sur le pourvoi principal de la société Alupharm en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 3 juillet 2008 :

Attendu que l'arrêt, qui s'est borné à ordonner un renvoi de l'affaire à une

audience ultérieure, n'est pas susceptible d'être frappé de pourvoi ;

Que le pourvoi est irrecevable en ce qu'il est dirigé contre cette décision ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 9 octobre 2008, tel qu'énoncé au mémoire en demande et reproduit en annexe au présent arrêt :

Attendu qu'ayant relevé que la société Alupharm était un professionnel de l'industrie pharmaceutique qui ne pouvait pas ignorer les spécificités chimiques des différentes qualités d'inox, qu'elle savait parfaitement qu'elle achetait des conteneurs d'occasion et dont l'origine lui était mal connue, et que les conteneurs d'occasion livrés ne portaient aucune plaque permettant de connaître les spécificités de l'inox ayant servi à leur fabrication, la cour d'appel a pu déduire de ces constatations que, même en l'absence de défaut de conformité apparent, la société Alupharm avait commis une faute de négligence en acceptant sans réserve ni contrôle technique lesdits conteneurs, tandis que la qualité de l'inox était déterminante et qu'il était techniquement possible de la vérifier rapidement ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le troisième moyen du pourvoi principal :

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 : CASSE ET ANNULE

➤ **CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10, *Refcomp SPA c/ Axa corporate solutions assurance SA et autres***

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1, ci-après le «règlement»).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Refcomp SpA (ci-après «Refcomp») à Axa Corporate Solutions Assurance SA (ci-après «Axa Corporate»), à Axa France IARD, à Emerson Network (ci-après «Emerson») et à Climaveneta SpA (ci-après «Climaveneta»), visant à faire établir devant les juridictions françaises la responsabilité de la requérante au principal en qualité de fabricant, alors que cette dernière invoque une clause donnant compétence aux juridictions italiennes.

### **Le cadre juridique**

3 Ainsi qu'il ressort du considérant 2 du règlement, celui-ci a pour objectif «d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale».

4 Le considérant 11 du règlement énonce notamment que «[l]es règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement».

5 L'article 5, point 1, du règlement, qui figure sous la section 2, intitulée «Compétences spéciales», du chapitre II, relatif à la compétence, prévoit une règle de compétence spéciale selon laquelle, en matière contractuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraitée, dans un autre État membre, devant le tribunal où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

6 L'article 23 du règlement, qui figure sous la section 7 dudit chapitre II, intitulée «Prorogation de compétence», dispose, à son paragraphe 1:

«Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.»

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

7 Doumer SNC (ci-après «Doumer»), maître d'ouvrage, a fait exécuter des travaux de rénovation d'un ensemble immobilier situé à Courbevoie (France). Cette société est assurée auprès d'Axa Corporate, dont le siège est établi à Paris (France).

8 Dans le cadre de ces travaux, des groupes de climatisation ont été installés. Ces groupes sont équipés de compresseurs qui ont été fabriqués par Refcomp, dont le siège se trouve en Italie, achetés à celle-ci et assemblés par Climaveneta, dont le siège est également sis en Italie, puis vendus à Doumer par la société Liebert, aux droits de laquelle se trouve désormais Emerson. Cette dernière société, dont le siège est situé en France, est assurée auprès d'Axa France IARD, également établie en France.

9 Des désordres étant survenus dans le système de climatisation, une expertise a établi que les pannes provenaient d'un défaut de fabrication des compresseurs.

10 Subrogée dans les droits de Doumer, qu'elle a indemnisée, Axa Corporate a assigné le fabricant Refcomp, l'assembleur Climaveneta et le vendeur Emerson devant le tribunal de grande instance de Paris afin de les faire condamner in solidum au remboursement du préjudice subi.

11 Refcomp a contesté la compétence du tribunal de grande instance de Paris en invoquant une clause attributive de compétence au profit des juridictions italiennes incluse dans le contrat passé entre elle et Climaveneta.

12 Par ordonnance du 26 janvier 2007, le juge de la mise en état du tribunal de grande



instance de Paris a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par Refcomp, qui a fait appel de cette décision.

13 Par arrêt du 19 décembre 2008, la cour d'appel de Paris a confirmé le rejet de l'exception d'incompétence soulevée par Refcomp. Elle a jugé que la clause attributive de juridiction convenue entre le fabricant et un vendeur intermédiaire n'est pas opposable à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur aux motifs, d'une part, que les règles de compétence spéciale en matière contractuelle prévues par le règlement ne s'appliquent pas aux litiges opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, de tels litiges se rattachant à la matière délictuelle, et, d'autre part, que la clause en question, convenue entre les parties au contrat originaire, n'a pas été acceptée par le sous-acquéreur.

14 Saisie d'un pourvoi par Refcomp, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Une clause attributive de juridiction, qui a été convenue, dans une chaîne communautaire de contrats, entre un fabricant d'une chose et un acheteur en application de l'article 23 du règlement [...] produit-elle ses effets à l'égard du sous-acquéreur et, dans l'affirmative, sous quelles conditions?

2) La clause attributive de juridiction produit-elle ses effets à l'égard du sous-acquéreur et de ses assureurs subrogés quand bien même l'article 5, point 1, du règlement [...] ne s'appliquerait pas à l'action du sous-acquéreur contre le fabricant ainsi qu'en a jugé la Cour dans son arrêt [du 17 juin 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967]?»

### **Sur les questions préjudicielles**

#### *Observations liminaires*

15 Dans la formulation de ses questions, la juridiction de renvoi indique que celles-ci s'inscrivent dans le contexte d'une «chaîne communautaire de contrats». Afin de préciser la portée de ces questions, et donc de leur donner une réponse utile, il convient de relever qu'une telle hypothèse doit être entendue, ainsi qu'il ressort du dossier, comme désignant par là une succession de contrats translatifs de propriété ayant été conclus entre des opérateurs

économiques établis dans différents États membres de l'Union européenne.

16 Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 22 de ses conclusions, il ressort des observations présentées à la Cour que ces questions sont liées à l'existence, dans le droit national, d'une règle selon laquelle, bien que les contrats aient normalement un effet relatif en ce qu'ils ne lient que les parties qui les ont conclus, une exception est néanmoins faite à ce principe lorsqu'il y a un transfert de la propriété, la propriété du bien vendu étant transmise à tous les acquéreurs successifs de celui-ci avec, en outre, les éléments qui en sont l'accessoire. Parmi ces éléments accessoires figure le droit du sous-acquéreur du bien de demander réparation du préjudice résultant de la non-conformité de ce dernier tant au vendeur direct qu'à n'importe lequel des intermédiaires ayant vendu le bien ou au fabricant de celui-ci.

17 Dans ce contexte, s'agissant, en premier lieu, de savoir si l'article 23 du règlement est applicable aux faits de l'espèce au principal, il convient de relever que, en vertu de son paragraphe 1, il suffit, en principe, qu'une partie ait son domicile sur le territoire d'un État membre et que la clause attribue compétence à un tribunal d'un État membre, conditions qui sont remplies dans la présente affaire. Par ailleurs, il est constant que le rapport juridique en cause au principal présente un caractère international. L'article 23 du règlement est donc applicable aux faits de cette affaire.

18 En ce qui concerne, en second lieu, l'interprétation à donner aux dispositions du règlement visées dans les questions préjudicielles, il y a lieu de rappeler tout d'abord que, dans la mesure où le règlement remplace, dans les relations entre les États membres, la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par les conventions successives relatives à l'adhésion des nouveaux États membres à cette convention (ci-après la «convention de Bruxelles»), l'interprétation fournie par la Cour en ce qui concerne les dispositions de ladite convention vaut également pour celles du règlement, lorsque les dispositions de ces instruments peuvent être qualifiées d'équivalentes (voir, notamment,

arrêt du 25 octobre 2012, Folien Fischer et Fofitec, C-133/11, point 31).

19 Tel est le cas en ce qui concerne l'article 17, premier alinéa, de ladite convention et l'article 23, paragraphe 1, du règlement, qui sont rédigés en des termes quasi identiques.

20 Tel est également le cas en ce qui concerne la notion de «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, du règlement dès lors que les modifications apportées à cette disposition ne concernent que le critère de rattachement retenu pour déterminer la juridiction compétente à l'égard des contrats de vente de marchandises et de ceux de fournitures de services, en gardant pour le reste inchangée la substance de la disposition correspondante de la convention de Bruxelles (voir, en ce sens, arrêt du 23 avril 2009, Falco Privatstiftung et Rabitsch, C-533/07, Rec. p. I-3327, points 48 à 57).

21 Quant à la méthode d'interprétation à privilégier à l'égard de ces deux dispositions, la Cour a indiqué, dans le cas de l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, que, compte tenu des objectifs et de l'économie générale de cette convention, qui sont également ceux du règlement, et en vue d'assurer l'application uniforme de cet instrument, il importe d'interpréter la notion de «convention attributive de juridiction» visée à cette disposition non pas comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou l'autre des États concernés, mais comme une notion autonome (voir arrêt du 10 mars 1992, Powell Duffryn, C-214/89, Rec. p. I-1745, points 13 et 14).

22 Pour des motifs similaires, la Cour a jugé que la notion de «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles doit être également interprétée de manière autonome (voir, notamment, arrêt Handte, précité, point 10 et jurisprudence citée).

23 C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient de donner à la juridiction de renvoi l'interprétation demandée.

#### *Sur la première question*

24 Par sa première question, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'article 23 du règlement doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction

convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci peut être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents États membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant.

25 À cet égard, force est de constater que, s'agissant des conditions de validité d'une clause attributive de juridiction, l'article 23, paragraphe 1, du règlement énonce essentiellement des conditions de forme et ne mentionne qu'une condition de fond tenant à l'objet de la clause, laquelle doit porter sur un rapport de droit déterminé. Le libellé de cette disposition ne précise donc pas si une clause attributive de juridiction peut être transmise, au-delà du cercle des parties à un contrat, à un tiers, partie à un contrat ultérieur et successeur, en tout ou partie, aux droits et obligations de l'une des parties au contrat initial.

26 L'article 23, paragraphe 1, du règlement indique toutefois clairement que son champ d'application se limite aux cas où les parties sont «convenues» d'un tribunal. Ainsi que cela ressort du considérant 11 du règlement, c'est cet accord de volontés entre les parties qui justifie la primauté accordée, au nom du principe de l'autonomie de la volonté, au choix d'une juridiction autre que celle qui aurait été éventuellement compétente en vertu du règlement.

27 La Cour a d'ailleurs jugé, à propos de l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, que, en subordonnant la validité d'une clause attributive de juridiction à l'existence d'une «convention» entre les parties, cette disposition imposait au juge saisi l'obligation d'examiner, en premier lieu, si la clause qui lui attribuait compétence avait fait effectivement l'objet d'un consentement entre les parties (arrêt du 20 février 1997, MSG, C-106/95, Rec. p. I-911, point 15 et jurisprudence citée).

28 Il y a donc lieu d'interpréter l'article 23, paragraphe 1, du règlement en ce sens que, à l'instar de l'objectif poursuivi par l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, la réalité du consentement des intéressés est l'un des objectifs de cette disposition (voir arrêts MSG, précité, point 17, et du 16 mars 1999, Castelletti, C-159/97, Rec. p. I-1597, point 19).

29 Il s'ensuit que la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat ne peut, en principe, produire ses effets que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat. Pour que la clause puisse être opposable à un tiers, il est, en principe, nécessaire que celui-ci ait donné son consentement à cet effet.

30 Il est vrai que les conditions et les formes sous lesquelles le tiers au contrat peut être considéré comme ayant donné son consentement à une clause attributive de juridiction peuvent varier en fonction de la nature du contrat initial.

31 La Cour a ainsi admis que l'actionnaire qui adhère aux statuts d'une société est réputé donner son consentement à une clause attributive de juridiction y figurant, au motif que cette adhésion crée tant entre l'actionnaire et la société qu'entre les actionnaires eux-mêmes un rapport qui doit être considéré comme contractuel (voir en ce sens, à propos de l'article 17 de la convention de Bruxelles, arrêt Powell Duffryn, précité, points 16 à 19).

32 Toutefois, cette jurisprudence ne saurait être transposée au rapport entre le sous-acquéreur d'un bien acheté auprès d'un vendeur intermédiaire, d'une part, et le fabricant de ce bien, d'autre part. À cet égard, la Cour s'est prononcée en ce sens que ce rapport ne relève pas de la notion de «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles. Elle a en effet jugé, dans le contexte d'une action en responsabilité engagée par le sous-acquéreur d'une marchandise contre le fabricant de celle-ci, qu'il n'existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant, celui-ci n'ayant assumé aucune obligation de nature contractuelle envers le sous-acquéreur (arrêt Handte, précité, point 16).

33 Dès lors que le sous-acquéreur et le fabricant doivent être considérés, aux fins de l'application du règlement, comme n'étant pas unis par un lien contractuel, il y a lieu d'en déduire qu'ils ne peuvent être considérés comme étant «convenus», au sens de l'article 23, paragraphe 1, de ce règlement, du tribunal désigné comme compétent dans le contrat initial conclu entre le fabricant et le premier acquéreur.

34 Certes, la Cour a également admis, en matière de contrats de transport maritime, qu'une clause attributive de juridiction insérée

dans un connaissement soit opposable à un tiers à ce contrat dès lors que cette clause a été reconnue valide entre le chargeur et le transporteur et que, en vertu du droit national applicable, le tiers porteur, en acquérant le connaissement, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations (voir arrêts du 19 juin 1984, Russ, 71/83, Rec. p. 2417, point 24; Castelletti, précité, point 41, et du 9 novembre 2000, Coreck, C-387/98, Rec. p. I-9337, points 23 à 27). Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire pour la juridiction saisie de vérifier si ce tiers a donné son consentement à la clause.

35 La portée de cette jurisprudence doit cependant être appréciée en tenant compte du caractère très particulier du connaissement qui, ainsi que l'a expliqué M. l'avocat général au point 54 de ses conclusions, est un instrument du commerce international destiné à régir une relation impliquant au moins trois personnes, à savoir le transporteur maritime, l'expéditeur des marchandises ou chargeur et le destinataire des marchandises. Dans la plupart des ordres juridiques des États membres, concordants à ce sujet, le connaissement constitue un titre négociable permettant au propriétaire de céder les marchandises, pendant leur acheminement, à un acquéreur qui devient le titulaire de tous les droits et les obligations du chargeur vis-à-vis du transporteur.

36 C'est en considération de ce rapport de substitution entre le porteur du connaissement et le chargeur que la Cour a considéré que, par l'effet de l'acquisition du connaissement, le porteur se trouve lié par la prorogation de compétence (voir, en ce sens, arrêt précité Russ, point 25). Inversement, lorsque le droit national applicable ne prévoit pas un tel rapport de substitution, la juridiction saisie doit vérifier la réalité du consentement de ce tiers à la clause attributive de juridiction (arrêt Coreck, précité, point 26).

37 Or, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, le rapport de succession entre l'acquéreur initial et le sous-acquéreur ne s'analyse pas dans la transmission d'un contrat unique, ainsi que de l'intégralité des droits et obligations qu'il prévoit. Dans une telle hypothèse, les obligations contractuelles des parties peuvent varier d'un contrat à l'autre, de sorte que les droits que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat ne sont

pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur (arrêt Handte, précité, point 17).

38 Par ailleurs, la concordance des ordres juridiques nationaux quant aux effets de la cession du connaissance à un tiers ne se retrouve pas dans le domaine des contrats translatifs de propriété, où il apparaît que les rapports entre fabricant et sous-acquéreur sont appréhendés de manière différente dans les États membres (voir, en ce sens, arrêt Handte, précité, point 20).

39 Dans de telles circonstances, renvoyer au droit national, comme l'ont suggéré Refcomp ainsi que les gouvernements allemand et espagnol, l'appréciation de l'opposabilité au sous-acquéreur de la clause attributive de juridiction incluse dans le contrat initial entre le fabricant et le premier acquéreur générerait des solutions divergentes entre les États membres, de nature à porter atteinte à l'objectif d'unification des règles de compétence judiciaire que poursuit le règlement, ainsi que cela ressort du considérant 2 de ce dernier. Un tel renvoi au droit national serait également facteur d'incertitudes incompatibles avec le souci de garantir la prévisibilité en matière de compétence judiciaire, qui est, ainsi que le rappelle le considérant 11 du règlement, l'un des objectifs de celui-ci.

40 Dès lors, il convient de revenir à la règle générale, rappelée au point 21 du présent arrêt, selon laquelle la notion de «convention attributive de juridiction» doit être interprétée comme une notion autonome et de donner au principe de l'autonomie de la volonté, sur lequel est fondé l'article 23, paragraphe 1, du règlement, sa pleine application.

41 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que l'article 23 du règlement doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents États membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à

l'égard de ladite clause dans les conditions énoncées à cet article.

#### *Sur la seconde question*

42 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la nature non contractuelle, reconnue dans l'arrêt Handte, précité, aux fins de l'application des règles de compétence prévues par le règlement, à l'action directe ouverte par le droit national au sous-acquéreur d'un bien à l'encontre du fabricant de ce dernier est susceptible d'avoir une influence sur les effets d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat conclu en amont entre le fabricant et un acquéreur.

43 Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 59 de ses conclusions, il ressort de la formulation de cette question qu'elle n'a été posée que dans l'hypothèse où la première question ferait l'objet d'une réponse affirmative.

44 Au vu de la réponse apportée à la première question, il n'y a donc pas lieu de répondre à la seconde question.

#### **Sur les dépens**

45 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

**L'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents États membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant, sauf s'il est établi que ce tiers a**

**donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause dans les conditions énoncées à cet article.**

- **Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 09-12.442.**

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

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 décembre 2008), que la SNC Doumer (**sous-acquéreur français**), qui avait souscrit une police d'assurances auprès de la société Axa Corporate solutions assurance, a fait exécuter des travaux de rénovation d'un ensemble immobilier, y installant des groupes de climatisation ; que la société Refcomp (**fabricant italien**), dont le siège est en Italie, a fabriqué les compresseurs assemblés par la société Climaveneta (**assembleur italien**) dans les groupes de climatisation fournis par la société Liebert (**vendeur français**), aux droits et obligations de laquelle se trouve la société Emerson Network Power, assurée auprès de la société Axa France IARD ; que des désordres étant survenus dans le système de climatisation, la société Axa Corporate solutions assurance, subrogée dans les droits de la SNC Doumer, a demandé réparation, après expertise, aux fabricant et fournisseur ; que, devant le juge de la mise en état, la société Climaveneta a invoqué une clause compromissaire figurant dans le contrat la liant à la société Emerson tandis que la société Refcomp se prévalait d'une clause attributive de compétence à une juridiction italienne contenue dans ses conditions générales de vente ; que, par arrêt du 17 novembre 2010 (1<sup>er</sup> Civ., n° 09-12.442), la première chambre civile a rejeté le pourvoi incident de la société Emerson, et, sur le pourvoi de la société Refcomp, a saisi la

Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ;

Attendu que la société Refcomp fait grief à l'arrêt de rejeter l'exception d'incompétence des juridictions françaises qu'elle avait soulevée alors, selon le moyen :

1°/ qu'une clause attributive de compétence, valable dans les rapports des parties au contrat initial et désignant un tribunal d'un Etat contractant, prime les compétences spéciales des articles 5 et 6 du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000 et est opposable au tiers au contrat initial la contenant dès lors que, en vertu du droit national applicable, ce dernier succède à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations ; qu'en déclarant non opposable à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur la clause attributive de juridiction convenue entre le fabricant et le vendeur intermédiaire au prétexte que les règles communautaires de compétence spéciale en matière contractuelle ne s'appliquaient pas aux litiges opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant qui n'était pas le vendeur, de tels litiges se rattachant à la matière délictuelle ou quasi délictuelle, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 23 du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000 et, par fausse application, les articles 5-1 et 5-3 du même règlement ;

2°/ qu'une clause attributive de compétence, valable dans les rapports des parties au contrat originaire, est opposable au tiers à ce contrat ou à l'assureur subrogé dès lors que, en vertu du droit national applicable, le tiers a succédé au vendeur originaire dans ses droits et actions ; qu'en déclarant non opposable à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur la clause attributive de compétence convenue entre les parties au contrat originaire pour la raison qu'il ne l'avait pas acceptée, la cour d'appel a violé l'article 23

du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000, ensemble les articles 1165 et 1250 du code civil ;

Mais attendu que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit (CJUE, 7 février 2013, C-543/10) que l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents Etats membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause dans les conditions

énoncées à cet article ;

Et attendu qu'après avoir constaté que le litige opposait l'assureur subrogé dans les droits de la SNC Doumer, sous-acquéreur des compresseurs des groupes de climatisation, à la société Refcomp, leur fabricant, qui n'en était pas le vendeur, et que celle-là n'avait pas accepté la clause attributive de juridiction convenue entre le fabricant et le vendeur intermédiaire, la cour d'appel, qui a décidé que cette clause ne pouvait pas être opposée à l'assureur, la société Axa Corporate solutions assurance, de sorte que le tribunal de grande instance de Paris était compétent, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

### III. DOCTRINE

#### **C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Dix ans après l'arrêt Besse : que reste-t-il de l'action directe dans les chaînes de contrats?*, JCP éd. G. 2002, I, 102.**

Sommaire

**Depuis l'arrêt Besse rendu le 12 juillet 1991 par l'Assemblée plénière, la question de l'action directe dans les chaînes de contrats pourrait apparaître a priori comme surannée. Pourtant, l'étude de la jurisprudence postérieure révèle les nouvelles dimensions prises par cette question. Partant de l'observation de perturbations dans le régime comme dans le domaine de l'action directe, l'on peut légitimement se demander si l'heure n'est pas aujourd'hui à la contestation du principe même de l'action directe dans les chaînes de contrats.**

Le 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière dénouait l'une des plus importantes divergences jurisprudentielles de ces dernières décennies <sup>Note 1</sup>. 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 <sup>Note 2</sup>. Bien plus qu'il y a dix ans, l'action directe dans les chaînes de contrats serait-elle en péril ?

Pour éclairer ce débat, il convient de rappeler les contours des notions d'action directe et de chaînes de contrats.

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 <sup>Note 3</sup>, 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*" <sup>Note 4</sup>.

La notion de chaînes de contrats résulte de la théorie des groupes de contrats <sup>Note 5</sup>. Les *chaînes de contrats* <sup>Note 6</sup>, 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* <sup>Note 7</sup>, 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.

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 ?

Dès le XIX<sup>e</sup> 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 <sup>Note 8</sup>. 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 <sup>Note 9</sup>.

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* <sup>Note 10</sup>, 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.

Selon une première analyse, fondée sur la proposition formulée par Aubry et Rau <sup>Note 11</sup>, 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 <sup>Note 12</sup> : 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*.

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 <sup>Note 13</sup>.

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 <sup>Note 14</sup>. 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 <sup>Note 15</sup>. 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 <sup>Note 16</sup>. Le 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière prenait parti sur cette deuxième controverse.

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 translatrice 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.

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 <sup>Note 17</sup> 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.

Seuls quelques auteurs se sont ensuite intéressés du devenir de ce débat <sup>Note 18</sup>. 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 compromissaires. 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 <sup>Note 19</sup> 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 ?

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).

## 1 - Les perturbations dans l'action directe

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. Les incertitudes sur le régime

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.

1° Un consensus jurisprudentiel s'est dégagé en faveur de l'opposabilité des clauses limitatives de garantie ou de responsabilité figurant dans le contrat original 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 <sup>Note 20</sup>. 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 original. 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 original. 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

originaires, 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*"<sup>Note 21</sup> 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<sup>Note 22</sup>.

Pour limiter la portée du principe d'opposabilité des clauses, des auteurs ont souligné que les chaînes hétérogènes composées de contrats de vente et de contrats d'entreprise ne sont pas strictement translatives de propriété, mais plus exactement acquisitives de propriété<sup>Note 23</sup>. 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 entendue 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<sup>Note 24</sup>. 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 translatrice 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 ...

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.

Des flottements dans la jurisprudence peuvent être observés à propos de l'opposabilité de la clause attributive de compétence : elle est tantôt rejetée<sup>Note 25</sup>, tantôt admise<sup>Note 26</sup>. 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 <sup>Note 27</sup>. Dans un arrêt du 6 février 2001 <sup>Note 28</sup>, 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 <sup>Note 29</sup> ? 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. Les menaces sur le domaine**

Une hostilité à l'action directe peut être discernée dans les solutions retenues à propos de son existence dans les chaînes internationales de contrats <sup>Note 30</sup>. Ces menaces sur le domaine de l'action directe suggèrent une réflexion sur leur portée en droit interne.

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 <sup>Note 31</sup>. 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 <sup>Note 32</sup>.

Dans un arrêt du 5 juin 1999 <sup>Note 33</sup>, 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.

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 <sup>Note 34</sup>. L'arrêt crée néanmoins une "schizophrénie" <sup>Note 35</sup> 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.

L'arrêt du 5 juin 1999 permet de pousser plus avant la réflexion. Deux interprétations peuvent en être données.

Selon une interprétation restrictive <sup>Note 36</sup>, 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 <sup>Note 37</sup>, 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.

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 <sup>Note 38</sup> ? 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.

## 2 - La contestation de l'action directe

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. La critique du fondement

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*" <sup>Note 39</sup>.

19 - Si une telle analyse est séduisante, quelques doutes persistent cependant.

En premier lieu, ce fondement n'explique pas le 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 <sup>Note 40</sup> ? 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*" <sup>Note 41</sup>, 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 <sup>Note 42</sup>.

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... <sup>Note 43</sup>.

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 <sup>Note 44</sup>, 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 <sup>Note 45</sup>, 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'ajouter 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*" <sup>Note 46</sup>. 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.

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. La remise en cause de l'existence**

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 ?

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 <sup>Note 47</sup>. 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 <sup>Note 48</sup>. 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" <sup>Note 49</sup>. En outre, comment concilier la prise en compte de la qualité du titulaire de l'action directe avec le fondement *intuitu rei* <sup>Note 50</sup> ? 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 <sup>Note 51</sup>. Par là même, elle dispense la victime d'avoir à prouver une faute pour engager la responsabilité du cocontractant responsable <sup>Note 52</sup> 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.

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 <sup>Note 53</sup>, 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 ?

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 <sup>Note 54</sup>. 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, I, p. 213.  
 Note 9 Cass. civ., 21 juill.1890 : DP 1891, I, 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. Cadet, 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].



1. – Il est quelques sujets dont l'actualité est vouée à ne jamais retomber : c'est le cas de la jurisprudence sur le cautionnement, sur la circulation des contrats ou sur la garantie des vices cachés par exemple en droit des contrats. La doctrine et la jurisprudence, quand ce n'est pas avec la complicité subtile ou déroutante du législateur, semblent jouer à une grande partie de cache-cache, proposant des adaptations minutieuses, savantes, érudites du droit positif. Le jeu est complexe, il impose à ses participants d'être des joueurs avertis, de suivre le déroulement des évolutions du sujet sur une longue durée. Souvent d'ailleurs, ils ont rédigé leur thèse sur ce thème ou un thème voisin et la participation à cette actualité constitue une forme d'actualisation de leur thème favori de recherche.

D'autres sujets apparaissent à un moment donné, justifient discussions, controverses, explications à travers autant de conférences, notes d'arrêt, articles et thèses jusqu'à un beau jour, qui ne l'est guère pour un doctorant en cours de thèse, où le sujet perd (presque) totalement de son intérêt. Ce fut notamment le cas de la jurisprudence sur l'indétermination du prix ou celle sur l'obligation de sécurité. On aurait pu croire que le sort des actions directes dans les contrats serait voisin : le thème, mis notamment en lumière par M. Maurice Cozian dans sa thèse publiée en 1960, ronronnait jusqu'à ce qu'il rebondisse avec celle de M. Bernard Teysié, mais était véritablement né en 1979 et avait connu son apogée avec les célèbres, en leur temps, arrêts de 1986 et 1991. Ces décisions de jurisprudence, les analyses promises, ont fait le bonheur des commentateurs et, sans doute à un degré moindre, celui des étudiants. La *Semaine juridique* s'est largement ouverte, grâce au dédicataire de ces lignes, à la réception des commentaires qui ont émaillé la construction de ce régime. L'arrêt Besse de 1991 aurait pu sonner le glas de cette jurisprudence. C'est d'ailleurs ainsi que M. Christophe Jamin l'envisageait, intitulant son commentaire publié alors *La restauration de l'effet relatif du contrat* <sup>(1)</sup>, juste après la soutenance de sa thèse qui était en quelque sorte confortée par cet arrêt. Pourtant, on doit constater que la jurisprudence n'a pas disparu, pas davantage que l'intérêt porté par les auteurs : l'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats n'est pas morte. Certains, nostalgiques, présentent l'actualité de ce thème à l'aune de la jurisprudence ancienne. C'est le cas, très récemment, de M. Pascal Ancel dans un article intitulé *Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après* <sup>(2)</sup> ou de Mme Cécile Lisanti : *Dix ans après l'arrêt Besse, que reste-t-il de l'action directe dans les contrats ?* <sup>(3)</sup>, ou encore de M. Pascal Puig : *Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?* <sup>(4)</sup>, sans compter bien entendu la doctrine qui s'était largement exprimée dans les années 1990 <sup>(5)</sup>.

Loin, cependant, de s'en tenir à un culte dépassé du souvenir d'une jurisprudence haletante, la doctrine confirme le succès d'une question toujours actuelle, surtout depuis plusieurs séries de décision de 2001 <sup>(6)</sup>, après avoir douté, pendant près de dix ans, de la pérennité de l'action directe dans les chaînes de contrats <sup>(7)</sup>.

2. – Il est vrai que la notion d'action directe dans les chaînes de contrats est typique de ces innovations proposées par le couple formé par la doctrine et la jurisprudence où il s'agit de proposer un système, plus ou moins inspiré des règles du Code civil, permettant de répondre à quelques enjeux nouveaux. L'action directe est sans doute née en 1820 <sup>(8)</sup>, comme on se plaît généralement à le rappeler comme pour ancrer plus profondément encore cette bizarrerie dans le paysage contractuel

<sup>1</sup> Ch. Jamin, *La restauration de l'effet relatif du contrat*, D. 1991, Chr. 157.

<sup>2</sup> P. Ancel, *Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après*, Mélanges A. Ponsard, Litec, 2003, p. 3.

<sup>3</sup> C. Lisanti-Kalczynski, *Dix ans après l'arrêt Besse, que reste-t-il de l'action directe dans les contrats ?* JCP 2002, I, 102.

<sup>4</sup> P. Puig, *Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?*, Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p.913.

<sup>5</sup> Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, Bibl. dr. privé, t. 215, LGDJ, 1991 ; M. Baccache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Bibl. dr. privé, t. 268, LGDJ, 1996 ; F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes, 1995 ; D. Mainguy, *La revente*, Bibl. dr. entr., t. 35, Litec, 1996. V. aussi I. Tosi, *Acte translatif et titularité des droits*, Th. Dr. Montpellier, 2003, n°622 s.

<sup>6</sup> Cf. *Infra*.

<sup>7</sup> Comp. A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 2001, n° 265 qui y voit une « absurdité ».

<sup>8</sup> Civ., 25 janvier 1820, S. 1820, 1, p. 213, mais surtout Civ. 12 nov. 1884, D. 1885, 1, p. 357, S. 1886, 1, p. 149.

français. Mais ce sont en réalité les années 1970 qui l'ont consacrée, spécialement après l'arrêt *Lamborghini* du 9 octobre 1979<sup>9</sup> qui avait affirmé que les actions directes en garantie étaient de nature nécessairement, entendons exclusivement, contractuelle. Les années 1970 ont, en effet, été l'occasion de constater un renouveau sans précédent du phénomène contractuel : l'émergence du consommateur créancier d'indemnisation tous azimuts, maillon ultime des chaînes de contrats que venait de décrire avec le succès que l'on sait M. Teyssié<sup>10</sup> et qui révèlent que le contrat de vente est l'aboutissement d'une logique contractuelle qui désavoue le strict principe de l'effet relatif des contrats, les incertitudes sur les frontières de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance, etc. L'action directe apparaît alors comme une technique permettant à un acheteur, placé en bout de chaîne et qui subit un dommage du fait de la chose d'exercer une action, laquelle on ne sait trop encore, contre l'un quelconque des maillons de la chaîne. Son régime était devenu tellement évident pour les juristes français qu'ils en viennent parfois à oublier de douter : c'est peut-être ce qui justifie l'élan qui, lors de la transposition de la directive de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux par la loi de 1998, a permis à l'acquéreur d'exercer une action contre l'un quelconque des maillons de la chaîne des ventes, et point seulement contre le producteur comme y invitait la directive, conduisant la France à une condamnation en 2002<sup>11</sup>, d'ailleurs discutable.

3. – Les années 1980 ont été alors la décennie de la conquête de l'action directe jusqu'au coup d'arrêt par l'arrêt *Besse* de 1991, l'autre grand arrêt de la matière. Tout cela est trop connu pour qu'il soit utile d'y revenir. La question principale, aujourd'hui est celle de l'actualité, aux sens historique et ontologique, du thème de l'action directe en droit des contrats. Malgré toute l'affection que je lui porte, due à des heures et des heures de travail dépensées, que tout docteur comprendra, mais qui ne doit en rien perturber la réflexion actuelle, la question est de toute première importance. Il faut bien reconnaître que le droit français est, de ce point de vue, très isolé : la directive du 25 mai 1999 sur la vente et, pire, tous les travaux internes, réalisés dans l'objectif de sa transposition ont ignoré la question de l'action directe, tout comme le BGB récemment refondu<sup>12</sup>. La considération internationale n'est pas davantage de nature à prêter à sourire : au-delà du silence des principes pour un droit européen des contrats, c'est surtout le mépris dans lequel les outils du droit des contrats internationaux semblent tenir l'action directe qui refroidit l'observateur même si quelques signes montrent que rien n'est perdu<sup>13</sup>. Déjà, en 1992, la Cour de Justice avait délibérément écarté la technique française du champ d'application de l'article 5.1° de l'ex-convention de Bruxelles<sup>14</sup> mais, surtout, la Cour de cassation elle-même avait écarté le jeu des actions directes dans le cadre de l'application de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>15</sup>, interprétation uniforme de la convention oblige, mais alors qu'une interprétation plus hardie de celle-ci aurait, comme ce fut le cas de l'interprétation du Code civil français en son temps, ouvert des horizons plus larges à l'action directe : l'interprétation uniforme de la CVIM impose-t-elle nécessairement une interprétation étroite, voire étriquée ?

4. – Par ailleurs, chacun en convient, le mécanisme de l'action directe même forgé par plus de vingt ans de jurisprudence active est très imparfait. Parmi bien des questions<sup>16</sup> : de quelles

<sup>9</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1979, Bull. civ. I, n° 241, p. 192 ; D. 1980, IR, p. 222, obs. Ch. Larroumet, RTD civ. 1980, p. 352, obs. G. Durry.

<sup>10</sup> B. Teyssié, Les groupes de contrats, Bibl. dr. privé, t. 139, LGDJ, 1975.

<sup>11</sup> CJCE, 25 avril 2002, aff. C.52/00, Commission c/ Rép. Française, D. 2002. 1670, note C. Rondeley, D. 2002. 2462, note C. Larroumet, Adde J. Calais-Auloy. Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel, D. 2002. Chron. 2458

<sup>12</sup> Cf. Cl. Witz, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations : D. 2002, chron. p. 2156, qui considère même que le nouveau droit civil allemand y a délibérément renoncé.

<sup>13</sup> Cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 2001, Bull. civ. I, n°22, JCP, éd. E, p.1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube, D. 2001, somm. 1135, obs. Ph. Delebecque, Defrénois, 2001, p. 708, obs. R. Libchaber, Contrats, conc., consom. 2001, n°82, à propos de l'opposabilité d'une clause compromissoire dans une chaîne internationale de ventes.

<sup>14</sup> CJCE, 17 juin 1992 (*Jacob Handte*) : JCP G 1992, II, 21927, note Ch. Larroumet ; JCP E 1992, II, 363, note P. Jourdain et I, 199, obs. J. Raynard ; Rev. crit. DIP 1992, p. 730, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD eur. 1992, p. 709, note P. de Vareilles-Sommieres ; JCP G 1993, I, 3664, obs. G. Viney et 3666, note M.-C. Boutard-Labarde ; D. 1993, somm. p. 214, obs. J. Kullman ; RTD civ. 1993, p. 173, obs. P. Jourdain.

<sup>15</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999 (*Thermo King*) : D. 1999. 383, note. Cl. Witz ; Rev. crit. DIP 1999, p. 519, note V. Heuzé ; JCP G 2000, I, 199, n° 7, obs. G. Viney ; JCP E 1999, p. 962, note L. Leveneur ; RTD civ. 1999, p. 502, obs. J. Raynard.

<sup>16</sup> Comp. P. Puig, Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?, art. cit., sp. p. 916.

« chaînes » de contrats parle-t-on, qu'est-ce qu'une chaîne « homogène » de contrat, le titulaire de l'action, le sous-acquéreur, tire-t-il un bénéfice de l'action directe, ou est-ce plutôt le vendeur initial ce qui conduit à s'interroger sur l'opportunité du mécanisme lui-même, la justification de l'action directe est-elle véritablement tirée du fondement *intuitu rei* et quels enseignements en déduire sur le fonctionnement du mécanisme ? Et surtout peut-être, est-ce bien encore d'actualité ? Les décisions récentes publiées montrent que tel est le cas, même si la jurisprudence s'était un peu assouplie après l'arrêt *Besse*. Par inertie sans doute, quelques décisions importantes avaient été rendues dans l'immédiat après arrêt *Besse*, mais la question a véritablement rebondi ces dernières années.

5. – C'est que, en effet, une partie de la doctrine, pas plus que la jurisprudence, la première chambre civile tout au moins dans ce qui a pu apparaître comme un combat de titans avec le troisième chambre civile arbitré par l'Assemblée plénière, ne paraît pouvoir se résoudre à l'abandon de la théorie des actions directes malgré les incohérences et les contradictions qu'elle emporte. Rien que cette situation mériterait une étude sur les mœurs doctrinales : un peu de conservatisme, un peu d'aventurisme pour une thèse nouvelle, un rien de chauvinisme face à l'incrédulité manifestée par d'autres systèmes juridiques, un poil de provocation à l'encontre de ces mêmes systèmes juridiques décidément bien peu intéressants, un zeste de goût prononcé pour le byzantinisme juridique, etc.

6. – Pourtant, l'intérêt de retenir une action directe n'a pas faiblit. Il s'agit de mettre en œuvre un régime de responsabilité contractuelle, exceptionnelle puisque en principe la responsabilité du contractant à l'égard des tiers est de nature délictuelle.

Parce que le dédicataire de ces lignes est un maître du droit du commerce international, du droit des affaires plus largement, et en même temps celui qui, peu ou prou, a participé, par un effort de sélection des articles ou des notes des auteurs à la *Semaine juridique*, à l'actualité considérable de ce thème, nous voudrions, très simplement ici, retracer quelques traits justifiant ce mécanisme, malgré tous les travers rapportés ici et là, en termes d'actualité, s'agissant de celle de son domaine (I), de son régime (II) et de son fondement (III).

## I. – L'actualité du domaine des actions directes

7. – La notion de groupe de contrats est initialement apparue comme la matrice des actions directes : la synergie contractuelle qui en résulte serait de nature à vaincre les écrans contractuels. Telle était la proposition faite par M. Teyslié et reprise par beaucoup depuis. La distinction qu'il proposait distinguait les ensembles de contrats <sup>(17)</sup> conclus pour satisfaire le même objectif, la même cause, obéissant à une structure circulaire autour d'une seule personne, comme des contrats conclus en matière de transport ou de publicité, et les chaînes de contrats, celles qui logent les actions directes. Cette distinction, n'était pas, au départ, destinée à produire des effets aux différences marquées, indivisibilité pour les unes, actions directes pour les autres. D'ailleurs les premiers succès jurisprudentiels rencontrés par cette thèse l'on été dans la logique de la démonstration. Ce furent les points d'orgue constitués par les arrêts « *Clic-clac photo* » et « *Soderep* » des 8 mars 1988 <sup>(18)</sup> et 21 juin 1988 <sup>(19)</sup> qui avaient généralisé les actions directes contractuelles à toutes les situations dans lesquelles un lien contractuel pouvait être repéré entre des parties n'ayant pas d'autres liens que celui-ci et ne se justifiant que par la continuité de l'objet. C'est alors à l'occasion de l'arrêt *Besse* que la question de la nature de la chaîne a été principalement envisagée : homogène, hétérogène ?, question

<sup>17</sup> Cf. J.-B. Seube, L'indivisibilité et les actes juridiques, Bibl. dr. entr. 40, 1999.

<sup>18</sup> Cass. civ. 1ère, 8 mars 1988, JCP éd. G 1988, II, 21070, note P. Jourdain, RJ com. 1989, p. 304, note Ph. Delebecque, RTD civ. 1988, p. 551, obs. Ph. Rémy, RTD civ. 1988, p. 741, obs. J. Mestre, RTD civ. 1988, p. 761, obs. P. Jourdain : « dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exercice de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action nécessairement contractuelle qu'il peut exercer dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué », alors que la chaîne était formée de deux contrats d'entreprise « classiques », non acquisitifs de propriété.

<sup>19</sup> Cass. civ. 1ère, 21 juin 1988, JCP éd. G 1988, II, 21125, note P. Jourdain, JCP éd. E 1988, II, 15294, note Ph. Delebecque, D. 1989, p. 5, note C. Larroumet, RTD civ. 1988, p. 761, obs. P. Jourdain, RTD civ. 1989, p. 107, obs. Ph. Rémy, : « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle ne 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 » dans des circonstances factuelles encore plus démonstratives. V. aussi Cass. civ. 1ère, 31 oct. 1989, JCP éd. G 1990, II, 21568, note R. de Quenaudon.

qui mérite d'être rapidement étudiée pour tordre le cou à quelques approximations (A), afin de visiter les chaînes acquises de propriété, sources de telles actions directes (B).

#### A. – Une chaîne « homogène » ?

8. – La présentation des chaînes de contrats selon qu'elles sont homogènes ou hétérogènes est une question qui a longtemps perturbé l'analyse doctrinale du mécanisme des actions directes. Récemment d'ailleurs, la Cour de cassation a expressément utilisé cette notion : « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause* »<sup>(20)</sup>.

Nous voudrions simplement montrer ici que cette présentation n'a pas – plus – de sens en soi. L'homogénéité ou l'hétérogénéité ainsi décrites pourraient d'abord être subjectives et dépendre des parties aux contrats formant la chaîne : serait ainsi une chaîne homogène de contrats les contrats-cadre suivis de contrats d'application ou bien la suite d'une vente et d'une vente réfléchie comme le réméré ou le contrat de buy-back.

L'homogénéité ou l'hétérogénéité, objectives cette fois, de la chaîne de contrats pourraient aussi dépendre de la nature des contrats rencontrés dans cette chaîne : seules les chaînes de contrats identiques seraient des chaînes de contrats homogènes, les ventes suivies de reventes, les contrats d'entreprise suivis de sous-contrats d'entreprise. A l'inverse, les chaînes de contrats différents seraient des chaînes de contrats objectivement hétérogènes, comme une vente suivie d'un contrat d'entreprise ou d'un don, d'un apport en société.

Or, l'homogénéité dont il s'agit est autre : objective, elle dépend des effets des contrats composant la chaîne. Pendant longtemps, la doctrine a présenté cette distinction selon que ces effets sont translatifs de propriété ou ne le sont pas. Or, l'examen de la jurisprudence montre que le caractère « translatif de propriété » ne révèle pas la distinction proposée entre les chaînes produisant une action directe contractuelle et les autres.

L'insertion de la catégorie des contrats d'entreprise, en effet, modifie la considération de ces chaînes. Ceux-ci peuvent être, grosso modo, distingués selon qu'ils ne produisent aucun « transfert » de propriété, comme c'est le cas de la grande majorité, contrat de transport, contrat d'enseignement par exemple et selon qu'ils en produisent. Il s'agit alors de la catégorie des contrats d'entreprise avec fourniture de matière, l'un des mystères du droit des contrats spéciaux.

9. – La distinction entre chaînes de contrats objectivement homogènes et chaînes de contrats objectivement hétérogènes peut alors être affinée à l'observation d'une catégorie particulière de contrats, les contrats d'entreprise avec fourniture de matière. Ces contrats assurent au profit du maître de l'ouvrage une acquisition de propriété. Celle-ci peut prendre la forme d'un transfert de propriété : la chose objet du contrat n'est pas la propriété du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur fabricant une chose, une construction immobilière sur un terrain appartenant à l'entrepreneur ou une chose mobilière qui par exemple fait l'objet d'un transfert de propriété, c'est-à-dire un mode dérivé d'acquisition de propriété comme dans la vente. Elle peut également prendre la forme d'une acquisition de propriété, une accession : la chose objet du contrat est la propriété du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur ajoutant une chose, remplaçant une pièce, ou bien construisant une maison sur le terrain du maître de l'ouvrage, qui devient la propriété du maître par accession, mode originaire d'acquisition de propriété, selon une conception classique. M. Pascal Puig a magistralement montré que cette distinction était sans doute inexacte<sup>(21)</sup> et que l'acquisition des droits et actions dans le contrat d'entreprise s'expliquerait par un effet translatif, comme dans la vente, bien plus que par le mécanisme de l'accession. Il est vrai que la Cour de cassation est peut-être en train de valider ce raisonnement comme un arrêt de la chambre commerciale du 22 mai 2002 l'a montré<sup>(22)</sup>. Une société française avait fourni, dans le cadre d'un contrat d'entreprise avec

<sup>20</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2001, Bull. civ. I, n°22, JCP, éd. E, p.1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube, D. 2001, somm. 1135, obs. Ph. Delebecque, Defrénois, 2001, p. 708, obs. R. Libchaber, Contrats, conc., consom. 2001, n°82. Adde J. Moury, Réflexions sur la transmission des clauses de compétences dans les chaînes de contrats translatifs, D. 2002, Chr. p. 2744.

<sup>21</sup> P. Puig, La qualification du contrat d'entreprise, Ed. Panthéon-Assas, 2002, n°407 et s.

<sup>22</sup> Cf. Cass. com. 22 mai 2002, Bull. Civ. IV, n°89.

fourniture de matières, un matériel à une société de construction qui était chargée d'un marché de construction au Qatar. L'industriel français avait été condamné à réparer les préjudices subis par le maître de l'ouvrage qatari sur le fondement d'une action directe. La Cour de cassation ne contredisait pas la cour d'appel et affirmait, sans hésiter, que « *si le maître de l'ouvrage qui agit contre le sous-traitant exerce l'action que le vendeur intermédiaire lui a transmise avec la propriété de la chose livrée, le sous-traitant, qui n'est pas lié contractuellement au maître de l'ouvrage, ne peut invoquer les limitations éventuellement prévues dans le contrat principal passé entre le maître de l'ouvrage et le vendeur intermédiaire ; qu'ayant retenu que l'action du sous-acquéreur était celle de son auteur, à savoir celle du vendeur intermédiaire contre son vendeur originaire, la cour d'appel a justement décidé que (le fournisseur français) ne pouvait opposer que la clause limitative de responsabilité figurant dans le contrat qu'elle avait conclu avec (l'entrepreneur intermédiaire), vendeur intermédiaire* ». Quoi qu'il en soit, on oppose en toute hypothèse les contrats acquisitifs de propriété, quel que soit le mode d'acquisition de propriété, originaire ou dérivé, producteurs d'actions directes, et les contrats non acquisitifs de propriété. Comme l'écrit P. Puig, il en résulte que « *il est donc temps de renvoyer au Panthéon de la pensée juridique la fameuse distinction entre chaînes homogènes et hétérogènes de contrats...* »<sup>(23)</sup>. Il n'y a que des chaînes acquisitives ou non acquisitives de propriété.

## B. – Une chaîne acquisitive de propriété

10. – En droit interne<sup>(24)</sup>, les chaînes acquisitives s'observent de façon très large. On repère les classiques chaînes formées de vente et de revente, les chaînes formées de vente et de contrats voisins, apport en société, don, échange par exemple et les chaînes composées de vente et de contrat d'entreprise. Dans les deux cas, un phénomène acquisitif de propriété permet, sous réserve du fondement retenu, de justifier l'existence d'une action directe.

Pareil domaine fut élaboré très tôt et notamment dans les deux arrêts d'Assemblée plénière du 7 février 1986 *Résidence Normandie* et *Résidence Brigitte*<sup>(25)</sup> qui parachevaient une évolution admettant les actions directes dans les chaînes constituées d'une vente et d'un contrat d'entreprise : le propriétaire d'un bien, un meuble mais plus souvent un immeuble, conclut un contrat d'entreprise concernant l'immeuble avec un entrepreneur qui achète les biens nécessaires à la réalisation du contrat à un vendeur : ce propriétaire peut exercer une action directe contre le vendeur qui a contracté avec l'entrepreneur. Ces arrêts ajoutaient en effet à l'évolution opérée dans le sens inverse : un contrat d'entreprise (un contrat de construction par exemple) suivi d'une vente, admettant une action directe de l'acheteur contre le constructeur constatée par la jurisprudence d'abord<sup>(26)</sup>, par la loi ensuite en 1967 et 1978 (C. civ., art. 1792, art. 1646-1, al. 2), de façon incomplète cependant car les actions directes ainsi élaborées ne valaient que pour des contrats portant sur un immeuble et dans le seul sens contrat d'entreprise suivi d'une vente. Les arrêts d'assemblée plénière de 1986 brisaient alors un conflit entre la première<sup>(27)</sup> et la troisième chambre civile<sup>(28)</sup> à propos de l'extension de ces mécanisme à toutes les chaînes formées de vente et de contrat d'entreprise avec fourniture de matière quel qu'en soit le sens.

<sup>23</sup> P. Puig, Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?, art. cit. sp. p. 928.

<sup>24</sup> Sur les aspects internationaux de la question, qui nous emmèneraient trop dans le cadre de cette étude, Cf. notamment, J. Bauerreis, *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats* : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 331 ; F. Leclerc, *Les chaînes de contrats en droit international privé*, JDI 1995, p. 267 ; F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes, 1995.

<sup>25</sup> Cass. Ass plén., 7 fév. 1986, D. 1986, 293, note A. Bénabent ; *JCP* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; *RTD civ.*, 1986, 364, obs. J. Huet, 595, obs. J. Mestre, 605, obs. Ph. Rémy, *Gaz. Pal.* 1986, 2, jur., p. 543, note J.-M. Berly, *RD imm.* 1986, p. 210, note Ph. Malinvaud et B. Boubli ; *Grands arrêts*, t. II, n°252, p. 495.

<sup>26</sup> Cass. civ., 1ère, 26 févr. 1963, *Bull. civ. I*, n°122 ; Cass. civ., 1ère, 28 nov. 1967, *RTD civ.* 1968, p. 391, obs. G. Cornu ; Cass. civ. 3ème, 8 oct. 1972, *Bull. civ. III*, n531 ; Cass. civ. 3ème, 28 oct. 1975, *Bull. civ. III*, no 311

<sup>27</sup> Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984 D. 1985, p. 213, note A. Bénabent, *JCP éd. G* 1985, II, 20387, note P. Malinvaud. Adde G. Bonnet et B. Gross, *La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux*, *JCP éd. G* 1974, I, 2602.

<sup>28</sup> Cass. civ. 3ème, 18 avr. 1972, *Bull. civ. III*, n°233 ; Cass. civ. 3ème, 19 juin 1984, D. 1985, p. 213, note A. Bénabent, *JCP éd. G* 1985, II, 20387, note P. Malinvaud. Adde.

11. – Or, ce bel ordonnancement a été fissuré par un arrêt *Haironville* du 28 novembre 2001<sup>(29)</sup>. Un maître d’ouvrage avait commandé un ouvrage à un entrepreneur principal qui avait sous-traité une partie du travail à un sous-traitant lequel avait acquis des matériaux d’un fournisseur. Subissant des désordres, le maître d’ouvrage avait engagé une action directe contractuelle contre le fournisseur, s’inspirant du modèle de la solution des arrêts d’assemblée plénière de 1986. Or, la troisième chambre civile de la Cour de cassation – dont on sait que depuis le début de cette aventure jurisprudentielle elle répugne à admettre toute extension – rejetait cette action directe : « *attendu, d’une part, qu’ayant exactement relevé que (le) 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 (...) devait, à l’égard du maître de l’ouvrage, répondre de ses actes sur le même fondement* ». Sans reproduire une démonstration déjà faite, cet arrêt s’est présenté comme un revirement de jurisprudence des arrêts de 1986, même s’il faut relativiser cette affirmation. En premier, l’arrêt de 1986 généralement cité, l’arrêt *Résidence Normandie*, consacrait la situation ordinaire, d’école désormais, dans laquelle une vente est suivie d’un contrat d’entreprise. Dans ce cas, l’action directe contractuelle est reconnue sans hésitation. En revanche, le second arrêt, *Résidence Brigitte*, qui admettait également une action directe contractuelle, correspondait très exactement à l’arrêt de 2001. Cet arrêt tirait alors les conséquences de l’arrêt *Besse* de 1991, de façon un peu trop immédiate, de façon trop mécanique. La chaîne de contrats étudiée dans l’arrêt de 2001 est en effet assez complexe : une vente, un contrat d’entreprise, un contrat d’entreprise avec fourniture de matière. Si le maître d’ouvrage avait engagé son action contre le sous-traitant, c’est-à-dire s’il n’avait tenu compte que des deux derniers contrats, alors l’action eût été délictuelle, ce qu’affirme l’arrêt de 2001 « *(le) sous-traitant, engageait sa responsabilité vis-à-vis du maître de l’ouvrage sur le fondement délictuel* ». Cette affirmation est en soi critiquable car elle paraît trop théorique, trop hypothétique : l’action directe engagée par la maître de l’ouvrage contre le vendeur du sous-contractant ne peut ainsi être décortiquée en autant de petits morceaux qui, reconstitués, forment une chaîne alors que, au contraire, l’ensemble de la chaîne ayant donné lieu à l’espèce constitue une unité économique qui ne saurait être réduite à une somme de sous-éléments susceptibles d’exister par eux-mêmes. L’une des difficultés, d’une façon plus générale, dans l’analyse des actions directes, tient aussi à cette tentation de la description mathématique, comme si le contrat, les chaînes de contrats, les relations juridiques de façon plus globale, pouvaient se soumettre systématiquement à ce type d’analyse un peu froide et sans poésie, sans humanité. La conséquence que la Cour tire, en 2001, de son observation, juste en elle-même, sur l’action engagée est alors particulièrement décevante parce que erronée : « *le fournisseur de ce sous-traitant (...) devait, à l’égard du maître de l’ouvrage, répondre de ses actes sur le même fondement* ». En effet, ce qui importe c’est moins la nature acquisitive de chaque contrat qui compose la chaîne que la nature acquisitive de la chaîne elle-même. Or, il ne fait aucun doute que cette chaîne avait emporté une transmission de propriété du fournisseur vers le maître de l’ouvrage. Pas plus qu’il ne fait de doute que les désordres subis par le maître de l’ouvrage relevaient de vices de la chose transmise. Il y a donc un vice dans le raisonnement à prendre appui sur le modèle de l’arrêt *Besse* en ignorant les autres modèles qui ont participé à la construction de la jurisprudence. D’autant qu’une analyse de la chaîne conduit à une solution différente : le vendeur avait bien l’intention de transférer la propriété, le sous-traitant utilise cette chose et l’incorpore dans la chose principale qui devient alors la propriété du maître de l’ouvrage indépendamment du contrat d’entreprise principale. Qu’on oblitère le contrat d’entreprise de sous-traitance ou le contrat d’entreprise principale, on aboutit à la même solution, contraire pourtant à celle retenue par la Cour de cassation. S’agissait-il d’une erreur de plume, d’une erreur de raisonnement, d’une résurgence émanant de la troisième chambre civile de l’opposition à l’extension des actions directes et, partant, s’agissait-il de la volonté affichée de revenir sur les actions directes ? On ne sait trop et on peut imaginer une suite à cet arrêt, d’autant que la cour d’appel de Paris a adopté une solution contraire à celle de l’arrêt de 2001... mais conforme à l’arrêt de 1986<sup>(30)</sup>. Entre temps, la Cour de cassation, également sa troisième chambre civile, le 12 décembre 2001<sup>(31)</sup> reprenait à son

<sup>29</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 28 novembre 2001, JCP G 2002, II, 10037, note D. Mainguy ; Defrénois 2002, art. 37486, p. 255, note R. Libchaber ; D. 2002, IR, p. 45 et jur. p. 1442, note J.-P. Karila ; RTD civ. 2002, p. 104, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 2002, n° 67, note H. Groutel.

<sup>30</sup> CA Paris, 10 janvier 2002 : *Resp. civ. et assur.* 2002, n° 143, note L. Grynbaum.

<sup>31</sup> Civ. 3<sup>e</sup>ème, 12 déc. 2001, RTD civ. 2002, p. 303, obs. P. Jourdain, RD immo. 2002. 92 ? obs. P. Malinvaud.

compte la formule de l'arrêt de 1986, mais dans une espèce dans laquelle la chose était fournie à l'entrepreneur principal, sans qu'un sous-traitant ne perturbe l'harmonie du paradigme des groupes de contrats, de sorte qu'on ne peut guère en tirer de leçon, à la différence de l'arrêt du 22 mai 2002 rendu par la chambre commerciale plus haut cité<sup>(32)</sup>. Rappelons que dans cette affaire, un maître d'ouvrage engageait une action directe contre le fournisseur de choses incorporées dans l'ouvrage que l'entrepreneur principal s'était engagé à fournir : on était presque dans l'hypothèse de l'arrêt *Besse*. Et pourtant, la Cour de cassation reprend à son compte ses formules : l'action directe existe parce qu'elle a été transmise avec la propriété de la chose, et le maître d'ouvrage peut se voir opposer toutes les clauses incluses dans le contrat conclu entre le vendeur initial et l'entrepreneur principal. C'est, donc, ici, presque une réfutation de l'arrêt *Besse* qui est ramené à des situations dans laquelle le sous-traitant de contente de fournir un service. Dès lors que le sous-traitant fournit une chose, la force du caractère acquisitif de la chaîne justifie l'existence d'une action directe. Comment l'expliquer ? On est déjà très proche d'une recherche du fondement de l'action directe, qui viendra plus tard, mais enfin, on se rend bien compte, alors, de l'inanité de l'observation du caractère homogène ou hétérogène d'une chaîne et de la force du caractère acquisitif de la chaîne, sans doute en raison de *l'animus transferandi* qui la transcende<sup>(33)</sup>

## II. – L'actualité du régime des actions directes

12. – Si le contractant peut aménager les conséquences de son inexécution à l'égard de son cocontractant il ne le peut à l'égard des tiers, notamment celui qui l'est tout de même peu, qu'est l'acheteur de son acheteur. Dès lors, alors même que l'on assistait à la généralisation de la responsabilité d'un contractant à l'égard des tiers puisque celui-ci peut invoquer le manquement contractuel qui leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve<sup>(34)</sup>, le caractère délictuel de celle-ci conduit à l'ignorance des prévisions contractuelles de ce contractant, solution discutable – indépendamment du débat devenu classique sur la nature de la responsabilité contractuelle qui n'a pas lieu d'être développé ici – surtout lorsqu'il s'agit d'un tiers particulier, le sous-acquéreur, qui peut engager la responsabilité du vendeur initial en déjouant les clauses aménageant la responsabilité du contractant. La responsabilité du contractant peut être plus lourde à l'égard des tiers qu'elle ne l'est à l'égard des contractants pourtant seuls bénéficiaires de l'effet obligatoire du contrat.

Dans les chaînes de contrats, le raisonnement classique est le suivant : si A est lié contractuellement à B et si B est lié contractuellement à C alors que les rapports AB et BC ont un élément commun, objet ou cause, ne faut-il pas en déduire que A est lié contractuellement à C ? Si l'arrêt *Lamborghini* du 9 octobre 1979 avait affirmé que le sous-acquéreur exerce une action nécessairement, c'est-à-dire exclusivement, contractuelle, la construction du régime de cette action directe restait à définir. En même temps, la construction du régime des actions directes est intimement identifiée à son domaine et à son fondement. Ainsi, les arrêts d'Assemblée plénière du 7 février 1986 affirmaient que le « *sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartient à son auteur* », qui a permis en pratique le développement des actions directes dans toutes ces directions.

13. – Il est inutile de s'attarder sur l'objet des actions directes reconnues par la jurisprudence, garantie des vices cachés, délivrance conforme, obligation de sécurité, etc. Il est en revanche nécessaire de revenir sur un point qui demeure d'actualité, la question de l'opposabilité du contenu du rapport primaire (vendeur initial-revendeur) au sous-acquéreur. Si l'on s'en tient à la formule dégagée par les arrêts de 1986, et systématiquement reprise depuis, le sous-acquéreur exerce l'action de son auteur – le revendeur – contre le vendeur initial, de sorte qu'il exerce finalement l'action du revendeur. Il n'est donc pas illogique que les clauses présentes dans ce rapport, clauses

<sup>32</sup> Cass. com. 22 mai 2002, Bull. Civ. IV, n°89, cité surpa, n°9.

<sup>33</sup> Cf. F. Zenati, obs. In RTD civ. 1992, p. 592.

<sup>34</sup> G. Durry, obs. in, RTD civ. 1969, p. 776, La distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, Univ. Mc Gill., Montréal, 1986, nos 120 et s. J-P. Tosi, Le manquement contractuel dérelativité, Mélanges M. Gobert, Economica, 2004, p. 479 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juill. 2000, JCP éd. G. 2000, II, 10415, rapp. P. Sargos, Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 févr. 2001, D. 2001, p. 2234, obs. P. Delebecque, RTD civ. 2001, p. 367, obs. P. Jourdain, JCP éd. G. 2002, II, 10099, note C. Lisanti.

de non garantie ou de non responsabilité, clauses compromissaire ou attributive de juridiction notamment, soient au moins confrontées avec d'éventuelles clauses contenues dans le rapport revendeur-sous-acquéreur, voire tout simplement opposées au sous-acquéreur.

Cette question est au cœur de la construction des actions directes et mieux des groupes de contrats. A partir du moment où le contrat est envisagé de façon plus objective que les limites du Code civil et l'analyse classique ne le permettent, et que les horizons contractuels peuvent s'élargir, il devient légitime de s'interroger sur la portée d'un contrat à des tiers particuliers, les tiers intéressés.

14. – Deux considérations peuvent alors s'opposer. Une considération première, un peu angélique, permet de concevoir l'action directe comme une sorte de « joker contractuel », un cadeau prétorien fait au sous-acquéreur. Si celui-ci ignore le nom du revendeur, qu'il est insolvable ou a disparu, il bénéficie d'une deuxième chance contre le vendeur de son vendeur. Il n'est pas, alors, invraisemblable de considérer que ce cadeau est soumis à des conditions particulières : *nemo plus juris*, le sous-acquéreur ne saurait avoir plus de droits que son auteur, etc.

Une considération seconde décèle dans le phénomène des groupes de contrats une logique nouvelle, inhérente à celle des contrats d'affaires, dans lesquels un contractant est tenu de voir un peu plus loin que le bout de son nez contractuel et d'envisager les suites contractuelles de son engagement. C'est tout particulièrement le cas des fabricants, des industriels. Ils vendent, pour résumer, leur production à des distributeurs qui ne vont pas les utiliser ou les consommer mais les revendre à des utilisateurs terminaux, des consommateurs ou des professionnels. Dans ces conditions, cette perspective justifie toutes sortes de préoccupations contractuelles, plus ou moins valables d'ailleurs, les clauses de réserve de propriété, les clauses de prix de revente imposé, les clauses de garantie contractuelle élargie, les clauses imposant un service après vente, une démonstration, l'installation d'un bien, les techniques de construction du prix de la vente en fonction du nombre de reventes et les difficultés que cela pose en droit de la concurrence, etc. Dans cette configuration, la logique des actions directes ne s'inspire plus d'une Pentecôte jurisprudentielle mais d'une construction rationnelle : la prévision contractuelle, la sécurité des transactions justifient ces actions directes, pour tous les opérateurs, le sous-acquéreur comme les autres maillons de la chaîne, revendeur et vendeur original.

15. – Durant la construction des actions directes, cette préoccupation a été particulièrement retenue par la formule dite de la « double limite » exposée par la Cour de cassation dans les arrêts du 8 mars 1988 et du 21 juin 1988 déjà cités : « *dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exercice de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action nécessairement contractuelle qu'il peut exercer dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué* ». M. Christian Larroumet explicitait la formule en indiquant que « *si l'extension du régime de la responsabilité contractuelle du débiteur en vertu d'un contrat envers un créancier en vertu d'un autre contrat a pour objet de faire en sorte que les prévisions de ce débiteur contractuel ne soient pas déjouées, ce dont il résulte qu'il ne saurait être tenu envers le créancier de son créancier autrement qu'il l'est envers ce dernier, ce qui pourrait arriver si sa responsabilité envers le créancier du créancier devait être de nature extracontractuelle, il ne conviendrait pas pour autant d'attribuer à la victime du dommage plus de droits envers le débiteur qu'elle ne peut en avoir envers son débiteur immédiat* » <sup>(35)</sup>. Le sous-acquéreur doit donc subir les limites à son action nées du rapport qu'il a conclu avec le revendeur et les limites nées du rapport conclu entre revendeur et vendeur initial, consacrant l'idée selon laquelle la prévisibilité du contractant initial ne doit pas être perturbée par l'action directe exercée par le sous-acquéreur à son encontre.

16. – L'application de ce principe, application qui n'a sans doute pas eu lieu d'ailleurs en pratique faute de temps, a été contrariée par l'arrêt *Besse* qui a remis en cause le principe plus large de

---

<sup>35</sup> Ch. Larroumet, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 1988, D. 1989, p. 5. V. aussi G. Viney, L'action en responsabilité en participant à une chaîne de contrats, Mél. D. Holleaux, Litec, 1990, p. 399. Contra : P. Jourdain, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 1988, RTD civ. 1988, p. 761



l'extension du domaine que les arrêts de 1988 proposaient. Ce n'est donc pas la logique de la « double limite » qui a été à l'origine du développement du régime des actions directes qui a commencé d'ailleurs après ces arrêts, hormis la question des conséquences de l'action rédhibitoire directe engagée par le sous-acquéreur, autre question passionnante, mais tranchée, que nous n'envisagerons pas ici.

17. – C'est ainsi que la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 26 mai 1982 <sup>(36)</sup> qu'une clause limitative de responsabilité était opposable au sous-acquéreur, avant de le consacrer pleinement par un arrêt du 7 juin 1995 où le sous-acquéreur était un consommateur <sup>(37)</sup>. Cette solution est cependant critiquable dans la mesure où le sous-acquéreur était en l'espèce un consommateur. Dès lors, l'échec du droit de la consommation est curieusement constaté. La clause limitative de responsabilité est valable entre le vendeur initial et le revendeur professionnel mais elle serait réputée non écrite à l'égard d'un consommateur. Pourtant cette même clause est opposable au sous-acquéreur - qu'il soit un professionnel ou un consommateur - parce qu'il exerce l'action de son auteur, le revendeur. Cette solution consacre donc la première considération : l'action directe est un joker ce qui justifie alors les atteintes au régime de l'action directe, au risque de conduire à leur négation au final. Par conséquent, la prévision du vendeur initial est ainsi unilatéralement valorisée, ignorant les prévisions contractuelles initiées par le rapport entre le revendeur et le sous-acquéreur qui ont également envisagé leur réalité contractuelle en sachant qu'une action directe pouvait être intentée contre le vendeur initial. Et pourtant, cette prévision contractuelle là est sacrifiée. C'est d'autant plus dommage que dans certaines hypothèses, une véritable confrontation entre le contenu du rapport établi entre le sous-acquéreur et le revendeur et celui du rapport établi entre le vendeur initial et le revendeur pourrait être effectuée <sup>(38)</sup> et qu'en outre, cette solution est établie à partir d'un fondement technique de l'action directe, le critère de l'accessoire, lui-même imparfait.

18. – On peut se demander cependant si la jurisprudence n'est pas en train de proposer une nouvelle façon de raisonner à la lumière de la question de l'opposabilité des clauses compromissaires. La jurisprudence refusait traditionnellement l'opposabilité d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de juridiction par le vendeur initial au sous-acquéreur, « *faute de transmission contractuelle* » affirmait-elle <sup>(39)</sup>. Ce type de clause n'était donc pas susceptible de « transmission » par le jeu des actions directes. Outre l'inhabituel terme « transmission » auquel la jurisprudence préfère celui d'opposabilité, la Cour niait ce faisant tant le principe de l'autonomie des clauses compromissaires que le mécanisme des actions directes. La Cour de cassation était cependant revenue sur cette jurisprudence dans un important arrêt du 6 février 2001 <sup>(40)</sup>. La Cour y affirmait que « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause* ». Sans entrer dans le détail du commentaire de cet arrêt fort riche, on prêtera un regard attentif à la seconde partie de la décision : « *la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause* ». La formule offre en effet une réserve importante au principe dégagé par l'arrêt de 1995. Encore conviendra-t-il de mesurer la notion d'ignorance raisonnable. Sans doute, mais c'est à vérifier au cas par cas, le

<sup>36</sup> Cass. civ. 3ème, 26 mai 1992, Bull. civ. III, n°175, JCP éd. E 1992, I, no 199, obs. M. et J.-M. Mousseron et J. Raynard ; Cass. civ. 3ème, 15 févr. 1989, RTD civ. 1989, p. 553, obs. P. Jourdain.

<sup>37</sup> Cass. civ. 1ère, 7 juin 1995, D. 1996, p. 395, note D. Mazeaud, D. 1996, somm., p. 14, obs. O. Tournafond, Contrats, conc., consom. 1995, n° 159, obs. L. Leveneur ; comp. Cass. civ. 3ème, 23 févr. 1994, D. 1994, p. 524, note C. Mascala, écartant l'opposabilité d'une clause limitative dans une espèce où revendeur et sous-acquéreur étaient des profanes, et depuis Cass. civ. 1ère, 8 juin 1999, Bull. civ. I, n°198 ; JCP, éd. E., 2000, I, p. 311, n° 14, obs. D. Mainguy ; et M.-L. Izorche, *Le vendeur professionnel, entre vices cachés et jurisprudence hermétique*, D. 2000. Chr.407 à propos d'une clause limitative de garantie opposable au sous-acquéreur qui agirait en garantie mais non pour une action fondée sur une question de non conformité.

<sup>38</sup> D. Mainguy, La revente, précité, n° 156 et s.

<sup>39</sup> Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1990, Bull. civ. I, n°230 ; Rev. arb. 1991, 73 et Ph. Delebecque, La transmission de la clause d'arbitrage, Rev. arb. 1991, p. 191 ; D. Cohen, *Arbitrage et groupes de contrats*, Rev. arb. 1997, 471 ; G. Blanc, *Clause compromissoire et clause attributive de compétence dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel*, JCP 1997, éd. E, I, 707

<sup>40</sup> Cass. Civ. 1ère, 6 février 2001, préc.

contractant professionnel n'est-il pas dans une telle situation d'ignorance raisonnable<sup>(41)</sup>, mais c'est surtout le consommateur, voire le professionnel profane, qui sont placés dans pareille situation. Conséquence immédiate de la formule, la clause compromissaire ne serait pas transmise – opposable – au sous-acquéreur consommateur. Les conséquences médiates sont bien plus importantes cependant si on élargit la portée de la solution au régime de toutes les actions directes. C'est surtout la question de l'opposabilité des clauses limitatives de responsabilité qui importe alors. Si on transpose cette solution à ces situations, il en résulte que les clauses limitatives de responsabilité sont opposables au sous-acquéreur sauf ignorance raisonnable de ce dernier. C'est un moyen efficace de modifier radicalement le régime des actions directes. Il en résulte en effet que l'on bascule dans le champ des secondes considérations plus haut envisagées. Les actions directes vérifient le souci de prévision contractuelle de tous les acteurs de la chaîne. Les prévisions du vendeur initial qui peut organiser les suites du contrat. Celles du sous-acquéreur consommateur qui ne subit pas plus de sujétions simplement parce qu'il est en relation avec le vendeur de son vendeur.

Le régime ainsi élaboré est globalement cohérent : le sous-acquéreur exerce l'action de son auteur, il subit de ce fait l'opposabilité des clauses que ce rapport fait naître, sauf le caractère déraisonnable de celles-ci. Reste cependant à justifier ce mécanisme.

### III. – L'actualité du fondement des actions directes

19. – L'étude du fondement des actions directes constitue, en principe, le morceau de roi, le reste étant parfois considéré comme des « questions d'intendance »<sup>(42)</sup>. C'est d'ailleurs une grande difficulté assez classique : faut-il établir un fondement que le régime d'une institution devra suivre ou bien, au contraire, convient-il d'observer le régime applicable à telle institution, en déduire un fondement et à partir de là, en tirer des conséquences sur le régime ? En la matière, le pragmatisme s'est toujours imposé face à une question totalement prétorienne, sans support légal autre qu'une liaison finalement assez lointaine avec l'article 1165 du Code civil, puisqu'il s'agit de le contredire. Dès lors, puisqu'il fallait affronter ce pilier du droit contractuel qu'est l'article 1165 du Code civil, il fallait utiliser des armes qui fussent à la hauteur de la cible désignée.

On peut alors observer que le fondement *intuitu rei* demeure l'explication la plus rationnelle, en dépit des critiques qui, nécessairement et légitimement, se font jour. Le fondement *intuitu rei* n'est en effet pas à l'abri de ces critiques, sans doute en raison de son insuffisance (A). Sa nécessité justifie cependant de l'adapter (B).

#### A. – L'insuffisance du fondement *intuitu rei*

20. – De nombreuses justifications ont été utilisées, ne serait-ce que pour éviter de heurter frontalement l'article 1165 du Code civil, comme l'a très bien montré M. Jamin. Or, toute la construction des actions directes est une réfutation de l'article 1165, de façon plus ou moins directe. Ainsi, la stipulation pour autrui a été avancée<sup>(43)</sup>, puis critiquée<sup>(44)</sup>, de même que la cession de créance tacite<sup>(45)</sup>. C'est un phœnix qui renaît périodiquement de ses cendres, spécialement s'agissant de la stipulation pour autrui tacite<sup>(46)</sup>, qui constitue la véritable alternative à la thèse de l'accessoire sans doute parce qu'elle fait, elle aussi, figure de justification « bonne à tout faire » du droit des obligations. Qu'il s'agisse d'assurer une extension de la responsabilité contractuelle au profit des

<sup>41</sup> - Cf. Paris, 4 octobre 2000, *RJDA* 2001, n°390 admettant la transmission de la clause à des parties non signataires de l'acte où elle était insérée « dès lors que leur situation ou leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de la clause » et V. déjà, CA Paris, 17 décembre 1997, *RJDA* 1998, n°539.

<sup>42</sup> Cf. P. Ancel, Les arrêts de 1988... art. cit., sp. n°5.

<sup>43</sup> A. Weill, La relativité des conventions, thèse Strasbourg, 1939, n°444 et s. ; J.-H. de Garreau de la Méchenie, La vocation de l'ayant cause particulier aux droits et actions de son auteur, *RTD civ.* 1944, p. 219 ; J. Lepargneur, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis, *RTD civ.* 1924, p. 481 ; R. Savatier, Le prétendu principe de la relativité des contrats, *RTD civ.* 1934, p. 525.

<sup>44</sup> R. Rodière, note sous CA Aix, 5 oct. 1954, *JCP éd. G* 1955, II, 8548 ; Ph. Malinvaud, note sous Cass. civ., 1ère 5 janv. 1972, *JCP éd. G* 1973, II, 17340.

<sup>45</sup> R. Rodière note sous CA Aix, 5 oct. 1954, préc. ; F. Fiechter-Boulvard, La transmission de l'engagement dans les contrats de chaîne, thèse Grenoble, 1992, n°156 ; mais contra Ph. Malinvaud, note sous Cass. civ. 1ère, 5 janv. 1972, préc.

<sup>46</sup> Et récemment, P. Ancel, les arrêts de 1988, ..., art. cit., sp. n°39 s.

victimes dans le cadre de l'exécution de contrats de transport jusqu'aux victimes de transfusion sanguine, la stipulation pour autrui tacite a surtout servi de technique de contournement de mécanismes de responsabilité fondés sur la faute, à telle enseigne qu'elle s'efface dès lorsqu'un régime de responsabilité objective prend le relais.

21. – Reste alors, précisément, la thèse de l'accessoire dite aussi *intuitu rei* ou encore *propter rem* qui résiste depuis plus d'un siècle, portée par Aubry et Rau<sup>(47)</sup>, par la plupart des auteurs qui soutiennent le principe de l'action directe et finalement par la jurisprudence qui l'a reprise à son compte dans les arrêts d'assemblée plénière de 1986, même si certains, comme M. Jamin, ont montré qu'il ne s'agissait que d'une illusion, un habillage du contournement de l'article 1165 du Code civil, via le recours à la l'équité, tout simplement<sup>(48)</sup>.

Il en résulte que le sous-acquéreur dispose de tous les droits et actions de son auteur (le revendeur), actions attachées à la chose qui ont été transmises à ce sous-acquéreur avec la chose elle-même.

22. – Ce critère présente bien des avantages. Il est d'abord assez simple et, à ce titre, pédagogique, ce qui justifie vraisemblablement son succès et qui, à nos yeux en tous cas, corrige bien des imperfections qu'une analyse fine ne manque pas de soulever, comme, d'ailleurs, chaque fois qu'une institution est passée au crible de la théorie générale des obligations.

Il paraît ensuite assez cohérent dans la mesure où il explique que le sous-acquéreur puisse se voir opposer les clauses limitatives de responsabilité puisqu'elles sont transmises avec la chose, ne puisse demander au vendeur initial que le prix de la chose perçu par ce dernier, le tout pour expliquer et justifier presque toutes les situations différentes rencontrées.

23. – En même temps, ce critère est en lui-même insuffisant et ce pour plusieurs raisons.

En premier, les actions directes ont été élaborées à partir d'un modèle parfait constitué de la succession de deux ventes, alors même qu'elles se sont ensuite développées dans des situations contractuelles qui n'emportent pas de transmission de la chose par transfert de propriété, mais une simple acquisition originaire de la chose. C'est le cas par exemple lorsqu'un contrat d'entreprise avec fourniture de matière s'insère dans la chaîne des contrats, encore que P. Puig critique cette présentation. C'est encore le cas, qui nous avait semblé majeur il y a dix ans, dans une situation assez banale, celle dans laquelle une vente avec réserve de propriété est suivie d'une revente. Cette situation illustre la plupart des ventes de biens de grande consommation effectuées via un distributeur. Le fabricant vend sous réserve de propriété au distributeur qui pourtant revend les marchandises avant de les avoir payées et donc avant d'en être propriétaire. Le sous-acquéreur acquiert cette chose et en devient propriétaire par possession, voire par un transfert direct de la propriété de la chose mais en aucune manière par un double transfert de propriété. Il est alors quelque peu abusif de fonder l'action directe dans cette chaîne banale de contrats sur la thèse de l'accessoire<sup>(49)</sup>, celui-ci étant directement associé au *transfert* de propriété. Comment, donc, le sous-acquéreur peut-il exercer une action directe censée lui-être échue comme accessoire à un transfert de propriété alors que, si l'on sort du laboratoire et que l'on observe les choses *in situ*, on s'aperçoit que le modèle sur le lequel le mécanisme de l'action directe a été construit ne permet pas un tel transfert de propriété ? Voilà un mystère juridique qui repose tout entier sur les difficultés de compatibilité entre le droit des biens, objectif parce que fondé sur la propriété et son opposabilité *erga omnes*, et le droit des contrats, nécessairement plus subjectif et interdisant en principe tout développement des effets du contrats en dehors de la sphère contractuelle. Le fondement *intuitu rei* en ce qu'il emprunte un petit peu aux deux disciplines, se révèle tout autant agile et insuffisant.

En second, et comme nous l'avons déjà envisagé, il en résulte que le sous-acquéreur se voit opposer toutes les clauses que le vendeur initial pouvait lui-même opposer au revendeur, solution que

<sup>47</sup> Aubry et Rau, Droit civil français, t. II, par Esmein P., § 176, n° 69.

<sup>48</sup> C. Jamin, La notion d'action directe, LGDJ, 1991 ; L'action directe en droit français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, LGDJ, 1992, p. 263. Il justifie alors la condamnation des actions directes par le renversement qui s'est opéré : protectrice du sous-acquéreur, l'action directe est devenue un outil de gestion contractuel aux mains du vendeur initial.

<sup>49</sup> Cf. D. Mainguy, La revente, op. cit. n°27 s. V. cependant P. Puig, La qualification du contrat d'entreprise, op. cit. , n°407 et s. V. aussi, I. Tosi, Acte translatif et titularité des droits, th. cit. n° 554 s.

la Cour de cassation semble pourtant en mesure de renverser ou du moins d'ajuster précisément pour prendre en compte la prévisibilité du sous-acquéreur.

## B. – La nécessité du fondement *intuitu rei* adapté

24. – Une solution serait, en conséquence, de revenir sur le principe même de l'action directe dans les contrats. Bien des auteurs proposent périodiquement cette solution<sup>(50)</sup>, soit parce que le bénéfice du principe de l'action directe à changé de camp, soit parce que l'admission de l'opposabilité des clauses limitatives de responsabilité ou des clauses compromissaires serait choquante, d'autant qu'il paraît difficile de se satisfaire d'un simple appel au droit de la consommation. La question dépasse en effet le simple intérêt des consommateurs et surtout, techniquement, on ne voit pas comment la clause limitative de responsabilité valable entre un vendeur initial professionnel et un revendeur professionnel deviendrait *ipso facto* abusive parce qu'elle serait opposée à un sous-acquéreur consommateur<sup>(51)</sup>, pour autant d'ailleurs qu'il faille raisonner ainsi<sup>(52)</sup>. Mais alors, est-ce le fondement ou le régime de l'action directe qui est mauvais ? le fondement *intuitu rei* ne nous paraît pas atteint par principe, pas davantage que le principe de l'action directe, eu égard aux logiques de prévisibilité contractuelle qui résultent de la considération large des groupes de contrats. En revanche, le régime des actions directes doit et peut sans doute être adapté, comme nous l'avons déjà envisagé.

25. – Au contraire, il est indéniable que le mécanisme de l'action directe est utile, à la fois pour le sous-acquéreur qui peut engager une action contre le véritable auteur du préjudice qu'il subi (malfaçon, vice caché, etc) et pour le vendeur initial qui peut envisager une large prévision des conditions contractuelles de la vente, à travers notamment des clauses limitatives de responsabilité, opposables au sous-acquéreur avec les limites déjà présentées sans doute, mais aussi par des clauses extensives de responsabilité, favorables cette fois au sous-acquéreur. Il est tout aussi indéniable également qu'il n'y a pas un seul modèle juridique de vendeur, qui peut être fabricant, assembleur, importateur, acheteur-revendeur grossiste, détaillant, grand distributeur, etc, et l'on admettra que la simple opposition entre industriel et commerçant est de nature à proposer des différences de comportement contractuel. Certains tentent de se protéger de toute action en responsabilité et le régime actuel de l'action directe peut se révéler une aubaine. D'autres au contraire cherchent à uniformiser les conditions de la revente des marchandises qu'ils produisent et imposent un service après-vente à leurs revendeurs et la remontée de la garantie. D'autres enfin se contentent d'écouler en masse leur production en ayant planifié et intégré le coût de la garantie.

26. – Il y a donc place, encore, pour le mécanisme de l'action directe « à la française », malgré les doutes qu'il peut susciter dans comme au-delà de nos frontières. Il faut donc un fondement, un fondement technique qui explique la technique utilisée et son régime. Le fondement est sans doute celui de l'*intuitu rei*, mais adapté : la règle de l'accessoire connaît trop de flou pour être retenue comme telle. Elle se marie aisément en revanche avec la considération du groupe du contrats, le fondement « *intuitu operis* » comme l'avait joliment nommé M. Alain Sériaux<sup>(53)</sup>, qui avait été à l'origine des arrêts de 1988, à la suite de la thèse de M. Teyssié, et que Mme Mireille Baccache-Gibeili avait contribué à largement critiquer. Il ne fait plus de doute en effet que le domaine des actions directes est désormais plutôt bien circonscrit aux chaînes acquisitives de propriété. Reste simplement à savoir si une telle chaîne est, mécaniquement, une addition de plusieurs contrats acquisitifs de propriété ou, plus juridiquement, une chaîne acquisitive de propriété indépendamment de la réalisation effective de ces effets internes, comme l'arrêt du 28 novembre 2001 avait donné l'occasion d'y réfléchir. Dès lors, la mesure du fondement est vraisemblablement assise sur une figure qui emprunte à cet effet acquisitif de propriété. La thèse *intuitu rei* paraît alors idoine. En même temps, elle ne se suffit pas à elle-même chaque fois qu'un petit élément de

<sup>50</sup> C. Jamin, La notion d'action directe, op. cit. ; P. Ancel, Les arrêts de 1988... art. cit., sp. n°20.

<sup>51</sup> V. Cependant, G. Viney, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, Mélanges D. Holleaux, Litec, 1990, p. 399.

<sup>52</sup> Contra : P. Puig, Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?, art. cit. sp. p. 934.

<sup>53</sup> A. Sériaux, Droit des obligations, Puf, n°54.

contestation apparaît (clause de réserve de propriété, fourniture d'un produit au sous-traitant, etc). Si c'est l'effet acquisitif de propriété inhérent à la chaîne qui importe, alors c'est l'intention de transférer la propriété qui devient l'élément phare, l'*animus transferendi* qu'avait dégagé M. Frédéric Zenati dans sa note sur l'arrêt *Besse*. Dans bien des situations, cet *animus transferendi* est dépassé par la réalité des transferts. C'est le cas d'une suite de plusieurs ventes, c'est le cas d'un fournisseur de produit à un entrepreneur qui s'incorpore dans l'ouvrage du maître, pour autant cependant que l'on adhère à la thèse de P. Puig, c'est le cas du bénéficiaire d'une donation, etc. Dans toutes ces hypothèses qui raisonnent à partir, mais au-delà, du modèle idéal constitué de deux ventes translatives de propriété, la jurisprudence a confirmé la vitalité des actions directes, dans ses décisions les plus récentes. Mais ces situations idéales ne peuvent faire oublier toutes les autres : une vente sous réserve de propriété suivie d'une vente de consommation, un vendeur de produit à un sous-traitant qui agit au profit de l'entrepreneur, l'effet acquisitif de propriété résultant d'un mécanisme d'accession dans une suite de contrats d'entreprise avec fourniture de matières dans la conception classique, etc. Dans toutes ces situations, un transfert de propriété se produit, de façon plus lâche, le contractant extrême est propriétaire, par transfert, par accession, par possession, par quelque justification que ce soit, comme il était contractuellement prévu que ce le soit. C'est donc bien l'intention de rendre ce contractant extrême propriétaire qui importe, au-delà de la réalisation de cette intention.

27. – Ce fondement *intuitu rei* ainsi adapté explique le domaine retenu pour les actions directes dans les contrats. En vérité, et comme bien des auteurs, il me faut reconnaître que ce fondement décrit le mécanisme plus qu'il ne l'explique, mais, en toute honnêteté, c'est le cas de tous les fondements proposés jusqu'ici. Celui-ci me paraît donc le plus explicatif et le plus exactement descriptif. Justifie-t-il pleinement le régime des actions directes ? Il justifie l'opposabilité des clauses limitatives de responsabilité au sous-acquéreur selon la formule des arrêts de 1986, reprise par l'arrêt du 22 mai 2002 « *le maître de l'ouvrage qui agit contre le sous-traitant exerce l'action que le vendeur intermédiaire lui a transmise avec la propriété de la chose livrée* ». Dès lors, l'autorité de l'arrêt du 6 février 2001, qui avait admis la transmission d'une clause compromissoire, sauf preuve de l'ignorance raisonnable du sous-acquéreur, doit être méditée. Imaginons en effet ces trois cas peu originaux. Le premier concerne un vendeur professionnel qui vend une chose à un revendeur, professionnel également, qui la revend à un consommateur, hypothèse de base de la distribution de masse moderne. Un vice gâche la vie du consommateur : peut-il exercer une action directe contre le fabricant ? Oui, répond-on rapidement, puisque l'hypothèse constitue le paradigme du développement des actions directes. Observons plus attentivement cependant. Si le sous-acquéreur exerce l'action de son auteur, il convient de vérifier que l'auteur pouvait agir. Or, l'acheteur professionnel est réputé déceler les vices de la chose, de sorte que le vice est vraisemblablement apparent : le revendeur n'aurait pas pu agir, le sous-acquéreur ne le peut davantage. On mesure alors ce que la formule tirée des arrêts de 1986 avait de pernicieux : le sous-acquéreur exerce l'action de son auteur. Et on préférera la formule originale ou celle de l'arrêt de 2002 : le sous-acquéreur exerce l'action transmise avec la chose – précisons désormais *transmise parce qu'il en était prévu contractuellement ainsi*. Dès lors, le sous-acquéreur exerce cette action en tant que tel, et non en tant que dépositaire inactif d'une action figée recueillie comme accessoire de la chose. Par conséquent, la décelabilité du vice s'appréciera en considération de la qualité du sous-acquéreur, exactement comme s'il s'était agi de vérifier si ce sous-acquéreur pouvait raisonnablement avoir connaissance d'une clause compromissoire ou d'une clause limitative de responsabilité. Deuxième exemple, exactement inverse : un vendeur occasionnel vend une chose à un acheteur occasionnel lequel la revend à un acheteur professionnel. Le vice, présent et indécélable pour l'acheteur occasionnel profitera-t-il au sous-acquéreur professionnel<sup>54</sup> ? Le même raisonnement permet d'adapter, au cas par cas, le mécanisme de la transmission de l'action en fonction de la situation personnelle des parties à l'instance et, sans doute, alors, de gommer les imperfections, nées des rigidités de raisonnements trop empreints de technique dans les

---

<sup>54</sup> V. aussi P. Puig, Faut-il supprimer l'action directe dans les contrats ?, art. cit ? sp. p. 940-941, pour la question voisine des restitutions à la suite d'une action directes réhabilitaire ou en résolution.

explications souvent proposées. Troisième hypothèse, une personne trouve un objet dans la rue et en devient propriétaire, par possession. Cet objet, une montre par exemple, fonctionne jusqu'au jour où le propriétaire subit un vice de la chose : peut-il engager une action directe contre le vendeur originaire de la chose alors qu'il peut l'identifier ? La réponse est évidemment négative parce que si la chose est bien devenue la propriété de son inventeur, ce n'est pas par l'effet d'une convention qui avait voulu qu'il en fût ainsi.

\*  
\* \*

28. – L'étude des actions directes dans les contrats demeure un mystère, comme le droit français sait les cultiver, les nourrir tout en les regrettant. Peut-être qu'un texte, dans le cadre d'une révision du Code civil, un article 1165-1 du Code civil, permettrait d'apaiser cette question qui a fait couler tant d'encre abondante depuis 1979 ? La sécurité juridique normalement attendue par le justiciable l'impose. Mais en même temps, et en référant aux quelques travers du juriste français plus haut brossés que nous devons bien avouer faire nôtres, quelle perte pour les arrêtiés et les essayistes cependant ! Et quelle perte pour le dédicataire de ces quelques lignes qui, grâce à son ouverture d'esprit, a très largement contribué à faire prospérer cette question jurisprudentielle et doctrinale majeure, parmi bien d'autres, par l'accueil réservé dans *La semaine juridique*, cultivant ainsi ce goût pour la dispute universitaire dans ce qu'elle a de plus à noble à offrir.

Montpellier, juin 2004

## SEANCE 9 : LE CONCOURS D' ACTIONS OFFERTES A L'ACHETEUR

### I. TEXTES LEGISLATIFS

- Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016.

### II. JURISPRUDENCE

#### Sur la garantie des vices cachés et la délivrance conforme (cf. séance 7)

##### Sur l'obligation d'information et de conseil :

- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 23 avril 1985, n° 83-17282.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1994, n°92-13377.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 94-16843.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2002, n° 99-15915.

##### Sur l'obligation de sécurité :

- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1984, n°83-11843, D. 1985.485, note J. HUET.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 22 janvier 1991, n° 89-11699.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 93-13075, D. 1995.350, note P. JOURDAIN.
- Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2000, n° 98-14581, C.C.C. 2000.158, obs. L. LEVENEUR.
- Cass. Com., 28 mai 2010, n° 08- 18545.

##### Sur le concours d'actions :

- Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 mars 2006, n° 04-20736.
- Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343, JCP 2008.II.10006, note L. WEILLER.

### III. DOCTRINE

##### Sur l'obligation d'information et de conseil :

- M. DE JUGLART, *L'obligation de renseignement*, RTD Civ. 1945, p.1.
- B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace, pour un devoir de non-renseignement*, RTD Civ. 1985.91.

##### Sur la garantie de conformité :

- J. CALAIS-AULOY, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité*, RTD Civ. 2005 p. 701.
- D. MAINGUY, *L'ordonnance du 17 février 2005 sur la garantie de conformité : aux regrets s'ajoutent les regrets*, Revue des Contrats, 01 juillet 2005 n° 3, p. 947.

### **Sur le concours d'actions :**

- J. CALAIS-AULOY, *Ne mélangeons pas conformité et sécurité*, D. 1993, chr. 130.
- O. SALVAT, *La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ?*, C.C.C., n°8, août 2006, étude 18.

### **Sur l'obligation de sécurité :**

- D. MAINGUY, *L'avenir de l'obligation de sécurité dans la vente*, Droit et Patrimoine, déc. 1998.68.

## **IV. EXERCICE**

- Résoudre le cas pratique.



## I. TEXTES LEGISLATIFS

### ➤ Textes modifiés suite à l'ordonnance du 10 février 2016 :

**Art. 1194 C. civ. (ex-art. 1135 C. civ.) :** Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

**Art. 1197 C. civ. (v. ex-art. 1137 C. civ.) :** L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

**Art. 1231-1 C. civ. (ex-art. 1147 C. civ.) :** Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

**Art. 1240 C. civ. (ex-art. 1382 C. civ.) :** Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

**Art. 1353 C. civ. (ex-art. 1315 C. civ.) :** Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

## II. JURISPRUDENCE

### Sur l'obligation d'information et de conseil :

#### ➤ Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 23 avril 1985, n° 83-17282.

SUR LE MOYEN UNIQUE, PRIS EN SES CINQ BRANCHES : ATTENDU, SELON LES ENONCIATIONS DES JUGES DU FOND, QUE LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS, SPECIALISEE DANS LA FABRICATION DES COULEURS EN VERNIS POUR ARTISTES PEINTRES, A CREE ET FABRIQUE LE PRODUIT DENOMME "BLANC RELIEF", VENDU SOUS TUBE NE COMPORTANT AUCUNE INDICATION D'EMPLOI ET QUI N'EST ACCOMPAGNE D'AUCUNE NOTICE PRECISANT DES PRECAUTIONS A PRENDRE POUR SON UTILISATION ;

QUE CE PRODUIT, DESTINE A PROCURER DES EFFETS D'EPaisseur ET DE RELIEF, SE PRESENTE SOUS L'ASPECT D'UNE PATE QUI PEUT ETRE TRAVAILLEE PENDANT TROIS OU QUATRE HEURES (DELAI DE SECHAGE) SUR LE SUPPORT, AVANT DE COMMENCER A PEINDRE ;

QUE M. Y..., ARTISTE PEINTRE EN RENOM, AYANT UTILISE LE "BLANC RELIEF", A RECU, AU COURS DE L'ANNEE 1979, DES RECLAMATIONS TANT DES GALERIES D'EXPOSITION QUE D'ACQUEREURS DE SES OEUVRES, SE PLAIGNANT DE LEUR DETERIORATION RESULTANT DU FAIT QUE LA PEINTURE S'ECAILLAIT PAR PLAQUES ET SE DETACHAIT DE LA TOILE ;

QUE M. Y..., INCRIMINANT L'USAGE DU "BLANC RELIEF", A, AU VU D'UN RAPPORT D'EXPERTISE ORDONNEE PAR LE JUGE DES REFERES, ASSIGNE LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS EN PAIEMENT DE LA SOMME DE 2.090.000 FRANCS, A TITRE DE DOMMAGES-INTERETS, EN REPARATION DU PREJUDICE QUI RESULTERAIT DE L'EMPLOI DU PRODUIT LITIGIEUX ;

QUE L'ARRET INFIRMATIF ATTAQUE A DECLARE LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS ENTIEREMENT RESPONSABLE DU DOMMAGE SUBI PAR M. Y..., AU MOTIF "QUE LE FABRICANT D'UN PRODUIT DOIT FOURNIR TOUS LES RENSEIGNEMENTS A SON USAGE (DE L'ARTISTE PEINTRE) ET NOTAMMENT, AVERTIR L'UTILISATEUR DE TOUTES LES PRECAUTIONS A PRENDRE LORSQUE LE PRODUIT EST SUSCEPTIBLE DE CAUSER UN DOMMAGE" ;

ATTENDU QUE LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL D'AVOIR AINSI STATUE SUR SA RESPONSABILITE, ALORS, DE PREMIERE PART, QUE LE FABRICANT NE PEUT ETRE TENU D'UNE OBLIGATION SPECIALE D'INFORMATION ENVERS L'UTILISATEUR QUE LORSQUE LE PRODUIT EST DANGEREUX, COMPLEXE OU D'EMPLOI DIFFICILE, SI BIEN QU'EN IMPOSANT, SELON LE MOYEN, UNE TELLE OBLIGATION AU FABRICANT D'UN PRODUIT SIMPLE, INOFFENSIF ET DONT ELLE RELEVE QUE LES CARACTERISTIQUES ETAIENT APPARENTES, LA JURIDICTION DU SECOND DEGRE N'A PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION AU REGARD DE L'ARTICLE 1135 DU CODE CIVIL ;

ALORS, DE DEUXIEME PART, QU'EN DECIDANT QUE LE FABRICANT D'UN PRODUIT, DONT LES CARACTERISTIQUES ETAIENT APPARENTES, ETAIT TENU D'UNE OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT ENVERS UN UTILISATEUR PROFESSIONNEL, SANS RECHERCHER SI CELUI-CI, PEINTRE CONNU ET EXPERIMENTE, NE DEVAIT PAS CONNAITRE LES CONDITIONS D'EMPLOI DE CE TYPE DE PRODUIT OU, A TOUT LE MOINS, ETRE ASSEZ AVISE POUR SE RENSEIGNER ET FAIRE DES ESSAIS, LA COUR D'APPEL AURAIT PRIVE SA DECISION DE BASE LEGALE AU REGARD DE L'ARTICLE 1135 DU CODE CIVIL ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'EN METTANT A LA CHARGE DU FABRICANT L'OBLIGATION D'INFORMER L'UTILISATEUR DU MODE D'EMPLOI D'UN PRODUIT SIMPLE, TOUT EN CONSTATANT QUE LE REVENDEUR SPECIALISE AVAIT ETE MIS PAR LE FABRICANT EN MESURE DE FOURNIR CES RENSEIGNEMENTS A SES CLIENTS, LA COUR D'APPEL A ENCORE PRIVE SA DECISION DE BASE LEGALE AU REGARD DE L'ARTICLE 1135 DU CODE CIVIL ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT MISE A LA CHARGE D'UN FABRICANT NE PEUT ETRE QU'UNE OBLIGATION DE MOYENS, SI BIEN QU'EN RETENANT LA RESPONSABILITE DE LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS POUR LE SEUL MOTIF QUE LE PRODUIT INCRIMINE AVAIT ETE VENDU A M. Y... SANS QUE LES RENSEIGNEMENTS DIFFUSES PAR ELLE NE SOIENT PORTES A SA CONNAISSANCE, LA JURIDICTION DU SECOND DEGRE AURAIT VIOLE L'ARTICLE 1137 DU CODE CIVIL ;

ALORS, ENFIN, QU'IL N'AURAIT PAS ETE REPONDU AUX CONCLUSIONS PAR LESQUELLES, EN SE FONDANT SUR LE RAPPORT D'EXPERTISE, LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS SOUTENAIT QUE LES DEGRADATIONS DE SES TOILES DONT SE PLAIGNAIT M. Y... ETAIENT DUES A LA TRANSGRESSION DES TECHNIQUES LES PLUS ELEMENTAIRES DE SON ART, CONSISTANT A AVOIR APPLIQUE UN PRODUIT MAIGRE SUR UN SUPPORT GRAS, UN PRODUIT RIGIDE SUR UN SUPPORT SOUPLE, ET A AVOIR DESTABILISE LE PRODUIT EN NE LAISSANT PAS SECHER LA SOUS-COUCHE ET EN EMPLOYANT LA TECHNIQUE DU JUS DE PEINTURE TRES LIQUIDE ;

MAIS ATTENDU, EN PREMIER LIEU, QUE LA JURIDICTION DU SECOND DEGRE RETIENT QUE LES CARACTERISTIQUES DU "BLANC RELIEF", TENANT A SA CONSISTANCE PARTICULIERE ET A SA RELATIVE MATITE, CONSIDEREES PAR L'EXPERT X... APPARENTES, NE POUVAIENT POUR QUI NE CONNAISSAIT PAS LA COMPOSITION EXACTE DU PRODUIT -QUI ETAIT PARTICULIEREMENT COMPLEXE-, EXONERER LA SOCIETE LEFRANC-BOURGEOIS DE SA RESPONSABILITE, CES CARACTERISTIQUES NE POUVANT, A ELLES SEULES, CONDUIRE L'UTILISATEUR A DEVINER LES PRECAUTIONS A PRENDRE DANS L'EMPLOI DU PRODUIT ;  
QUE SA DECISION EST AINSI LEGALEMENT JUSTIFIEE SUR CE POINT ;

ATTENDU, EN DEUXIEME LIEU, QU'ELLE ENONCE QUE LES DONS ET QUALITES MANIFESTES PAR UN ARTISTE PEINTRE N'IMPLIQUENT PAS NECESSAIREMENT SA COMPETENCE ET SA TECHNICITE LORSQU'IL S'AGIT DE LA COMPOSITION DES PRODUITS QUE LES FABRICANTS METTENT A SA DISPOSITION ;

QUE CETTE APPRECIATION SOUVERAINE, RELATIVE AU CARACTERE NON PROFESSIONNEL DE L'UTILISATEUR, LA DISPENSAIT DE RECHERCHER S'IL AURAIT DU SE RENSEIGNER OU PROCEDER A DES ESSAIS ;

ATTENDU, EN TROISIEME LIEU, QUE L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT INCOMBE AUSSI BIEN AU FABRICANT QU'AU REVENDEUR SPECIALISE ;  
QU'IL NE PEUT DONC ETRE REPROCHE A LA COUR D'APPEL DE N'AVOIR TIRE AUCUNE CONSEQUENCE DU FAIT QUE LE REVENDEUR AVAIT ETE MIS EN MESURE DE FOURNIR LES RENSEIGNEMENTS, DES LORS QU'IL N'AVAIT PAS ETE ATTRAIT DANS LA CAUSE ;

ATTENDU, EN QUATRIEME LIEU, QUE SI L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT EST UNE OBLIGATION DE MOYENS, LE DEFAUT D'INFORMATION SUR LES CONDITIONS D'EMPLOI DU PRODUIT ET LES PRECAUTIONS A PRENDRE, PRIVE L'UTILISATEUR DU MOYEN D'EN FAIRE UN USAGE CORRECT, CONFORME A SA DESTINATION ;

QUE L'ARRET ATTAQUE N'A DONC PAS VIOLE L'ARTICLE 1137 DU CODE CIVIL EN IMPOSANT CETTE OBLIGATION, QUI NE TEND PAS A GARANTIR LE RESULTAT RECHERCHE ;

ATTENDU, ENFIN, QUE LA JURIDICTION DU SECOND DEGRE A REPONDU AUX CONCLUSIONS INVOQUEES EN RETENANT QUE LES CARACTERISTIQUES DU "BLANC RELIEF", TENANT A SA CONSISTANCE PARTICULIERE ET A SA RELATIVE MATITE NE POUVAIENT, A ELLES SEULES, CONDUIRE L'UTILISATEUR A DEVINER LES PRECAUTIONS A PRENDRE DANS L'EMPLOI DU PRODUIT ;

D'OU IL SUIVIT QUE LE MOYEN NE PEUT ETRE ACCUEILLI EN AUCUNE DE SES BRANCHES ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI

➤ **Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1994, n° 92-13377.**

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société Royal Sluis fait grief à l'arrêt attaqué (Orléans, 5 février 1992) de l'avoir déclarée responsable, à l'égard de M. X..., agriculteur à qui elle avait vendu des graines de cerfeuil tubéreux dont les semis n'avaient pas donné les résultats attendus, et d'avoir plus spécialement retenu à sa charge un manquement à son obligation de conseil, s'agissant d'un produit nouveau ; qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir, à tort, décidé que, bien qu'agriculteur, l'acquéreur ne pouvait pas être considéré comme un professionnel, alors qu'en toute hypothèse le vendeur avait exécuté ses obligations en informant l'acheteur professionnel des caractéristiques du produit vendu, sans être tenu de lui expliquer des procédés d'utilisation usuels et non spécifiques à ce produit, et alors que le dommage avait pour seule origine la négligence de l'acquéreur, seul apte à juger de sa propre compétence, et donc tenu de se renseigner auprès du vendeur si les indications de la notice accompagnant le produit lui paraissaient insuffisantes ;

Mais attendu qu'appréciant souverainement le degré de connaissances que pouvait avoir en l'espèce l'acquéreur compte tenu de son expérience réduite de la culture du cerfeuil tubéreux, la cour d'appel a justement décidé que la société Royal Sluis, vendeur d'un produit très récemment commercialisé, avait l'obligation de donner à l'utilisateur tous renseignements utiles pour sa mise en oeuvre ; qu'ayant constaté qu'en l'espèce, les lacunes de la notice transmise à M. X... ne permettaient pas à cet utilisateur, bien qu'il fût agriculteur, de connaître les conditions précises exigées pour une germination correcte des graines dans les conditions d'utilisation envisagées, les juges du second degré en ont exactement déduit que la société Royal Sluis avait manqué à son obligation d'information envers l'acquéreur ; qu'ils ont ainsi

légalement justifié leur décision et que le moyen ne peut donc être accueilli en aucun de ses griefs ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 94-16843.**

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que, le groupement agricole d'exploitation en commun de Sainte-Marguerite (le GAEC), qui a acheté en 1987 à la société Irrivert (la société) un pivot d'arrosage, dont trois travées se sont effondrées au mois de mai 1990, fait grief à l'arrêt attaqué (Toulouse, 10 mai 1994) de l'avoir débouté de sa demande en résolution du contrat de vente, alors, selon le moyen, que, d'une part, tout vendeur d'un matériel doit, afin que la vente soit conclue en connaissance de cause, s'informer des besoins de son acheteur et informer ensuite celui-ci des contraintes techniques de la chose vendue et de son aptitude à atteindre le but recherché, et qu'en refusant dès lors de retenir que la société avait manqué à son devoir de mise en garde en n'avertissant pas le GAEC, au moment de la vente, que la trop forte salinité de l'eau risquait à terme d'endommager l'installation, la cour d'appel a violé les articles 1147, 1604 et 1184 du Code civil ; alors que, d'autre part, aux termes de l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978, dans les contrats de vente conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1er de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, (devenu l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi du 1er février 1995) la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ; que la clause incluse dans les conditions générales du contrat de vente rédigé par la société, selon laquelle les devis ne comportant pas l'analyse de la composition chimique du sol et des eaux, celle-ci ne peut encourir aucune responsabilité directe ou indirecte en cas de corrosion due à l'un quelconque de ces facteurs, est abusive en tant qu'elle a pour effet de faire échec à la responsabilité de cette société à raison de la violation de son obligation de mise en garde contre la salinité de l'eau, et qu'en déclarant cependant cette clause opposable au GAEC, dont elle a relevé la qualité de simple consommateur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu, d'abord, que, compte tenu des termes de la clause critiquée, la cour d'appel a pu juger qu'il appartenait au GAEC de prendre toutes les précautions indispensables pour, le cas échéant, se prémunir contre la salinité de l'eau, et qu'il ne peut être reproché à la société Irrivert d'avoir manqué à son devoir de conseil ;

Et attendu, ensuite, que si la cour d'appel énonce, par un motif erroné, que le GAEC peut être considéré comme un simple consommateur pour, d'ailleurs, ensuite retenir que la clause litigieuse n'était pas abusive, le contrat avait un rapport direct avec l'activité professionnelle de l'acheteur ; que, dès lors, il échappe à l'application tant du décret n° 74-464 du 24 mars 1978 que de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ;

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

Et, sur le second moyen : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi.

➤ **Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2002, n° 99-15915.**

Attendu que la société Delta Armor protection a procédé à l'installation d'un système de vidéo-surveillance dans les locaux de la société Braff ; qu'elle a assigné la société Braff en paiement du solde de cette installation, tandis que cette société a formé reconventionnellement une demande en paiement de dommages et intérêts ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches ;

Attendu que la société Braff fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Rennes, 18 mars 1999) de l'avoir déboutée de sa demande, alors, selon le moyen :

1° que le vendeur d'un matériel qui est tenu d'une obligation de conseil à l'égard de l'acheteur, doit s'assurer que l'installation du matériel est compatible avec la réglementation en vigueur ; qu'en affirmant que le devoir du vendeur se limitait à sa compétence technique, sans tenir compte de ce que la pose de caméras dans la cafétaria de l'entreprise était interdite par les dispositions légales du Code du travail, la cour d'appel a violé l'article 1135 du Code civil ;

2° que la fourniture d'un matériel inutilisable au regard de la réglementation en vigueur était génératrice d'un préjudice indemnisable ;

Mais attendu que la cour d'appel a, d'une part, relevé que le devoir de conseil de la société Delta Armor protection s'inscrivait nécessairement dans son domaine de compétence technique, que d'autre part, elle a souverainement retenu que la société Braff ne justifiait d'aucun préjudice ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen : (Publication sans intérêt) ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

**Sur l'obligation de sécurité :**

➤ **Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1984, n°83-11843**

SUR LE MOYEN UNIQUE, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU, SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE, QU'A LA SUITE D'UNE DEFAILLANCE DU SYSTEME DE FREINAGE DE SON TRACTEUR AU MOMENT OU IL TIRAIT DES GRUMES, M X... A ETE GRAVEMENT BLESSE PAR LE CABLE DE TRACTION ;

QU'IL A ASSIGNE LA VENDERESSE DE CET ENGIN, LA SOCIETE TIMBERMAT, EN REPARATION DE SON PREJUDICE SUR LE FONDEMENT D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE DE SECURITE" QU'ELLE LUI AURAIT DUE ;

QUE LA COUR D'APPEL L'A DEBOUTE DE SA DEMANDE ;

ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR AINSI STATUE, AUX MOTIFS QUE M X... AVAIT UN POUVOIR D'AGIR SUR LE TRACTEUR TEL QUE LA SOCIETE VENDERESSE NE POUVAIT ETRE TENUE QUE D'UNE OBLIGATION DE SECURITE DE MOYENS", QU'IL AVAIT DONC LA CHARGE D'APPORTER LA PREUVE D'UNE FAUTE DE LA SOCIETE TIMBERMAT ;

QU'A CET EGARD, S'IL EST CERTAIN QUE L'ACCIDENT A ETE LA CONSEQUENCE D'UNE DEFAILLANCE DU SYSTEME DE FREINAGE, CELLE-CI ETAIT DUE A LA PRESENCE, DANS LE Y..., DE POUSSIERES D'ORIGINE ET DE NATURE INDETERMINEE, ALORS QUE, D'UNE PART, SELON LE

MOYEN, LE VENDEUR PROFESSIONNEL EST TENU D'UNE OBLIGATION DE RESULTAT A L'EGARD DE L'ACQUEREUR ;

QU'EN N'EXIGEANT PAS DE LA SOCIETE TIMBERMAT D'APPORTER LA PREUVE QUE LA DEFAILLANCE DU SYSTEME DE FREINAGE PROVENAIT D'UNE CAUSE ETRANGERE QUI NE POUVAIT LUI ETRE IMPUTEE, LA COUR D'APPEL A VIOLE LES ARTICLES 1147, 1645 ET 1315 DU CODE CIVIL ;

ALORS QUE D'AUTRE PART, LA COUR D'APPEL N'AURAIT PAS DONNE DE BASE LEGALE A SA DECISION AU REGARD DE L'ARTICLE 1147 DU CODE CIVIL EN SE BORNANT A RELEVER QUE LA NATURE ET L'ORIGINE DE CES POUSSIERES ETAIENT INDETERMINEES POUR ECARTER LA RESPONSABILITE DU VENDEUR SANS EXCLURE QU'IL SOIT POSSIBLE QUE DES POUSSIERES SE FUSSENT TRAMEES A L'INTERIEUR DU Z... DE FREINAGE, EN RAISON D'UN VICE DE CONSTRUCTION, M X... FAISANT LUI-MEME VALOIR QUE LE CIRCUIT DE FREINAGE ETAIT HERMETIQUE ET LA COUR D'APPEL CONSTANT QUE LE SYSTEME DE FREINAGE PRESENTAIT "UNE ETANCHEITE PARFAITE" ;

MAIS ATTENDU QUE D'UNE PART, QUE LES JUGES DU FOND ONT RETENU A JUSTE TITRE QUE LE VENDEUR PROFESSIONNEL N'ETAIT PAS TENU D'UNE OBLIGATION DE RESULTAT QUANT AUX DOMMAGES CAUSES PAR LA CHOSE VENDUE A L'ACQUEREUR ;

QUE C'EST SANS INVERSER LA CHARGE DE LA PREUVE QU'ILS ONT ESTIME QUE M X... N'A PAS APORTE LA PREUVE DE L'EXISTENCE D'UNE FAUTE A L'EGARD DE SON VENDEUR ;

QUE, D'AUTRE PART, LA COUR D'APPEL A SOUVERAINEMENT ESTIME NE PAS ETRE EN MESURE DE DIRE A QUEL MOMENT LA POUSSIERE AVAIT PENETRE A L'INTERIEUR DU Y... ;

QU'EN DEDUISANT DE CETTE ENONCIATION QUE LA RESPONSABILITE DE LA SOCIETE TIMBERMAT NE POUVAIT ETRE MISE EN CAUSE, ELLE A LEGALEMENT JUSTIFIE SA DECISION AU REGARD DES ARTICLES INVOQUES DANS LA SECONDE BRANCHE DU MOYEN ;

QUE LE MOYEN N'EST DONC FONDE EN AUCUNE DE SES DEUX BRANCHES ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 13 JANVIER 1983 PAR LA COUR D'APPEL DE RIOM ;

➤ **Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 22 janvier 1991, n° 89-11699.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 décembre 1988), que Mlle X... a fait usage à quatre reprises d'une crème dite " exfoliante " qu'elle avait achetée dans une boutique de la société Trebel Parfums et dont le fabricant et le vendeur intermédiaire étaient les sociétés Clinique Laboratoire et Estée Lauder ; que ces applications ont provoqué des troubles cutanés auxquels n'a pu mettre fin qu'un traitement médical qui a entraîné une dégradation importante de l'état de santé de Mlle X..., et que celle-ci a demandé réparation de ce préjudice aux trois sociétés susnommées, en se fondant à la fois sur les règles de la responsabilité délictuelle ainsi que sur la garantie des vices cachés et le " défaut de conformité " de la chose vendue ; que c'est sur ce dernier fondement que la cour d'appel a déclaré sa demande recevable, mais qu'elle l'a rejetée au double motif qu'il n'était pas établi que la crème contenue dans le pot vendu à Mlle X... ait présenté une altération quelconque par rapport à sa composition normale, et que Mlle X... ayant, selon les experts, été victime d'une réaction allergique au menthol, composant habituellement anodin, ni le fabricant ni les vendeurs ne pouvaient être condamnés à la garantir des conséquences de ce phénomène individuel absolument imprévisible ;

Attendu que Mlle X... fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen, que le fabricant, le distributeur et le vendeur de produits non médicamenteux applicables sur le corps humain sont tenus d'une obligation de sécurité qui est une obligation de résultat ;

Mais attendu que si le fabricant et le vendeur de certains produits d'usage courant spécialement destinés aux soins ou au confort du corps humain sont tenus d'une obligation de sécurité, celle-ci se limite à la délivrance de produits qui, employés dans des conditions conformes aux recommandations des fournisseurs, ne présentent normalement pour leurs utilisateurs aucun caractère dangereux ; que cette obligation ne comporte pas une garantie de plein droit de tous les dommages pouvant résulter de l'usage de ces produits ; que la cour d'appel ayant constaté que l'affection dont a souffert Mlle X... n'était pas liée à des caractéristiques dangereuses ou à un vice du produit de beauté litigieux, mais à des caractères propres à la personne qui l'a utilisé la décision attaquée est légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi

➤ **Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 93-13075.**

Attendu qu'il n'y a pas lieu de mettre hors de cause les époux Y..... à qui le pourvoi incident de la société Armand Colin et Bourrelier fait grief et qui ont eux-mêmes formé un pourvoi ; qu'il échet en revanche de mettre hors de cause la société Etablissements Lafoly frères et Gilles X... qui n'est pas concernée par la demande ;

Attendu selon l'arrêt attaqué que la jeune X..., alors âgée de 4 ans, a été blessée à l'oeil droit le 25 septembre 1984 en jouant dans la cour de l'école privée de Saint-Vincent-sur-Oust (Mayenne) avec un cerceau en matière plastique faisant partie d'un lot habituellement utilisé dans l'établissement pour les exercices de psychomotricité ; que ce cerceau avait été vendu à l'école par la société Lafoly et de Lamarzelle, qui les avait elle-même commandés à la société Armand Colin et Bourrelier au cours de l'année 1982 ; que cette dernière société avait fait fabriquer ce type de cerceau d'abord par la société Omniplast, puis par la société PlanetWattohm, qui avait absorbé celle-ci, ces cerceaux figurant sur ses catalogues sous la rubrique " matériel pour mouvements et rythmes " ; qu'un jugement d'un tribunal de grande instance a déclaré l'école et la société Armand Colin et Bourrelier, responsables in solidum, et condamné celles-ci à payer certaines sommes aux parents, administrateurs légaux des biens de leur fille ; qu'il a mis la société Lafoly et de Lamarzelle et la société Wattohm hors de cause ; que l'arrêt a confirmé le jugement en ce qui concerne les condamnations prononcées, ainsi que la mise hors de cause de la société Lafoly et de Lamarzelle ; que, le réformant pour le surplus, il a débouté les époux Y..... et la société Armand Colin et Bourrelier des demandes qu'ils avaient formées contre l'école et la mutuelle Saint-Christophe, son assureur, et condamné la société PlanetWattohm, devenue depuis Wattohm SA, à garantir la société Armand Colin et Bourrelier des condamnations prononcées contre elle ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident et provoqué de la société Armand Colin et Bourrelier :

Attendu que la société Armand Colin et Bourrelier reproche à l'arrêt de l'avoir déclarée responsable des conséquences de l'accident dont a été victime la jeune X..., lié au vice de fabrication que représentait le cerceau litigieux, alors selon le moyen que la société, distributeur du cerceau, qui avait obtenu l'agrément du Centre national de documentation

pédagogique lors de la commercialisation de ce produit, ce que constate l'arrêt, ne pouvait être considérée comme ayant commis un manquement pour n'avoir pas procédé à un examen technique approfondi, dès lors que le vice affectant le cerceau, imputable au seul fabricant, n'était pas apparent et qu'il n'était pas soumis à des normes entrées en vigueur ultérieurement ; que dès lors, l'arrêt n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a entaché sa décision d'une violation de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; qu'il en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur ; que la cour d'appel qui retient souverainement que les cerceaux présentaient, en raison du principe même de leur conception, un risque d'accident, a par ce seul motif légalement justifié sa décision et que le moyen est inopérant ;

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

Sur le second moyen du pourvoi principal de la société PlanetWattohm SA :

Attendu que la société PlanetWattohm fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à garantir la société Armand Colin et Bourrelier des condamnations prononcées contre elle, alors, selon le moyen, que sur le fondement de l'article 1251.3° du Code civil, le codébiteur in solidum n'a de recours contre son coobligé que pour la part de ce dernier ; que si les deux codébiteurs sont fautifs, la contribution définitive à la dette de réparation se fait en fonction de la gravité de leurs fautes respectives ; que dès lors, en l'espèce, en condamnant la société PlanetWattohm à garantir intégralement la société Armand Colin et Bourrelier des condamnations mises à sa charge, tout en relevant que la société Armand Colin et Bourrelier avait commis une faute en relation de causalité avec le dommage subi par la victime, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé ;

Mais attendu que la cour d'appel a retenu que le vice du cerceau, cause du dommage subi par X..., était entièrement imputable à la société PlanetWattohm, qui a seule conçu et fabriqué ce produit ; qu'elle en a exactement déduit que tenue de vendre à la société Armand Colin et Bourrelier des cerceaux exempts de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens, elle devait la garantir de la totalité des condamnations prononcées contre elle en réparation du dommage ainsi causé à X... ; que le moyen n'est donc pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de la société PlanetWattohm, le second moyen du pourvoi incident et provoqué de la société Armand Colin et Bourrelier, et le moyen unique du pourvoi provoqué des époux Y..... :

Vu les articles 1135 et 1147 du Code civil ;

Attendu 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 ;



Attendu que pour écarter la responsabilité de l'école de Saint-Vincent-sur-Oust, l'arrêt énonce qu'il n'est pas démontré que l'accident ait été la conséquence d'une faute commise par cet établissement dans l'exécution de ses obligations contractuelles ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Met hors de cause les Etablissements Lafoly frères et Gilles X... ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté les époux Y..... et la société Armand Colin et Bourrelier des demandes qu'ils ont formées contre l'école Saint-Vincent-sur-Oust et contre la mutuelle Saint-Christophe, l'arrêt rendu le 29 janvier 1993, 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. Civ, 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2000, n° 98-14581.**

Sur le pourvoi formé par :

1 / la compagnie Aig Europe, société anonyme, anciennement dénommée Unat, venant aux droits et obligations de la compagnie New Hampshire insurancecompany, dont le siège est Tour American international, Cedex 46, 92079 Paris La Défense 2,

2 / la société Fischer, dont le siège est ...,

en cassation d'un arrêt rendu le 1er avril 1998 par la cour d'appel de Reims (chambre civile, 1<sup>re</sup> section), au profit :

1 / de Mme Michèle X..., épouse Y..., demeurant ...,

2 / de la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de l'Aube, dont le siège est ...,

3 / de la société Europa Discount, dont le siège est ...,

défenderesses à la cassation ;

Mme Y... a formé un pourvoi provoqué contre le même arrêt ;

Les demanderesses au pourvoi principal invoquent, à l'appui de leur recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi provoqué invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

LA COUR, composée selon l'article L. 131-6, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 10 mai 2000, où étaient présents : M. Lemontey, président, M. Sempère, conseiller rapporteur, M. Renard-Payen, conseiller, M. Gaunet, avocat général, Mme Aydalot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Sempère, conseiller, les observations de la SCP Nicolay et de Lanouvelle, avocat de la compagnie Aig Europe et de la société Fischer, de la SCP Boré, Xavier et Boré, avocat de Mme Y..., les conclusions de M. Gaunet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que Mme Y... a été victime, le 6 septembre 1991, de l'explosion d'une bouteille de panaché vendue par la société Europa Discount et fabriquée par la société Fischer assurée auprès de la compagnie Aig Europe ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que la société Fischer et la compagnie Aig Europe font grief à l'arrêt d'avoir déclaré fondée l'action en responsabilité délictuelle exercée par Mme Y... à l'encontre de la société Fischer, fabricant de la bouteille et de son assureur, alors que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant, en réparation du préjudice causé par un vice de la chose vendue est nécessairement contractuelle, comme transmise accessoirement à la chose ;

Mais attendu que l'action exercée par la victime d'un produit défectueux contre le fabricant de ce produit, fût-elle une action en responsabilité contractuelle, n'est pas l'action en garantie des vices cachés ; que le moyen est inopérant ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi provoqué :

Vu l'article 1648 du Code civil ;

Attendu que pour déclarer irrecevable l'action intentée par Mme Y... à l'encontre du vendeur du produit défectueux l'arrêt retient que cette action n'a pas été intentée dans un bref délai ;

Qu'en statuant ainsi alors que l'action en responsabilité exercée par la victime d'un produit défectueux contre le vendeur professionnel n'est pas l'action en garantie des vices cachés mais une action en responsabilité du fait d'un produit défectueux, la cour d'appel a violé, par fautive application, le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais uniquement en ce que l'arrêt a déclaré irrecevable la demande de Michèle Y... à l'encontre de la société Europa Discount, l'arrêt rendu le 1er avril 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; 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 Nancy ;

➤ **Cass. Com., 28 mai 2010, n° 08- 18545.**

Donne acte à la société Acte IARD du désistement de son pourvoi en tant que dirigé contre la société Stow international et la société Stow France ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Acte IARD que sur le pourvoi incident relevé par la société Francheville matériaux ;

Sur le moyen unique des pourvois principal et incident, rédigés en termes identiques, pris en leurs deux premières branches, réunis :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 11 juin 2008), que la société Francheville matériaux (la société FM) a passé commande à la société Etax de matériels de stockage dont une partie a été fabriquée par la société Stow International et commercialisée en France par la société Stow France ; qu'après leur installation, la chute des matériels de stockage lors d'opérations de manutention a provoqué la mort d'un salarié de la société FM ; qu'un jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale a retenu la faute inexcusable de la société FM et l'a condamnée à verser diverses sommes aux ayants droit de la victime ; que la société Acte IARD, subrogée dans les droits de son assurée, la société FM, au titre des indemnités versées, et cette dernière ont assigné en paiement de dommages-intérêts la société Etax ; que la société La Suisse, aux

droits de laquelle vient la société Swisslife assurances de biens, est intervenue volontairement à l'instance en sa qualité d'assureur de la société Ettax ;

Attendu que la société FM et la société Acte IARD font grief à l'arrêt d'avoir déclaré cette dernière irrecevable en son action récursoire à l'encontre du fournisseur desdits matériels au titre du défaut de sécurité du produit et d'avoir mis cet acheteur hors de cause, alors, selon le moyen :

1°/ que le fournisseur ou le vendeur non producteur commet, en fournissant un produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans des circonstances normalement prévisibles, une faute délictuelle à l'égard du tiers blessé ou tué à raison de l'utilisation dudit produit ; qu'en retenant néanmoins que le régime de la responsabilité délictuelle de droit commun ne pourrait être invoqué dans un tel cas contre le fournisseur, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 1382 du code civil ;

2°/ que l'assureur avait fait valoir qu'il résultait des conclusions de l'expert judiciaire que la société Ettax avait commis une faute engageant sa responsabilité civile délictuelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil ; que la faute de la société Ettax était caractérisée par le fait qu'elle avait livré un matériel défectueux ; qu'en l'état de cette contestation, prise d'une faute du fournisseur tenant à la livraison d'un matériel défectueux, la cour d'appel, qui a retenu que l'assureur n'aurait pas allégué ni établi une faute du fournisseur distincte du défaut de sécurité, a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu que le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux exclut l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de droit commun fondés sur le défaut d'un produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, à l'exception de la responsabilité pour faute et de la garantie des vices cachés ; qu'ayant relevé, d'abord, que la société Ettax n'était que le fournisseur du matériel litigieux et non son fabricant, puis, que la société Acte IARD et la société FM connaissaient l'identité du producteur, et enfin, que celles-ci n'établissaient aucune faute distincte du défaut de sécurité du produit, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturer les conclusions qui lui étaient soumises, que l'action en responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1382 du code civil était irrecevable à l'encontre de la société Ettax par application des articles 1386-1 et suivants du code civil ; 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 les pourvois principal et incident ;

**Sur le concours d'actions :**

➤ **Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 mars 2006, n° 04-20736.**

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Vu l'article 1641 du Code civil ;

Attendu que le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 29 octobre 2004), que le Gaec du X... Frémur, aux droits duquel se trouve l'Earl du X... Frémur (l'Earl), a acquis six caissons de traitement d'air de la société Carrier afin de filtrer l'air de son élevage porcin ; qu'invoquant leur corrosion et leur manque d'étanchéité permettant la pénétration de particules porteuses de germes pathogènes, le Gaec du X... Frémur a demandé la condamnation de la société Carrier sur le fondement d'un manquement à son obligation de délivrance ; que la société Carrier a appelé en garantie la société Camfil qui avait validé la conception des installations ;

Attendu que pour accueillir la demande de l'Earl, l'arrêt retient que les centrales litigieuses étaient installées dans un élevage porcin situé dans une zone sensible à l'air marin avec comme objectif d'empêcher la pénétration de particules porteuses de germes pathogènes, que cet objectif n'avait pas été atteint et qu'il y avait violation de l'obligation de délivrance prévue par les articles 1603 et suivants du Code civil ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la chose fournie n'était pas conforme à l'usage auquel elle était destinée, ce dont il résultait qu'elle était atteinte d'un vice caché, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal, ni sur le pourvoi incident de la société Camfil :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 octobre 2004, 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 Rennes, autrement composée ;

➤ **Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343.**

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Denis X..., domicilié ... (Aide juridictionnelle totale, admission du 1er décembre 2005).

contre l'arrêt rendu le 17 mars 2005 par la cour d'appel de Caen (1re chambre, section civile et commerciale), dans le litige l'opposant à la société Carteret automobiles, dont le siège est ..., défenderesse à la cassation ;

La première chambre civile a, par arrêt du 14 juin 2007, décidé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière.

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Choucro, Gadiou et Chevallier, avocat de M. X... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de la société Carteret automobiles ;

Le rapport écrit de M. Loriferne, conseiller, et l'avis écrit de M. de Gouttes, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 7 décembre 2007, où étaient présents : M. Lamanda, premier président, MM. Cotte, Weber, Mmes Favre, Collomp, MM. Bargue, Gillet, présidents, M. Loriferne, conseiller rapporteur, MM. Joly, Peyrat, Mme Garnier, MM. Mazars, Pluyette, Gallet, Mme Morin, MM. Garban, Potocki, Linden, Bayet, conseillers, M. de Gouttes, premier avocat général, Mme Tardi, directeur de greffe ;

Sur le rapport de M. Loriferne, conseiller, assisté de Mme Norguin, greffier en chef au service de documentation et d'études, les observations de la SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, de la SCP Boré et Salve de Bruneton, l'avis de M. de Gouttes, premier avocat général, auquel les parties invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen pris en sa première branche :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 17 mars 2005), qu'ayant acquis, le 22 février 2003, un véhicule d'occasion vendu par la société Carteret automobiles avec une garantie conventionnelle de trois mois, M. X... a assigné son vendeur, le 20 août 2003, en réclamant le coût d'une remise en état du véhicule, la réduction du prix de vente, et des dommages-intérêts ; que, débouté de ses demandes, il s'est prévalu devant la cour d'appel de l'application de la garantie contractuelle et de l'existence d'un vice caché ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en réduction du prix de vente du véhicule, alors, selon le moyen, que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ; qu'en la présente espèce, où M. X... fondait sa demande en réduction du prix de vente sur le fait que le véhicule était censé être en parfait état lors de la vente puisque le contrôle technique ne faisait apparaître aucun défaut, le prix fixé étant en outre nettement supérieur à la cote Argus, ce qui impliquait un véhicule en excellent état, de sorte qu'il pouvait s'attendre à rouler sans aucune difficulté pendant un certain temps, ce qui n'avait pas été le cas, des travaux ayant été nécessaires dans le cadre de la garantie contractuelle de trois mois, la cour d'appel se devait de rechercher si son action n'était pas plutôt fondée sur le manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule d'occasion en excellent état général plutôt que sur la garantie des vices cachés de l'article 1641 du code civil ; qu'en le déboutant de sa demande en réduction du prix au motif que la circonstance que la pompe à eau et le radiateur aient été changés au titre de la garantie conventionnelle et que les remplacements de joints se soient avérés nécessaires pendant la même période ne suffisait pas à établir l'existence de vices cachés antérieurs à la vente, sans rechercher si les doléances de l'acquéreur ne devaient pas plutôt s'analyser en un défaut de conformité, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 12 du nouveau code de procédure civile, 1603 et 1604 du code civil ;

Mais attendu que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui

n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Et attendu que les autres griefs ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

### III. DOCTRINE

**O. SALVAT, *La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ?*, C.C.C., n°8, août 2006, étude 18.**

1. - Suivant l'article L. 211-13 du Code de la consommation, l'action donnée à l'acheteur-consommateur de biens mobiliers corporels à l'encontre du vendeur professionnel ne prive pas celui-là du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires ou toute autre action contractuelle ou extra contractuelle qui lui est reconnue par la loi. Quand la non-conformité constitue aussi un vice caché, parce qu'en l'occurrence le défaut répond à la définition de l'article 1641 du Code civil, le consommateur conserve la possibilité de se placer sous le régime attaché à cette disposition. En revanche, le libellé de l'article L. 211-13 du Code de la consommation est beaucoup moins net relativement au concours d'actions susceptible d'apparaître entre la nouvelle « *garantie de conformité* » et l'obligation de délivrance conforme, telle que la jurisprudence l'a dégagée du Code civil (C. civ., art. 1243, 1603 et 1610). C'est sur l'état de cette seconde question que nous voudrions tenter de faire le point.

Après avoir circonscrit le champ de l'éventuel concours d'actions, puis précisé l'enjeu de l'option susceptible d'être accordée au consommateur, victime d'un défaut de conformité, nous chercherons à établir dans quelle mesure cet acheteur peut imposer à son vendeur les solutions du droit commun de l'inexécution contractuelle.

#### 1. Le domaine du concours d'actions

2. - Afin d'identifier les situations où la question du choix pourrait se poser, il faut se reporter à la notion de conformité retenue par l'ordonnance du 17 février 2005<sup>Note 1</sup>. L'obligation de délivrance conforme n'englobe pas le défaut total de délivrance (a), et pas non plus l'insuffisance quantitative de la délivrance réalisée (b)<sup>Note 2</sup>.

a) S'agissant de l'inexécution pure et simple du contrat par complète absence de délivrance, elle est étrangère à la législation en cause : l'article 3 de la directive n° 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation<sup>Note 3</sup>, qui traite des droits du consommateur, énonce qu'à son égard, le vendeur répond de tout « *défait de conformité* » qui existe « *lors de la délivrance du bien* » (disposition à laquelle fait écho l'article L. 211-4 du Code de la consommation posant que le vendeur « *répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance* »).

b) Quant à la livraison partielle (au sens quantitatif du terme), elle n'entre pas davantage dans les prévisions du texte, les critères de la conformité (Dir. n° 1999/44/CE, art. 2) se rapportant à la qualité du bien (*cf. d*), à ses caractéristiques (*cf. d*) ou qualités (*cf. a*), ainsi qu'à l'usage (*normal, c ; spécial, b*). Et la définition que donne l'article L. 211-5 de la conformité au contrat se réfère à l'usage du bien (1° *in limine* et 2°), à sa description, à ses qualités ou aux caractéristiques convenues.

Il a été parlé, à propos de ces deux hypothèses, de « désordres [qui] risquent de passer à travers les mailles du filet »<sup>Note 4</sup>. Y-a-t-il véritablement là des lacunes à regretter ? Plus concrètement, était-il besoin, dans les deux situations en cause, de protéger les consommateurs de toute l'Union européenne, d'une manière uniforme ?

En ce qui concerne la première hypothèse, celle du défaut de délivrance, elle s'analyse en une inexécution patente du contrat ; le fait que la vente porte sur des biens de consommation n'entraîne aucune particularité qui conduirait à déroger au droit commun du contrat. La question d'une éventuelle harmonisation des règles applicables à l'inexécution de l'obligation de délivrance relève d'un futur droit européen du contrat. Le problème ici évoqué est celui, étroit et précis, posé par le mauvais fonctionnement ou la non-conformité à la commande de la marchandise dont l'acheteur a pris livraison (étant reconnu que la spécificité de la question est née du contenu des garanties conventionnelles - telles qu'elles ont été conçues par les gros fabricants de biens durables - lesquelles infléchissent les solutions pratiques pour mauvaise exécution du contrat).

La seconde hypothèse, celle du défaut partiel de délivrance, suscite davantage l'hésitation, car alors de quoi s'agit-il ? On a une chose de genre qui a été vendue en un certain nombre d'exemplaires à un même client lors d'une même commande, lequel ne reçoit pas délivrance de la totalité du lot acquis. Est-ce qu'il est en droit de refuser l'ensemble de la commande ou ne peut-il qu'agir en exécution forcée ou en réparation de son préjudice<sup>Note 5</sup> ? La première solution n'a d'intérêt pour l'acheteur que s'il n'est pas tenu de s'adresser au juge, et peut déclarer unilatéralement le contrat résolu. C'est sous cette condition que la possibilité de résoudre le contrat apparaît comme la solution la plus adéquate. Et encore faut-il que l'ensemble commandé ait été véritablement considéré comme indissociable dans l'esprit de l'acheteur (auquel il appartiendrait de démontrer ce fait). Or, dans le silence du contrat sur ce point, ce serait à la justice de trancher le désaccord des parties sur le caractère dissociable ou non de la commande. Mais à ce moment-là, la porte du prétoire étant franchie, l'autorité judiciaire retrouverait la haute main sur le sort de la convention. Et si la demande de résolution était rejetée, le juge aurait vocation à accueillir la demande d'exécution forcée<sup>Note 6</sup> ou celle en réparation du préjudice.

Finalement, comme une faculté de résiliation unilatérale, aux mains de l'acheteur, semblerait constituer la solution la plus appropriée et qu'une telle mesure n'est reconnue que par certaines législations, il est à regretter que la directive n'ait pas pourvu pour l'hypothèse d'exécution partielle. L'évolution engagée par la jurisprudence française nous rapprochant - mais dans des conditions encore incertaines<sup>Note 7</sup> - des États qui admettent le droit à résolution unilatérale pour inexécution de l'obligation principale n'est, à cet égard, qu'un pis-aller.

3. - Il reste à se demander si relève du domaine de la « garantie de conformité » le manquement contractuel provenant de la livraison d'une chose dont la nature est entièrement différente de celle qui avait été commandée<sup>Note 8</sup>. La directive permettait de viser cette situation par application de son article 2 (a), dès lors que pour être présumé conforme, le bien livré devait correspondre « à la description donnée par le vendeur » ; on imagine mal que la convention de vente d'un objet mobilier corporel, conclue sur la base de conditions générales de vente reproduites dans le formulaire qui a servi d'*instrumentum* au contrat, n'ait pas mentionné la nature précise du bien. Par voie de conséquence, la livraison d'un bien d'une autre nature entrerait nécessairement dans le champ de la directive. Mais l'article L. 211-5 est plus ambigu, étant donné qu'il dispose que, pour être conforme au contrat, le bien doit être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, *le cas échéant*, « correspondre à la description donnée par le vendeur » ; il va beaucoup moins de soi alors que la seule mention de la nature du bien s'analyse en une « description » faite par le vendeur...

4. - Seules relèvent finalement de la conformité, au sens des nouveaux textes, les situations où le consommateur reçoit un bien dont les qualités sont inférieures ou les caractéristiques incomplètement fidèles à ses attentes, qu'elles soient fondées sur l'usage normal du bien en cause ou sur les stipulations de la convention. Mais nous laisserons évidemment de côté les situations où la non conformité proviendrait d'un *vice caché* (cf. *supra* n° 1)<sup>Note 9</sup>.

Dans le cas de la vente par échantillon, il ne fait pas de doute que la délivrance d'un objet différent du modèle présente s'analyse à la fois comme un manquement à la « garantie de conformité » et comme une violation de l'obligation de délivrance relevant du droit commun de l'exécution contractuelle. Ce même concours d'actions intéresse aussi les hypothèses énoncées au deuxième alinéa de l'article L. 211-4 du Code de la consommation (à savoir, les « défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité »), dès lors que les situations visées peuvent se rattacher à des obligations spécialement souscrites accessoirement au contrat principal (vente ou éventuellement louage d'ouvrage subissant l'assimilation posée à l'article L. 211-1, alinéa 1, *in fine*<sup>Note 10</sup>).

L'existence de situations ouvrant la possibilité d'un concours d'actions étant acquise, il importe d'en énoncer les enjeux. C'est, en effet, uniquement si l'acheteur victime d'un « défaut de conformité », au sens de l'article L. 211-4 du Code de la consommation, peut avoir avantage à plaider l'inexécution contractuelle sur le fondement des articles 1147 ou 1184 du Code civil, que la question du libre choix des sanctions présente un intérêt juridique pratique.

## 2. Les avantages de l'option pour l'acquéreur

5. - Le premier intérêt, pour l'acquéreur, à se placer sur le terrain du droit commun de l'inexécution contractuelle est d'échapper ainsi au délai de deux ans de l'article L. 211-12 du Code de la consommation...<sup>Note 11</sup> mais cela uniquement dans le cas où il n'aurait pas été en mesure de formuler une réserve lors de la délivrance<sup>Note 12</sup>. Le second intérêt tient à la médiocrité des avantages retirés par le consommateur du nouveau texte, comme suffit à le montrer un bref récapitulatif du système mis en place.

6. - Les articles L. 211-9 et suivants établissent la hiérarchie que voici : l'intéressé est normalement tenu de choisir uniquement entre la réparation ou le remplacement de l'objet défectueux ; mais l'exercice de cette option n'est prévu que sous la réserve du coût disproportionné pour le vendeur de la mesure retenue, eu égard à la valeur du bien ou (et ?) de l'importance du défaut. Un auteur a pu en conclure que, mis à part une disparité de coût forte et flagrante dictant la solution, le choix serait opéré par le vendeur ; et ce serait éventuellement au consommateur de contester la rectitude de la mesure proposée, en tentant de démontrer que l'autre solution n'était pas d'un coût disproportionné à celle appliquée<sup>Note 13</sup>.

En principe, c'est seulement si la réparation ou le remplacement se révèlent impossibles que l'acheteur est autorisé à réclamer la diminution du prix ou la résolution du contrat. En outre, ces possibilités subsidiaires s'offrent au consommateur du seul fait que la réparation ou le remplacement n'ont pu être effectués dans le mois de la réclamation de l'acheteur. Cela force donc le vendeur à une grande célérité, s'il ne veut pas se trouver contraint à rendre une partie ou la totalité du prix. Enfin, l'article L. 211-10 permet d'imposer au vendeur la résolution du contrat ou la diminution du prix, lorsque la réparation ou le remplacement entraînerait un « *inconvenient majeur* » pour l'acheteur, en considération de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche<sup>Note 14</sup>.

Précisons, ensuite, que l'acheteur n'est pas tenu de dénoncer le défaut de conformité dans les jours qui suivent la vente pour conserver le bénéfice des dispositions du Code de la



consommation ; il n'existe pas dans l'ordonnance de 2005 de règle présumant l'agrément, en l'absence de réclamation formulée dans une courte période suivant la délivrance<sup>Note 15</sup>.

Cela étant posé, le consommateur peut-il effectivement choisir entre l'action fondée sur la nouvelle garantie, dite de conformité, et le droit commun de l'exécution de l'obligation de délivrance conforme ?

### 3. Les solutions applicables

7. - Pour répondre à la question de la reconnaissance ou du refus de l'option, il faut, selon nous, distinguer : le consommateur a-t-il protesté de la « non-conformité » lors de la délivrance ? Si oui, réclame-t-il l'exécution forcée de l'obligation ou la résolution du contrat ?

8. - Dans l'hypothèse où le défaut dont se plaint l'acheteur constituerait un vice apparent (C. civ., art. 1642)<sup>Note 16</sup>, l'intéressé semblerait pouvoir écarter les solutions du Code de la consommation pour agir sur le fondement du droit commun de l'inexécution contractuelle. En vertu de l'article L. 211-13 de ce code, l'acheteur ne se trouve pas privé « *de toute autre action de nature contractuelle (...) qui lui est reconnue par la loi* ». Cependant une telle action se trouvera, en droit français, fermée par l'acceptation de la chose résultant de l'absence de réclamation prompte de l'acquéreur. En l'état de la jurisprudence, l'acheteur n'est pas autorisé à se prévaloir d'une inexécution de l'obligation de délivrance quand il n'a émis aucune réserve à la livraison alors qu'il était en mesure de le faire<sup>Note 17</sup>.

9. - Supposons, à présent, que l'acheteur-consommateur ait protesté auprès du vendeur immédiatement après la livraison. Au regard du droit commun de l'inexécution contractuelle, il a préservé ses droits à contester la délivrance conforme. Pourtant cet acheteur-consommateur peut-il éviter le régime établi par l'ordonnance du 17 février 2005 ? En ce qui concerne une éventuelle exécution forcée, les seuls procédés pratiquement concevables seraient l'échange du bien ou sa réparation<sup>Note 18</sup>, autrement dit les solutions offertes par l'article L. 211-9 du Code de la consommation. Or, on est loin ici des prévisions de l'article 1184 du Code civil dont l'application ne serait envisageable que si le consommateur se plaignait d'une véritable absence de délivrance. C'est le propre des nouvelles dispositions de mettre sur pied des « remèdes » tendant à apporter une satisfaction matérielle (sans appel à la justice à ce stade), pour le cas de délivrance d'un bien ne correspondant pas aux données explicites ou implicites de la commande. Le recours à l'article 1184 du Code civil afin de contourner le délai de deux ans serait foncièrement artificieux et ne devrait pas être permis à l'acheteur.

10. - Au contraire, l'option nous paraît plus sérieusement envisageable au cas où l'acquéreur voudrait faire résoudre le contrat. Il convient d'examiner de près cette situation.

L'inexécution étant incontestable, le droit commun de la résolution ne semble pas pouvoir être éliminé de prime abord. Il n'en reste pas moins que le large pouvoir d'appréciation du juge qui lui est consubstantiel s'opposerait à ce que l'acheteur-consommateur trouve dans l'article 1184 du Code civil le moyen imparable de passer outre au système hiérarchisé instauré par les articles L. 211-9 et L. 211-10 du Code de la consommation. Mieux (ou pis), la demande en résolution risquerait de se traduire par l'octroi d'un délai au vendeur afin de réparer le bien, ou même de l'échanger, si le défendeur démontre le caractère non irrémédiable du défaut...

Il est vrai qu'une doctrine éminente considère que la résolution mentionnée à l'article L. 211-10 du Code de la consommation n'aurait pas un caractère judiciaire<sup>Note 19</sup>. Mais une telle faculté unilatérale ne résulte pas des termes de l'ordonnance de 2005. Plus précisément, l'article L. 211-10 du Code de la consommation contient un dernier alinéa suivant lequel « *La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur* ». C'est bien l'application du principe de la résolution judiciaire établi par l'article 1184 du Code

civil. Si le vendeur et l'acheteur ne s'accordent pas pour anéantir leur contrat, le recours au juge s'impose, sauf clause résolutoire improbable en ce cas.

Il y a cependant une difficulté réelle, c'est celle de la fidélité de la transposition intervenue. Car l'article 3, point 5, de la directive de 1999 prévoit que « *le consommateur peut exiger (...) la résolution du contrat* » (vocabulaire qui ne saurait s'adresser au juge) dans les circonstances énoncées ensuite, tandis que l'article 6 du même texte déclare que « *le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur* ». Il est peu douteux que le législateur européen ait envisagé ici la décision unilatérale du consommateur... Cette solution de la directive s'inscrit, du reste, dans la logique des « remèdes » établis par la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (art. 49), texte dont on sait qu'il a inspiré la rédaction de la législation communautaire en cause<sup>Note 20</sup>.

La résolution judiciaire est-elle permise par la directive communautaire ? Nous pencherions pour l'affirmative, sur le fondement du préambule explicatif du texte lui-même, dont le quinzième considérant précise que « les modalités de résolution du contrat peuvent être fixées par le droit national »<sup>Note 21</sup>.

11. - La seule situation où l'option entre le droit commun de la délivrance et la « garantie de conformité » soit parfaitement permise concerne les dommages-intérêts contractuels, à titre principal ou réclamés additionnellement à une demande en résolution. L'article L. 211-11 du Code de la consommation ne nous semblant pas sujet à une interprétation restrictive, c'est par là que l'acheteur pourrait tenter de contourner les contraintes qui lui impose la règle de l'article L. 211-9. La portée du système instauré par cette dernière disposition se trouverait alors réduite, mais le seraient aussi les conventions relatives à la garantie, dite « commerciale », même « mises aux nouvelles normes »... de l'ordonnance du 17 février 2005<sup>Note 22</sup>.

---

Note 1 Ord. n° 2005-136, 17 févr. 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : Journal Officiel 18 Février 2005. - V. notamment G. Paisant, *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties de la vente de biens de consommation : Contrats, conc. consom. 2005, étude 8*.

Note 2 Comp. O. Tournafond, Défauts, qualités et vices du nouveau régime de garantie dans la vente de biens de consommation : de l'uniformisation européenne à la diversification nationale : RDC 2005, p. 921, n° 8.

Note 3 PE et Cons. UE, dir. n° 1999/44/CE, 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : JOCE n° L 171, 7 juill. 1999, p. 12.

Note 4 O. Tournafond, La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs : D. 2005, p. 1557.

Note 5 Et non, car nous ne sommes pas entre commerçants, agir en réfaction (Cass. 3e civ., 29 janv. 2003, n° 01-02.759 FS P + B : Juris-Data n° 2003-017493 ; Bull. civ. 2003, III, n° 23 ; Defrénois, art. 27767, n° 53, obs. E. Savaux) ; mais dans d'assez nombreux cas, les dommages-intérêts aboutiront à un résultat voisin de celui obtenu par la réduction directe du prix.

Note 6 L'une des divergences existant en matière de contrats au sein des législations de l'Union européenne tient à la nécessité dans certains droits et pas dans d'autres d'une mise en demeure préalable à l'assignation en exécution forcée, outre l'ingénieux mécanisme allemand de la *nachfrist* dont se sont inspirées les conventions internationales sur la vente.

Note 7 Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662 F-P : Juris-Data n° 2003-020640 ; Bull. civ. 2003, I, n° 211 ; RDC 2004. 273, obs. L. Aynès et 277, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2004, II, 10108, note C. Lachize ; Contrats, conc. consom. 2004, comm. 4, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2004, art. 37894, n° 24, obs. R. Libchaber. Cf. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 2e éd., n° 891.

Note 8 Pour la mise à l'écart de la garantie de conformité au cas de différence flagrante entre le bien promis et celui délivré, O. Tournafond : RDC 2005, *op. cit.*, n° 7.

Note 9 Notons toutefois qu'un acquéreur, débouté de sa demande pour dépassement du délai de deux ans de l'article L. 211-12 du Code de la consommation, serait en mesure, si la découverte du défaut avait été tardive de modifier sa demande en appel sur le fondement de l'article 465 NCPC. Pour que leurs clients soient « gardés » d'éventuelles déconvenues, les avocats engageant une action sur le fondement des articles L. 211-1s. du Code de la consommation, devraient compléter la demande principale en résolution du contrat par une demande additionnelle fondée sur la garantie des vices cachés ; l'article 70 NCPC serait respecté, dans la mesure où serait

choisie la voie de l'action rédhibitoire, éventuellement associée à la réclamation de dommages-intérêts (C. civ., art. 1645).

Note 10 « contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire », même dans le cas où les matériaux ont été remis par le client, puisque l'article L. 211-8 précise que « l'acheteur » (!) ne peut contester la conformité « lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis ». Sur l'historique de cette règle posée à l'article 1 (4) de la directive, V. J. Raynard : RTD civ. 2000, p. 441.

Note 12 V. Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 04-11.903 FS-P+B : Juris-Data n° 2006-031791 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 78, note L. Leveneur.

Note 13 D. Mainguy, *op. cit.*, n° 7.

Note 14 L'exclusion de la résolution au cas de défaut de conformité mineur (C. consom., art. L. 211-10, in fine) ne nous intéresse pas, puisque seul un manquement grave justifie la résolution sur le fondement de l'article 1184 du Code civil.

Note 15 Le délai de déchéance de deux mois donné pour informer le vendeur du défaut, règle que la directive autorisait les États à introduire dans leur législation, avait pour point de départ la date où la non-conformité avait été constatée par l'acheteur. Cela combiné à la présomption de préexistence du défaut de conformité apparu dans les six mois de la délivrance, prouve que le législateur communautaire n'a d'aucune façon envisagé un système de décharge du vendeur, faute de dénonciation lors de la délivrance. Car un régime de cet ordre n'a de sens que dans l'hypothèse de vices apparents, alors que la directive communautaire du 25 mai 1999 procède d'une conception moniste des obligations du vendeur, lequel doit livrer une chose conforme ; elle couvre indistinctement le vice, caché ou apparent, comme la stricte non-conformité aux spécifications de la commande.

Non seulement, l'action offerte aux États par l'article 5 (3) de la directive n'a pas été retenue par le législateur français, mais il apparaîtrait contraire à la logique du texte communautaire d'autoriser le juge à débouter l'acheteur sollicitant l'application des dispositions du Code de la consommation, parce que l'intéressé serait censé avoir accepté un bien dont le défaut de conformité était apparent à la délivrance, dès lors qu'il n'en a pas avisé immédiatement le vendeur (un auteur est plus dubitatif : cf. O. Tournafond : D. 2006, *op. cit.*, n° 15).

Note 16 J. Calais-Auloy, Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité : RTD civ. 2005, p. 701, « (le) nouveau droit de la garantie n'exige pas que le défaut de conformité soit encore caché lors de la délivrance du bien », p. 706.

Note 17 Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-19.725 F-D : Juris-Data n° 2005-029522 ; Bull. civ. 2005, I, n° 333 ; LPA, 20 mars 2006, p. 4, note G. Pignare.

Note 18 Une injonction faite au vendeur de laisser son cocontractant prendre livraison n'est concevable que dans l'hypothèse de manquement total à l'obligation de délivrance, hypothèse étrangère au domaine de la « responsabilité pour défaut de conformité » des articles L. 211-1 s. du Code de la consommation. Et l'on a vu (*supra* n° 2) que l'exécution partielle - à titre purement quantitatif - n'entraîne pas plus dans les prévisions de la directive de 1999 que dans les termes de l'ordonnance de 2005. Au surplus, l'article L. 211-4 du Code de la consommation fait peser sur le vendeur le risque de « défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation, lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité ». Sur les difficultés soulevées par la clause dite « Ikea », V. D. Mainguy, L'ordonnance du 17 févr. 2005 sur la garantie de conformité : aux regrets s'ajoutent les regrets : RDC 2005, p. 947 s., n° 6.

Note 19 D. Mainguy, Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur : JCP E 2005, 630, n° 7 ; comp. P.-Y. Gautier, Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules : RDC 2005, p. 925, n° 10.

Note 20 J. Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 702.

Note 21 Si l'on devait imaginer que l'ordonnance de transposition se trouve en contradiction avec le texte communautaire, il n'appartiendrait pas pourtant au juge français de corriger le travail législatif. L'ordonnance du 17 février 2005 a valeur de loi depuis sa ratification par le Parlement de la République (L. n° 2006-406, 5 avr. 2006 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : Journal Officiel 6 Avril 2006). Il faudrait une condamnation prononcée par la Cour de Luxembourg pour que les juridictions françaises soient en situation d'écarter la règle posée à l'article L. 211-10.

Note 22 Il faut néanmoins réserver la situation où la convention prévoirait, au profit de l'acheteur, une « garantie » conventionnelle nettement plus avantageuse quant à son contenu que ce qu'organise la garantie nouvelle de conformité. Gageons cependant que cette hypothèse ne se réalisera normalement qu'au prix fort (soit celui-même de l'article vendu, soit plus probablement - sauf objet de luxe - au travers d'un surplus de « garantie » payant). Il est à noter, enfin, que si l'offre de garantie supplémentaire, acceptée par l'acheteur, émane du fabricant dont le vendeur ne fait que transmettre la proposition, elle n'ajoute, ni ne retranche rien, en droit strict, au régime du Code de la consommation issu des articles L. 211-1 s.

Note 11 Sa durée est décomptée du jour de la délivrance du bien. La doctrine n'a pas manqué de relever que le délai de deux ans de l'article 1648 du Code civil, dans la rédaction issue de l'ordonnance du 17 février 2005,

partait du jour de la découverte du vice, ce qui rend le second régime plus favorable au demandeur (J. Calais-Anloy, Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité : RTD civ. 2006, p. 708).

#### IV. EXERCICE

Marc Houalle est chef d'une entreprise spécialisée dans le conditionnement et l'emballage de fromages qui connaît une forte croissance. Il décide d'investir afin d'accroître son rendement et son volume de travail. Il passe d'abord commande auprès de la société « Ginsu 3000 » d'un laser de découpage haute précision. Le contrat stipule une clause limitative de garantie aux termes de laquelle « *la garantie du fabricant se limitera au remplacement de ou des pièce(s) défectueuse(s) à l'exclusion de tout autre frais* ». Au moment de la livraison, Marc Houalle signe un document sur lequel est marqué en gras « *acceptation sans réserve* ». La société mandate un ingénieur qui lui explique le fonctionnement de la machine et les règles de sécurité à respecter.

Il commande également une empaqueteuse auprès de la société « Emboîte ». Celle-ci présente la particularité de résister durablement à un usage prolongé dans une atmosphère froide. Le contrat stipule également une clause limitative de garantie aux termes de laquelle « *la garantie du fabricant se limitera au remplacement de ou des pièce(s) défectueuse(s) à l'exclusion de tout autre frais* ». La société la lui livre et l'installe. Marc connaît bien ce type de machine puisque la précédente avait été achetée auprès du même fabricant tout comme la toute première, achetée par son père au début des années 70.

Il décide également de traiter directement une partie de la livraison de ses colis, emploie à cet effet un livreur et s'équipe d'un fourgon « Portnawak » de la marque « Citronopipeau ». Le commercial lui fait en outre une offre intéressante pour l'achat d'une voiture familiale neuve en stock qu'il accepte en se disant qu'il a bien mérité de se faire plaisir. Il récupère la voiture quelques jours plus tard.

Après deux mois d'un usage intensif, le laser montre des signes de faiblesse tenant à une précision qui s'amenuise et à une forte chaleur qui s'en dégage. Marc Houalle en informe la société « Ginsu 3000 » qui lui envoie alors une notice plus détaillée concernant l'utilisation du laser et mandate un ingénieur qui le met en garde contre un usage anormal de la chose. Un mois passe, et le laser vient à exploser causant la mort de deux ouvriers et de nombreuses blessures à trois autres. L'atelier est partiellement détruit. Comme un malheur n'arrive jamais seul, l'empaqueteuse s'emballe et détruit une cinquantaine de colis dont la valeur avoisine 50 000 euros.

Tandis qu'il regagne enfin son domicile, sa nouvelle voiture se met violemment à accélérer et il lui est momentanément impossible de rétrograder. Il parvient cependant à s'arrêter après avoir mis bon nombre de vies en danger. Il prend alors son téléphone et vous contacte pour un rendez-vous urgent afin d'être informé de ses éventuels recours pour l'ensemble de ses problèmes.

**SEANCE 10 : CORRECTION DU PARTIEL**