

Recueil Dalloz 2007 p. 2966

Droit des contrats

octobre 2006 - septembre 2007

Soraya Amrani Mekki, Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre

Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

D'octobre 2006 à septembre 2007 la jurisprudence a été fructueuse en matière de formation des contrats. Elle a principalement été l'occasion de brouiller un peu plus les divisions théoriques entre processus de consentement et contenu du contrat. Les interactions entre consentement, objet et cause sont légion et rappellent que si le droit est l'art de distinguer, la pratique du droit est l'art de combiner.

Elle poursuit son oeuvre de restauration de la force obligatoire du contrat, tant à l'égard du juge auquel il est expressément interdit d'utiliser la bonne foi à des fins de révision judiciaire du contrat, qu'à l'égard des parties, soumises à la loi, parfois rude, de l'exécution forcée en nature, tandis que la violation d'une obligation de ne pas faire est sanctionnée par des dommages et intérêts, même en l'absence de préjudice.

Sur d'autres points, la Cour de cassation confirme et prolonge des évolutions jurisprudentielles déjà relevées dans le Panorama 2006. Ainsi, pour la première fois, l'exécution forcée d'un pacte de préférence débouche sur la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur. Quant à la jurisprudence *Chronopost*, sa portée est étendue.

I - La formation du contrat

A - Le processus d'échange des consentements

1 - L'existence du consentement

La vente à l'agréage : oui ou non, gouttons voir si le vin est bon...

Goûter avant d'acheter : cette règle, peu praticable dans les achats de tous les jours, est d'usage dans certains milieux d'affaires, spécialement pour les spiritueux. L'arrêt du 21 novembre 2006 de la première Chambre civile de la Cour de cassation nous en offre une dégustation (**Civ. 1re, 21 nov. 2006, n° 04-16.271**, D. 2007. AJ. 83 ; CCC, mars 2007, n° 66, obs. L. Leveneur).

Un contrat est conclu entre deux sociétés ayant pour objet 95 000 bouteilles de vin du Médoc. L'acheteur, qui les destinait à la commercialisation dans la grande distribution, a goûté le vin alors qu'il était encore en fût. Après la mise en bouteille, l'acheteur conteste la formation du contrat en raison d'un dépôt de tartre sur les bouteilles qui rendait impossible leur revente en grande surface. L'expert désigné a expliqué que ce dépôt était dû à une mise en bouteille trop précoce du vin qui, si elle n'en altérait pas les qualités gustatives, en interdisait la commercialisation dans la grande distribution. Goûté alors qu'il était encore en fût, la question est de savoir s'il aurait dû l'être de nouveau une fois mis en bouteille. La Cour d'appel de

Bordeaux a répondu par l'affirmative par un arrêt du 27 avril 2004 (D. 2005. Jur. 155, note J.-M. Bahans et M. Menjuq). Considérant que c'était ajouté à la lettre de l'article 1587 du code civil, la Cour de cassation casse l'arrêt aux motifs que « *l'accord sur la chose et sur le prix intervenu en matière de vin, après que celui-ci a été goûté et agréé valait vente, peu important que le vin ait été commandé en vrac ou en bouteille* ».

L'article 1587 du code civil dispose qu'« *à l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtés et agréés* ». Ce tempérament à la formation instantanée du contrat lors de l'échange des consentements explique que la jurisprudence se livre habituellement à une interprétation restrictive. La sécurité juridique des transactions est à ce prix. En multipliant les étapes dans la constitution du consentement, la cour d'appel avait introduit une dose d'insécurité inacceptable à ce stade du processus contractuel.

La Cour de cassation rectifie l'erreur ici commise par la cour d'appel qui semble avoir confondu l'agrégé à l'échantillon qui forme la vente et l'agrégé du vin mis en bouteille qui sert à en vérifier la conformité avec l'échantillon et qui relève de l'exécution du contrat (sur cette distinction, J.-M. Bahans et M. Menjuq note préc.). Sur ce terrain, l'action aurait été couronnée de succès car le critère du défaut de conformité est le non-respect des stipulations contractuelles (V. par ex., Civ. 1re, 17 juin 1997, Bull. civ. I, n° 206 ; RTD com. 1998. 400, obs. B. Bouloc ; à noter que l'option existe entre le fondement de l'erreur et celui du défaut de conformité, Civ. 3e, 25 mars 2003, JCP 2003. I. 170, n° 6 s., obs. Y.-M. Serinet). Or, la vente à la grande distribution semble expressément visée par le contrat. La résolution et les dommages et intérêts étaient alors envisageables.

Pour replacer la question au stade de la formation du contrat, il aurait été possible, également, d'invoquer l'erreur sur la substance en établissant ce qui constitue la qualité substantielle sans laquelle le contrat n'aurait pas été conclu. Les qualités gustatives sont conservées mais les qualités attendues du vin renvoient aussi à leur possible commercialisation, déterminante du consentement. Même analysée comme un motif distinct de l'objet du contrat, cette qualité a fait l'objet d'une clause expresse et est nécessairement entrée dans le champ contractuel (Civ. 1re, 13 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 31 ; RTD civ. 2001. 352, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2001. I. 330, n° 5 s., obs. J. Rochfeld ; dans le même sens, Civ. 3e, 24 avr. 2003, Bull. civ. III, n° 82 ; D. 2004. Jur. 450, note S. Chassagnard ; RTD civ. 2003. 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 723, obs. P.-Y. Gautier ; JCP 2003. II. 10135, note R. Wintgen). La cause, ensuite, aurait enfin pu être invoquée. Quel intérêt peut avoir pour un acheteur de vin d'avoir des bouteilles qu'il ne peut commercialiser ? Le succès de ce fondement est cependant moins probable car il supposerait de consacrer une conception subjective de la cause définie comme tout motif entré dans le champ contractuel (V. sur cette question, T. com. Basse Terre, 17 mars 1993, D. 1993. Jur. 449, note P. Diener ; RTD civ. 1994. 95, obs. J. Mestre).

Reste que ces différents fondements ne pouvaient être traités par la Cour de cassation car le pourvoi portait exclusivement sur l'existence du consentement. Quant à l'introduction d'une nouvelle action en justice, elle serait bridée par la nouvelle conception de l'autorité de chose jugée. Depuis un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006 (D. 2006. Jur. 2135, note L. Weiller ; RD imm. 2006. 500, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2006. 825, obs. R. Perrot ; Dr. et patr., févr. 2007, obs. S. Amrani Mekki ; JCP 2006. I. 183, obs. S. Amrani-Mekki ; Procédures 2006, n° 10, p. 10, obs. R. Perrot), l'objet absorbe la cause qui n'est plus une condition distincte de l'autorité de chose jugée. Aussi, si une partie demande la même chose, peu importe que le fondement change. Qu'il s'agisse de l'existence du consentement, de l'erreur ou de la cause, tous ces fondements visent à effacer le contrat rétroactivement. Quant au fondement du défaut de conformité, la résolution ayant un effet rétroactif, elle aura concrètement les mêmes effets. La jurisprudence apprécie l'objet largement en ayant égard à la finalité économique et sociale de l'action (Civ. 1re, 8 mars 2005, Bull. civ. I, n° 113 ; AJDI 2005. 502 : « *une action en nullité et en inopposabilité d'un même acte tendent tous deux à le voir déclarer sans effets, en sorte qu'il existe une identité d'objet entre le deux actions et l'autorité de la chose jugée attachée à la première fait obstacle à la recevabilité de la seconde* » ; V. au contraire pour une action en résolution suivie

d'une action en responsabilité précontractuelle, Civ. 2e, 14 sept. 2006, Bull. civ. II, n° 221 ; D. 2006. IR. 2344 ; Rev. huissiers 2006. 23, obs. E. Putman). L'avocat aurait été inspiré de multiplier les subsidiaires !

L'erreur-obstacle : quand l'inexcusable chasse l'erreur-obstacle

L'erreur-obstacle est généralement analysée comme une absence de consentement. Elle se distingue de l'erreur vice du consentement qui renvoie à la qualité de celui-ci (V. égal. sur le fondement de l'absence de consentement, Paris, 30 nov. 2006, JCP 2007. II. 10069, note H. Kenfack : l'illettrisme permet d'annuler une promesse de vente conclue alors que la partie pensait conclure un pacte de préférence). Sa qualification est cependant délicate comme le révèle l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 4 juillet 2007 (**Civ. 3e, 4 juill. 2007, n° 06-15.881**, D. 2007. AJ. 2102 ; RLDC, sept. 2007, n° 2647).

Un marchand de biens vend en 2003 un immeuble à une SCI pour le prix de 457 347 euros, prix indiqué à la fois sur la promesse de vente datant de juillet 2003 et sur l'acte notarié établi un mois plus tard. Le vendeur demande par la suite la nullité du contrat invoquant une « *erreur sur le prix résultant d'une conversion erronée du prix de francs en euros* » réalisée par la secrétaire notariale. Les juges du fond donnent gain de cause au marchand de biens sur le fondement de l'erreur vice du consentement en considérant que l'erreur commise est excusable. Si la Cour de cassation confirme le fondement de l'erreur sur la substance, elle juge l'erreur inexcusable car « *tous les actes portaient le prix identique de 457 347 euros et (alors qu')il entre dans la compétence d'un marchand de biens, professionnel de la vente, de savoir déterminer et contrôler la conversion d'un prix négocié en francs, en euros, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

L'erreur commise à l'occasion d'une conversion n'est pas un cas isolé (V. par ex. Com. 22 nov. 2005, inédit, n° 04-10.434) : « (...) M. X..., homme d'affaires habitué à des opérations boursières, ne pouvait sérieusement soutenir avoir commis une erreur sur le libellé de la monnaie entre francs et euros », mais son fondement reste délicat. Il est difficile de la qualifier d'erreur sur les qualités substantielles car elle est purement matérielle et réside dans une mauvaise conversion des francs en euros. Elle s'apparente bien plus à une erreur-obstacle, *error in corpore* sur l'identité de la chose.

Il est vrai que, sur cette question, les arrêts ne sont pas toujours d'une grande clarté (V. not. Com. 14 janv. 1969 « *que cette erreur portant sur la substance même de la prestation promise par la blanchisserie à sa cocontractante, savoir l'unité monétaire employée pour mesurer le prix, le tribunal a pu décider que le consentement (de ladite blanchisserie) a été vicié à sa base par une erreur fondamentale* », RTD civ. 1969. 556, obs. Y. Loussouarn ; D. 1970. Jur. 458, note A. Pédamon). Pourtant, la conversion erronée est à l'origine d'une vente portant sur un prix sur lequel les parties n'ont pu se mettre d'accord (comp. Orléans, 13 mai 2004, RTD civ. 2005. 589, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCE 2004, n° 144, obs. P. Stoffel-Munck ; JCP E 2005. 1060, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière : « *Que force est de constater qu'il n'y a pas eu d'échange de consentement sur la prestation monétaire, l'acheteur entendant donner 10 979 francs et le vendeur recevoir 10 979 euros pour le même produit ; que les deux parties ne se sont donc pas entendues sur le prix, de sorte que le contrat de vente ne s'est pas formé* »), en sorte que l'erreur-obstacle aurait pu être envisagée (V. aussi pour une simple erreur typographique, TGI Pau, 7 janv. 1982, JCP 1983. II. 19999, note Coïret).

En refusant, en l'espèce, de consacrer au profit du fondement de l'erreur sur la substance, la Cour de cassation pourrait renforcer l'idée selon laquelle l'erreur-obstacle ne serait pas foncièrement différente de l'erreur vice du consentement (en ce sens, C. Larroumet, *Les obligations. Le contrat, 1re partie Conditions de formation*, Economica, 2007, n° 321 s., p. 285 s.).

Surtout, concrètement, la qualification d'erreur sur la substance permet de sanctionner le caractère grossier du comportement du vendeur. Un minimum de vérification lui aurait, en l'espèce, permis de rectifier cette erreur purement matérielle (comp., Civ. 1re, 4 juill. 1995,

D. 1997. Jur. 206, note A.-M. Luciani, et 1996. Somm. 11, obs. G. Paisant ; RTD com. 1996. 315, obs. B. Bouloc : à propos d'une erreur d'étiquetage à l'origine d'un prix insuffisant mais qui ne peut être qualifié de prix dérisoire). Or, le fondement de l'erreur-obstacle aurait entraîné l'exclusion de toute erreur inexcusable (en ce sens, TGI Paris, 26 juin 1979, D. 1980. IR. 263, obs. J. Ghestin ; V. égal., F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 223, p. 231). D'une certaine manière, pour pouvoir invoquer le caractère inexcusable de l'erreur, il fallait échapper au fondement de l'erreur-obstacle. Autrement dit, l'inexcusable a chassé, en amont, l'erreur-obstacle.

Le caractère inexcusable de l'erreur est en outre apprécié de manière particulièrement rigoureuse par la Cour de cassation afin d'assurer la sécurité des transactions et la sanction des comportements imprudents. Habituellement, elle opère un contrôle *in concreto* en tenant compte de la qualité des parties, de leur âge, de l'objet du contrat, des circonstances lors de sa conclusion (J. Ghestin, *La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 523 s., p. 484 s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 223, p. 230 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 2007, n° 115, p. 98). Elle en vient ainsi à distinguer la situation des novices, profanes et des « sachants » par expérience ou par profession. Lorsqu'il est question d'une erreur commise par le vendeur, elle a souvent tendance à se montrer plus exigeante, ce que confirme l'appréciation singulière de l'erreur inexcusable en l'espèce. En effet, la cour d'appel ne s'était pas arrêtée à la qualité de marchand de biens du vendeur, soulignant que ce statut n'avait été choisi que pour des raisons fiscales. Elle relevait également que l'erreur « *résultait d'une mauvaise conversion effectuée par la secrétaire notariale [et] qu'il ne pouvait être reproché une faute de négligence à Mme X à raison de la confiance accordée au notaire* ». La Cour de cassation, au contraire, censure les juges du fond, au motif « *qu'il entre dans la compétence d'un marchand de biens, professionnel de la vente, de savoir déterminer et contrôler la conversion d'un prix négocié en francs, en euros* » (comp. même rigueur, Com. 22 nov. 2005, préc.). La solution doit être approuvée à cet égard car il serait bien difficile de prendre en considération les motivations et les intentions de chaque contractant.

2 - La qualité du consentement
a - L'erreur

Le caractère formaliste de l'erreur dans les ventes d'oeuvre d'art : les catalogues de vente

Si la jurisprudence admet de manière constante que l'authenticité d'une oeuvre d'art est une qualité substantielle déterminante, elle a dû, au fil de ses décisions, en affiner les contours (sur cette délicate question, V. S. Lequette-de Kervenoaël, *L'authenticité des oeuvres d'art*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 2006). Le plus souvent, l'authenticité de l'oeuvre repose sur l'identité de son auteur (Poussin, Fragonard, Spoerri...). Elle peut aussi dépendre d'un critère temporel, ce qu'illustre un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 2007 (**Civ. 1re, 27 févr. 2007, n° 02-13.420**, D. 2007. Jur. 1632, note P.-Y. Gautier ; CCC, juin 2007, obs. Leveneur, n° 146).

Un commissaire-priseur organise la vente d'une statue égyptienne. Le catalogue la présente comme la représentation du pharaon Sésostris III, contemporaine de son règne et datée du Moyen Empire. Une controverse d'historiens de l'art sur la date de cette statue existe mais le catalogue n'en fait pas état. Un couple achète la statue et apprend par la suite l'existence de ladite controverse. Il demande alors une expertise par des égyptologues qui considèrent qu'il s'agit bien d'une statue de l'Antiquité égyptienne mais « en aucun cas » d'une création datant du règne de Sésostris III. Elle date l'oeuvre avec un siècle de différence.

Les époux demandent la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur. Ils sont déboutés par la cour d'appel. Son arrêt est cassé par la Cour de cassation au visa de l'article 1110 du code civil et de l'article 2 du décret n° 81-255 du 3 mars 1981. Selon la Cour de cassation, « *en vertu du second de ces textes, en matière de vente d'oeuvre ou d'objet d'art, sa dénomination, lorsqu'elle est uniquement et immédiatement suivie de la référence à une période historique, un siècle ou une époque, garantit l'acheteur que cette oeuvre ou cet objet*

a été effectivement produit au cours de la période de référence ». Ainsi « *la référence à la période historique portée, sans réserve expresse, au catalogue, n'était pas exacte, ce qui suffisait à provoquer l'erreur invoquée* ».

Cet arrêt apporte, tout d'abord, un complément d'information sur ce qui est susceptible de constituer une qualité substantielle en matière d'oeuvre d'art (sur cet aspect, V. P.-Y. Gautier, note préc.). Il a, ensuite, la particularité de faire une référence expresse au décret du 3 mars 1981 (V. J. Ghestin, *La formation du contrat, op. cit.*, n° 530, p. 494 s.). Ce décret comporte un certain nombre d'informations sur le sens et la portée qu'il faut attribuer à certaines mentions figurant dans les catalogues de vente. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de s'y référer mais seul l'article 3, qui concerne la signature de l'auteur de l'oeuvre, avait été sollicité (Civ. 1re, 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 412 ; D. 2006. Jur. 1116, note A. Tricoire  ; 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 133 ; D. 2006. IR. 884 ). L'arrêt annoté est le premier rendu au visa de l'article 2 qui renvoie à la question de la période historique (Décr. 3 mars 1981, art. 2, « *La dénomination d'une oeuvre ou d'un objet, lorsqu'elle est uniquement et immédiatement suivie de la référence à une période historique, un siècle ou une époque, garantit l'acheteur que cette oeuvre ou objet a été effectivement produit au cours de la période de référence. Lorsqu'une ou plusieurs parties de l'oeuvre ou objet sont de fabrication postérieure, l'acquéreur doit en être informé* »).

Dans les deux hypothèses, les informations figurant sans réserves dans ce catalogue garantissent l'acheteur. En cas de doute naissant *a posteriori*, celui-ci est protégé et peut de ce seul fait demander la nullité du contrat. Le catalogue établit l'erreur.

Ces stipulations du catalogue permettent, aussi, de chasser l'aléa. Dans un arrêt du 7 novembre 1995, la Cour de cassation avait jugé que « *la mise en vente sans réserves d'une oeuvre d'art portant une signature constitue une affirmation d'authenticité ce qui exclut le caractère aléatoire du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Civ. 1re, 7 nov. 1995, Bull. civ. I, n° 401 ; D. 1995. IR. 266  ; RTD civ. 1997. 113, obs. J. Mestre  ; RTD com. 1996. 317, obs. B. Bouloc  ; Defrénois 1996. 1016, obs. D. Mazeaud ; dans le même sens rejetant implicitement le « risque » évoqué par la cour d'appel, Civ. 1re, 3 avr. 2002, Bull. civ. I, n° 111 ; D. 2002. IR. 1470 ). Enfin, elles ont l'immense avantage, lorsqu'elles ne sont pas assorties de réserves, de rendre toute erreur excusable (Civ. 3e, 31 mai 2007, inédit, n° 05-17.203, 1er attendu : « *qu'ayant exactement retenu que pour participer selon une pratique courante aux enchères publiques par téléphone, la société Galerie de la Présidence pouvait légitimement s'en remettre aux seules affirmations portées, sans la moindre réserve, par le commissaire-priseur dans son catalogue et corroborées par le certificat d'authenticité délivré par M. Y..., expert reconnu des oeuvres du peintre, la cour d'appel a jugé à bon droit sans avoir à procéder à d'autres recherches que l'erreur commise dans de telles conditions par l'acquéreur, fût-il spécialiste des oeuvres de de Vlaminck, n'était pas inexcusable* »).

On doit se fier aux mentions des catalogues, ce qui justifie que toute erreur est excusable et que tout aléa est exclu. Autrement dit, le catalogue est une manière de priver le juge de son office qui est lié par ces mentions.

b - Le dol

Bien mal acquis profite parfois...

L'arrêt *Baldus* du 3 mai 2000 avait fait couler beaucoup d'encre en refusant de prononcer la nullité d'un contrat au motif que l'acheteur n'était pas tenu d'informer le vendeur de la valeur des photographies qu'il lui avait vendues (Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2002. Somm. 928, obs. O. Tournafond  ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages  ; JCP 2000. I. 272, n° 1 s., obs. G. Loiseau ; *ibid.* 2001. II. 10510, note C. Jamin ; Defrénois 2000. 1110, obs. D. Mazeaud ; V. égal. pour la valeur d'actions cédées à la charge des associés, Com. 12 mai 2004, JCP 2004. I. 173, obs. A. Constantin). Pour une partie de la doctrine, cette décision est empreinte de réalisme. Elle récompense celui qui par ses efforts et ses connaissances a obtenu une information qu'il refuse de communiquer sans contrepartie (V. B. Rudden, *Le juste et l'inefficace, pour un non-devoir de renseignement*, RTD civ. 1985. 91 s.). Pour d'autres, la

« *chasse aux pigeons est ouverte* » (en ce sens, D. Mazeaud, obs. préc.).

Jusqu'à présent, on pouvait douter de sa portée. Un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 17 janvier 2007, (FS-P+B), réitère le principe posé en usant d'une formule bien plus générale (**Civ. 3e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442**, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2007. Jur. 1051, note D. Mazeaud, et Jur. 1054, note P. Stoffel-Munck ; AJDI 2007. 416, obs. S. Bigot de la Touanne ; RTD civ. 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2007-3, p. 703 s., obs. Y.-M. Laithier ; JCP 2007. II. 10042, note C. Jamin ; Defrénois 2007. 443, obs. E. Savaux ; CCC, mai 2007, n° 117, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. 2007. 83 s., obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck, qui approuvent l'arrêt considéré comme cohérent et opportun).

Une promesse de vente immobilière est conclue entre un acquéreur, agent immobilier et marchand de biens, et un vendeur, agriculteur devenu manoeuvre, dont l'épouse était en incapacité totale de travail. Le vendeur soutient avoir été victime d'une réticence dolosive car l'acheteur ne lui aurait pas révélé la valeur réelle du bien qu'il vendait. Il demande de ce fait la nullité du contrat. Les juges du fond lui donnent gain de cause aux motifs que le vendeur « *ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon* » et que le silence gardé par l'acquéreur « *constituait un manquement au devoir de loyauté qui s'impose à tout contractant et caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement au sens de l'article 1116 du code civil* ». Cette décision est cassée par la Cour de cassation aux motifs que « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* ».

A plusieurs égards, l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile a une portée bien plus large que son prédécesseur *Baldus*.

Tout d'abord, la situation personnelle du vendeur aurait pu inciter à la clémence. Il s'agit d'un agriculteur devenu manutentionnaire, en difficultés financières et devant assurer la charge d'une épouse en incapacité de travail. Ces données économiques, sociales, culturelles et financières auraient pu être prises en compte pour déterminer si le vendeur avait réellement les moyens de se procurer seul l'information sur la valeur de son bien, en fournissant un effort raisonnable. En effet, l'argument récurrent est le coût de l'information qui ne devrait pas profiter à autrui (P. Stoffel-Munck, obs. préc.). Mais encore faut-il que le cocontractant ait la possibilité de se procurer seul l'information. Cet agriculteur « reconverti » en manutentionnaire à temps partiel n'avait pas réellement le choix (pour une autre appréciation, V. Y.-M. Laithier, obs. préc., spéc. p. 704). D'ailleurs, il se trouvait en toute confiance face à cet agent immobilier avec lequel il avait déjà conclu un certain nombre de contrats. Il est même précisé que le vendeur s'était déplacé dans son agence pour la signature de la promesse. Ce « professionnel » agissait, du moins en apparence, dans le cadre de ses fonctions ! En outre, contrairement à l'affaire *Baldus*, l'acheteur a participé à la négociation du prix. Il a de cette manière, en partie, contribué à sa détermination. Enfin, alors que l'arrêt du 3 mai 2000 avait au moins le mérite de rendre une solution circonstanciée (l'utilisation de l'imparfait en atteste, en ce sens, G. Loiseau, obs. préc. ss. Civ. 1re, 3 mai 2000), l'arrêt de 2007 use d'une formule très générale excluant en amont toute prise en considération de la singularité des différents cas litigieux.

Cette solution d'une certaine manière réduit également l'intérêt de la réticence dolosive. Lorsque l'erreur provoquée par la réticence d'une information portera sur la valeur, le vendeur ne pourra s'en prévaloir. *A contrario*, si elle provoque une erreur sur la substance, la réticence dolosive est envisageable mais devient alors sans intérêt car il suffit de se fonder sur les dispositions de l'article 1110 du code civil. Cela amène à s'interroger d'ailleurs sur la nature de l'erreur commise en l'espèce. N'était-ce pas davantage une erreur sur la valeur conséquence d'une première erreur sur les qualités substantielles ?

Quoi qu'il en soit, la portée de l'arrêt ne doit pas non plus être exagérée car il est question de l'erreur du vendeur et non de celle de l'acheteur. L'erreur sur la valeur de ce dernier en raison du défaut d'information du vendeur reste donc envisageable. Cette différence de traitement témoignerait de nouveau du sacrifice imposé au vendeur en matière de vices du consentement. De plus, seul le contrat de vente est visé ce qui permettrait un cantonnement

de la jurisprudence à ce contrat spécial.

Quels que soient les moyens mis en oeuvre pour limiter la portée de cette décision, elle manifeste un certain recul du devoir de loyauté (V. égal., Com. 27 mars 2007, JCP 2007. II. 10119, note Y.-M. Serinet ; V. cep., Com. 10 juill. 2007, publié au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 1955, obs. X. Delpech  : « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »).

La solution pourrait résider à l'avenir dans l'utilisation d'un autre fondement mieux à même de protéger les victimes de ce type de comportement : le vice de faiblesse (V. égal le moyen offert par l'art. 4.109 du droit européen des contrats). Ce vice désigne « *la particulière vulnérabilité de certains contractants profanes - du fait de leur âge, de la maladie, ou d'un état de nécessité - qui altère leurs perceptions et favorise les incitations et le harcèlement contractuels par des personnes peu scrupuleuses, ne permet ni la reconnaissance d'un dol ni celle d'une violence* » (C. Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n° 438, p. 343 ; dans le même esprit, la lésion qualifiée proposée par M. G. Chantepie, *La lésion*, Préf. G. Viney, LGDJ, 2007, spéc. n° 686 s., p. 434 s.).

A ce titre, on peut citer un arrêt original rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 5 octobre 2006 à propos d'une convention d'honoraires conclue entre un avocat et son client (**Civ. 2e, 5 oct. 2006, n° 04-11.179**, D. 2007. Jur. 2215, note G. Raoul-Cormeil ; CCC, févr. 2007, n° 44, obs. L. Leveneur). La Cour de cassation a jugé que « *la salariée était dans l'incapacité de mesurer les inexactitudes du relevé des prestations de l'avocat annexé à la convention ; que les circonstances de la signature de la convention permettent d'estimer que le consentement de Mme X n'a pas été libre ; qu'elle se trouvait dans un état de moindre résistance en raison du besoin qu'elle avait de percevoir rapidement les dommages et intérêts qui lui étaient dus compte tenu de son état de surendettement et qu'elle se trouvait dans un état de faiblesse psychologique, attesté par les pièces médicales produites ; que cet état de faiblesse implicitement reconnu par M. Y lorsque celui-ci fait part des angoisses de sa cliente, n'étaient pas de nature à permettre à la demanderesse de s'opposer aux prétentions de son avocat, compte tenu de la différence des personnalités en présence ; Qu'ainsi, lors de la signature de la convention d'honoraires, le consentement de Mme X était altéré ; Que par ces constatations et énonciations, caractérisant le vice du consentement, l'ordonnance se trouve légalement justifiée* ». Cet arrêt se présente comme une illustration topique des avantages que peut offrir un raisonnement fondé sur l'idée d'un nouveau vice du consentement, vice de faiblesse qui n'est ni un cas de dol ni un cas de violence.

A l'égard de la réticence dolosive, si aux dires de certains, « la messe est dite » (P. Stoffel-Munck, note préc. ), prions pour qu'un miracle se produise et que la Cour de cassation en revienne soit à une conception plus loyale des relations contractuelles sous l'angle de la réticence dolosive, soit à l'utilisation plus fréquente de certains expédients, tel le vice de faiblesse.

B - L'équilibre du contrat

1 - L'arrêt « Point club vidéo », une impression de déjà vu...

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 mars 2007 mérite une attention particulière par l'application qu'il fait de l'absence de cause (**Com. 27 mars 2007, n° 06-10.452**, JCP 2007. II. 10119, note Y.-M. Serinet).

Un commerçant souscrit auprès d'une société un contrat de location de vidéos, activité qu'il souhaite adjoindre à son activité commerciale principale qu'il exerce dans une commune de 160 habitants. Ne pouvant exploiter cette entreprise, il tente d'obtenir la nullité du contrat en invoquant notamment l'absence de cause.

Le 27 mars 2007 la Chambre commerciale de la Cour de cassation rejette cette branche du moyen aux motifs que « *l'arrêt retient que l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ; qu'il constate encore que M. X..., sur lequel repose la démonstration d'une telle situation, n'apporte que des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ; qu'en l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». Autrement dit, l'absence de cause n'est pas prouvée.

Dans un arrêt précédent, dit *DPM vidéo*, la Cour de cassation avait, dans des circonstances assez proches de la décision commentée, jugé que « *s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Piller dans le cadre de la convention de création d'un " point club vidéo "* » (Civ. 1re, 3 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997. Jur. 500, note P. Reigné  ; RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre  ; RTD com. 1997. 308, obs. B. Bouloc  ; JCP 1997. I. 4015, n° 4, obs. F. Labarthe).

Les similitudes sont flagrantes du fait, notamment, de la référence à « l'économie voulue par les parties ». Des différences existent cependant entre les deux affaires. En 1996, la Cour de cassation insiste sur le contrat « atypique », « contrat point club vidéo » dont elle reprend formellement la qualification dans son attendu de principe. Rien de tel dans l'arrêt de 2007 (sur la notion de cause atypique, V. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, spéc. n° 264, p. 241 s.). Surtout, dans l'arrêt du 27 mars 2007, le « contrat point club vidéo » n'est pas l'activité principale du commerçant alors qu'il constituait la seule activité commerciale créée pour l'occasion par les époux Piller. Enfin, en l'espèce, la nullité n'a pas été prononcée aux motifs que la preuve de cette « situation » n'était pas rapportée. Cet arrêt est un juste équilibre entre les partisans et les opposants à l'arrêt *DPM vidéo* (soulignant les dangers d'une telle jurisprudence, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 342, p. 353. *Contra*, D. Mazeaud, note ss. Civ. 1re, 3 juill. 1996, Defrénois 1997. 336 ; G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, *in* Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, 2004. 151 s., spéc. 156). Le principe est réaffirmé mais, par le biais des règles de preuve, sa portée est tempérée. Il sera bien difficile à l'avenir d'établir une telle absence de cause.

2 - Fausseté partielle de la cause : vrai ou faux concept ?

L'article 1131 du code civil prévoit que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Les arrêts relatifs à la fausse cause sont suffisamment rares pour que soit fait état de cet arrêt de principe rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 31 mai 2007 (**Civ. 1re, 31 mai 2007, n° 05-21.316**, D. 2007. AJ. 1724, obs. I. Gallmeister, Jur. 2574, note J. Ghestin, et Chron. C. cass. 2327, obs. P. Chauvin et C. Creton ; RTD civ. 2007. 566, obs. B. Fages  ; Dr. et patr. 2007. 86 s., obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck). La Haute cour y aborde la notion singulière de fausseté partielle de cause et apporte un tempérament à une décision antérieure du 11 mars 2003 (Civ. 1re, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 67 ; RTD civ. 2003. 287, obs. J. Mestre et B. Fages  ; JCP 2003. I. 142, n° 5, obs. J. Rochfeld ; RDC 2003. 39, obs. D. Mazeaud).

En l'espèce, une cession d'actions a été faite pour un prix déterminé par rapport au solde d'un compte courant intégré dans une opération litigieuse. *A posteriori*, le cessionnaire découvre que le montant de ce compte courant est trois fois inférieur à ce qu'il avait cru lors de la conclusion du contrat. Ce dernier a alors demandé, non pas la nullité de l'acte, mais la réduction du prix de cession. Il est débouté par la cour d'appel. Il forme un pourvoi au moyen duquel il soutient que « *la fausseté partielle de la cause de l'obligation d'une partie donne lieu à la réduction de ladite obligation à la mesure de la fraction subsistante* ». Le pourvoi est rejeté au moyen d'un attendu de principe : « *Dans un contrat synallagmatique, la fausseté*

partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation ». Cet arrêt, largement diffusé (FS-P+B+R+I), est d'une grande richesse.

La première difficulté à surmonter est la définition de la fausse cause. Pour schématiser, deux courants s'opposent. Le premier, objectif, la définit comme une croyance erronée du débiteur en l'existence objective d'une contrepartie qui fait défaut (C. Larroumet, *op. cit.*, n° 474, p. 469). Le second, subjectif, la perçoit comme la raison qu'a eue l'une des parties de s'engager (B. Fages, *op. cit.*, n° 194, p. 152). Elle se rencontre naturellement dans les contrats unilatéraux, autres que les contrats réels. La contrepartie étant sinon antérieure, du moins extérieure au contrat, c'est l'erreur sur l'existence de cette contrepartie qui fonde la nullité du contrat. Ce faisant cette notion semble être à mi-chemin entre l'absence de cause et l'erreur sur la cause au sens de motifs entrés dans le champ contractuel (elle serait pour certains une combinaison de l'absence de cause et d'un vice du consentement, V. not. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 351, p. 352 ; *adde*, B. Fages, *op. cit.*, n° 194, p. 152).

Est apparue par la suite la notion plus polémique de fausseté partielle de cause qui dissimule derrière elle le débat récurrent sur l'absence partielle de cause. Lorsque l'engagement est conclu en considération d'un montant supérieur à ce qu'il est en réalité, il y a fausseté partielle de cause. Il est alors légitime de se demander si, ce qui est dit de la fausse cause, peut être transposé à l'absence de cause. L'intérêt est que la fausseté partielle de cause peut entraîner une simple réduction de l'obligation « *à la mesure de la fraction subsistante* » (sur cette question, J. Rochfeld, obs. préc. ss. Civ. 1re, 11 mars 2003). Le principe ainsi posé avait toutes les allures d'une décision de portée générale (en ce sens, C. Jamin, *Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, n° 28, p. 3, spéc. p. 22 : l'auteur y voit un attendu de principe « quasi-législatif » au visa de l'art. 1131). Or, l'arrêt commenté y apporte un tempérament important en réduisant son champ d'application par l'exclusion des contrats synallagmatiques.

Par cette restriction, elle détache encore plus la fausse cause du régime général de l'absence de cause (en ce sens, J.-R. Binet, *De la fausse cause*, RTD civ. 2004. 655 s., spéc. n° 15 s., p. 663 s. ). Surtout, elle évite que cette fausseté partielle de cause soit un moyen détourné d'instaurer, au sein des contrats synallagmatiques, un contrôle de l'équivalence des prestations. La réduction, forme de nullité partielle, ouvre la voie à de multiples cas de réfaction judiciaire des contrats. En l'espèce, par exemple, la contrepartie existait mais le *quantum* avait fait l'objet d'une appréciation erronée. Dans un contrat synallagmatique, il y a fausse cause « *lorsque l'une des parties a cru en l'existence d'une contreprestation qui n'existait pas en réalité* » (J.-R. Binet, *op. cit.*, n° 21, p. 666). Dans l'hypothèse d'une fausseté partielle de cause, l'interprète est naturellement enclin à se livrer à un contrôle d'équivalence des prestations. La définition en témoigne : « *dans un contrat synallagmatique, il y a fausse cause partielle lorsque l'une des parties a cru en l'équivalence de la contreprestation et de la sienne propre alors qu'en réalité les prestations ne s'équivalaient pas* » (*ibid*, n° 21, p. 666). Le risque est quasi-inexistant lorsqu'il s'agit d'une promesse de payer une dette préexistante (hypothèse de l'arrêt du 11 mars 2003) ou lorsqu'il s'agit d'un contrat de cautionnement. Il est bien réel dans un contrat comportant des obligations réciproques.

C - La licéité du contrat

La liberté de choix des tiers intéressés au contrat, un nouveau référent pour la validité de certains contrats

Par un revirement de jurisprudence du 7 novembre 2000, la première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé 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* » (Civ. 1re, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 283 ; D. 2001. Jur. 2400, note Y. Auguet, Somm. 3081, obs J. Penneau, 2002. Somm. 930, obs. O. Tournafond, et Y. Serra, 2001. Chron. 2295  ; RTD civ. 2001. 130, obs. J. Mestre et B. Fages  ; *ibid*. 167, obs. T. Revet  ; JCP 2001. II. 10452, note

Vialla ; *ibid.* I. 301, n° 16 s., obs. J. Rochfeld). La cession de clientèle est ainsi reconnue dans la limite du respect dû à la liberté de choix du patient.

Un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 16 janvier 2007 (**Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 04-20.711**, Bull. civ. I, n° 24 ; D. 2007. AJ. 371 ; RDSS 2007. 662, obs. F. Vialla ; RTD civ. 2007. 336, obs. J. Mestre et B. Fages  ; seul le deuxième attendu est ici commenté), vient à la fois étendre le champ d'application du nouveau principe de validité de la cession de clientèles civiles et mettre l'accent sur la difficulté qu'il y a de déterminer ce qu'il faut entendre par liberté de choix.

Un contrat de sept ans, renouvelable par tacite reconduction, est conclu le 7 juillet 1989 entre la société gestionnaire de la maison de retraite privée « Les Cèdres », et la société civile professionnelle d'infirmières « Les Oliviers ». La SCP s'est engagée à pratiquer dans l'établissement les actes de soins sur les pensionnaires qui en éprouvent le besoin. La société gérant la maison de retraite s'interdit de son côté de faire intervenir d'autres infirmiers, sauf autorisation expresse de sa contractante ou demande contraire du patient lui-même. Divers autres engagements existent de part et d'autres. Leur collaboration cesse en 1998. La gérante de la SCP assigne la société « Les Cèdres » en restitution de diverses sommes. La cour d'appel lui donne gain de cause au motif que la clause « dépôt » inscrite dans la convention du 7 juillet 1989 doit être déclarée nulle car « *son objet est hors commerce, voire inexistant* » et 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* ».

La Cour de cassation censure la décision des juges du fond au visa des articles 1128, 1131 et 1134 du code civil : « *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* ».

Remarquons au préalable que la confrontation entre la validité d'une convention et le respect dû à la liberté de choix du patient est formulée de manière différente. Le 7 novembre 2000, la validité se présentait comme une exception et la liberté de choix comme un principe (« *si..., c'est à la condition que...* »). En 2007, le principe est formulé de manière à mettre les deux aspects de la question sur un pied d'égalité : « *est valable... dès lors que...* ».

Ensuite, l'hypothèse soumise à la Cour de cassation ne concernait pas des médecins mais des infirmiers ayant conclu un ensemble de conventions avec une maison de retraite dont l'objet était de prodiguer des soins de manière exclusive aux pensionnaires de l'établissement.

Enfin et surtout, il n'est pas question en 2007 d'une cession de clientèle civile mais d'une convention singulière « *par laquelle une maison de retraite concède à titre onéreux l'exercice privilégié, dans ses locaux, des actes infirmiers sur ses pensionnaires* ».

Le mode de raisonnement initié par l'arrêt du 7 novembre 2000, qui consiste à procéder à un audit de la convention à l'aune de la liberté de choix des patients, s'étend désormais au-delà de la simple cession de clientèle. La Cour de cassation se montre néanmoins relativement prudente car elle s'exprime au moyen d'un attendu de principe servant de chapeau à l'arrêt mais en utilisant des termes très précis permettant de s'assurer de la portée limitée du principe ainsi posé. De cette manière, elle entend traiter de ces questions au cas par cas, en fonction des circonstances.

L'arrêt renseigne aussi sur ce qu'il faut entendre par liberté de choix des pensionnaires. Du moins confirme-t-il que cette notion est difficile à manier et pose de nouveau la question de son opportunité.

Les arrêts postérieurs au revirement de jurisprudence sont assez peu nombreux pour cerner précisément ce qu'il convient d'entendre par « liberté de choix ». Un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 30 juin 2004 a jugé qu'il y avait, en l'occurrence, atteinte à la liberté de choix du patient car il s'agissait d'une cession de clientèle

médicale qui supposait des soins réguliers d'une grande spécificité nécessitant l'utilisation d'un appareillage de dialyse (D. 2005. Pan. 403, spéc. 405, obs. J. Penneau^[1]).

L'arrêt du 16 janvier 2007 ne dit rien de ce qu'il faut entendre par liberté de choix. Cette dernière est souverainement appréciée par les juges du fond. C'est donc à la cour d'appel de renvoi de statuer sur la question. En attendant, certains points peuvent être éclaircis. Le contrat comporte une clause réservant expressément la volonté contraire des pensionnaires (« *demande contraire du patient lui-même* »). Est-ce suffisant pour considérer que la liberté de choix est respectée ? Certainement pas, eu égard au fait que cette liberté doit être effective, l'existence d'une stipulation contractuelle n'est pas une garantie suffisante. En outre, si cela devait suffire, elle deviendrait une clause de style rendant la protection totalement illusoire. Ensuite, au regard des faits de l'espèce, on peut douter de la liberté effective des pensionnaires. Ces derniers sont souvent isolés et relativement âgés. Il est douteux qu'ils prennent l'initiative d'aller chercher hors de leur maison de retraite l'assistance d'autres infirmiers. Enfin et surtout, rien ne garantit que les pensionnaires soient au courant de l'existence de cette option qui leur est offerte. En effet, à moins que le contrat ne prévoit un système d'affichage au sein de l'établissement ou une réunion informative au cours de laquelle cette option leur a été clairement exposée (cela posera alors un problème de preuve qui probablement pèsera, à l'instar d'une obligation d'information, sur les professionnels concernés), il n'est pas certain que ces pensionnaires puissent véritablement exercer le droit d'option qui est le leur.

En définitive, il est clair que le véritable problème est celui de la transparence. Ce n'est pas la fin, protection de cette liberté, qui importe mais les moyens mis en oeuvre pour les informer de leur liberté (V. en ce sens, Y. Serra, L'opération de cession de clientèle après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude, D. 2001. Chron. 2295^[2]) : « [...] à la réflexion, ce n'est pas tant la liberté de choix des clients qu'il conviendrait de respecter lors de la cession de la clientèle que la transparence de l'opération pour permettre aux clients d'effectuer un choix certes guidé mais éclairé ». Dont acte !

S. A.-M.

II - Exécution, inexécution

A - L'exécution du contrat

1 - L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat n'autorise pas le juge « à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »

En matière de bonne foi, les arrêts de la Cour de cassation se suivent et ne se ressemblent pas. Certaines chambres lui font produire des effets radicaux. En droit du travail, la Chambre sociale sanctionne l'atteinte à la « bonne foi contractuelle » et en tire des conséquences radicales pour l'employeur (Soc. 24 janv. 2007, D. 2007. Jur. 1480, note G. Loiseau^[3]) ; en droit processuel, la deuxième Chambre civile confirme le rôle de la bonne foi dans le déroulement du procès (Civ. 2e, 8 mars 2007, D. 2007. Chron. C. cass. 2336, obs. V. Vigneau^[4]). L'« *estoppel* » est explicitement consacré par la première Chambre civile à propos de l'arbitrage (Civ. 1re, 6 juill. 2005, D. 2006. Jur. 1424, note E. Agostini, et 2005. Pan. 3050, obs. T. Clay^[5] ; JCP 2005. I. 179, note J. Ortscheidt ; Gaz. Pal., 24-25 févr. 2006, note F.-X. Train), ou indirectement mis en oeuvre, par le canal de la bonne foi, afin de permettre au juge de neutraliser une clause d'unité de compte (Com. 8 mars 2005, D. 2005, AJ. 883, obs. X. Delpech, Pan. 2836, nos obs., et 2006. Pan. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet^[6] ; RTD civ. 2005. 391, obs. J. Mestre et B. Fages^[7] ; RLDC, juill.-août 2005, p. 5, note D. Houtcieff ; RDC 2005. 1015, obs. D. Mazeaud).

En sens inverse, depuis quelque temps, la Cour régulatrice entend restreindre le domaine comme les effets de la bonne foi dans l'exécution du contrat. Ainsi, la troisième Chambre civile pose que « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels* » si bien qu'elle ne survit pas à l'extinction du lien contractuel en cas de défaillance d'une condition suspensive (Civ. 3e, 14 sept. 2005, D. 2006. Jur. 761, note D. Mazeaud^[8] ; RTD civ. 2005. 776, obs. J. Mestre et B. Fages^[9] ; CCC 2006, n° 1, obs. L. Leveneur ; JCP 2005. II. 10173,

obs. G. Loiseau) ; par ailleurs, « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* » (Civ. 3e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *supra*). L'arrêt rendu le 10 juillet 2007 s'inscrit dans cette ligne restrictive (**Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768**, D. 2007. AJ. 1955, note X. Delpech, Jur. 2839, note P. Stoffel-Munck, Jur. 2844, note P.-Y. Gautier et Chron. C. cass. 2770, obs. R. Salomon ; Dr. et patr. 2007. 94, obs. P. Stoffel-Munck ; JCP 2007. II. 10154, note D. Houtcieff ; JCP 2007, act. 340, obs. C. Chabas).

Les juges du fond avaient rejeté la demande d'un cessionnaire qui invoquait le bénéfice d'une clause de garantie de passif, au motif qu'en sa qualité de dirigeant et principal actionnaire, il avait délibérément exposé la société au risque du redressement fiscal mentionné dans la garantie de passif, et qu'il ne pouvait donc, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier des cédants. Le 10 juillet 2007, la Chambre commerciale censure la décision, au visa de l'article 1134, alinéas 1er et 3, du code civil : « *en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes* ».

Double censure donc pour « refus d'application » de l'article 1134, alinéa 1, du code civil et violation par fausse application de l'article 1134, alinéa 3. La Cour de cassation renforce ainsi la force obligatoire du contrat à l'égard du juge qui, en tant que « serviteur respectueux du contrat » ne doit ni le modifier ni le réviser (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, n° 25), principe dont on aurait pourtant pu croire qu'il avait été quelque peu assoupli (Com. 3 nov. 1992, D. 1995. Somm. 85, obs. D. Ferrier  ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre  ; Defrénois 1993. 1377, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1993. II. 22164, obs. G. Virassamy ; 24 nov. 1998, D. 1999. IR. 9  ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre  ; *ibid.* 646, obs. P.-Y. Gautier  ; CCC 1999, Comm. n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; Defrénois 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999. I. 143, obs. C. Jamin).

Si le juge ne peut toucher à « *la substance même des droits et obligations* », il peut néanmoins « *sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle* ». Ainsi, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, et donc de la bonne foi, diverses clauses devraient encore pouvoir être neutralisées (clauses résolutoires, clauses limitatives de responsabilité, clauses d'agrément, clauses de dédit etc.) afin de sanctionner le comportement déloyal ou incohérent (rapp. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3e éd., Defrénois, 2007, n° 764, p. 387). Reste la question suivante : priver d'effet une clause, même accessoire, n'est-ce pas aussi réviser le contrat et, en pratique, le juge ne risque-t-il pas de porter « *atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* » ? C'est pourtant ce que lui interdit précisément l'arrêt ! De nouvelles analyses, savantes et subtiles, seront nécessaires pour concilier cet arrêt avec les développements contemporains du droit des contrats (V. P. Stoffel-Munck et P.-Y. Gautier, D. 2007. Jur. 2839 et 2844, préc.) au moment même où, en France comme ailleurs, se développent de nouvelles sanctions, équilibrées (dont les clauses réputées non écrites ou la nullité partielle) qui donnent en réalité au juge le pouvoir de modifier le contenu du contrat et de le rééquilibrer.

2 - L'exécution forcée

a - La vitalité de l'exécution forcée

Critiquée par certains, l'exécution forcée en nature est défendue par un puissant courant doctrinal qui convoque à cet égard le principe de la force obligatoire du contrat, au demeurant consacré par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : « *L'obligation de faire s'exécute si possible en nature. Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel* ». Par contraste, les principes du droit européen du contrat (art. 9.102) et les principes Unidroit (art. 7.2.2), s'ils posent le principe de l'exécution en nature, le tempèrent par d'importantes exceptions, dont le coût déraisonnable de l'exécution.

Le 16 janvier 2007, la Haute juridiction confirme la solution classique française à propos d'une obligation de ne pas faire (ne pas publier un ouvrage dont le droit d'exploitation avait été cédé) : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* » (**Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 06-13.983**, D. 2007. Jur. 1119, note O. Gout ; RTD civ. 2007. 342, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCC, juin 2007, n° 144, obs. L. Leveneur ; RDC 2007. 719, obs. D. Mazeaud ; JCP 2007. I. 161, obs. M. Mekki). L'arrêt précise encore que lorsque l'exécution forcée consiste à faire cesser une situation illicite, le juge du fond est autorisé à prononcer sous astreinte des mesures d'interdiction et de retrait (deux articles emblématiques sont visés par la Haute juridiction : les articles 4 et 12 NCPC). La solution mérite l'approbation : il eut été assez paradoxal, après avoir affirmé le principe de l'exécution forcée en nature, de priver le juge des moyens de l'ordonner (rapp. O. Gout, note préc., p. 1122).

Pour tempérer la rigueur de l'exécution forcée en nature, il ne reste plus qu'à compter sur la sagesse des parties ! Si le créancier n'a subi qu'une perte minime et qu'il tirera peu de profit d'une exécution en nature très onéreuse pour le débiteur, il n'aura qu'à en brandir la menace afin de négocier une transaction et toucher une somme plus élevée que celle qu'il aurait obtenue sur le terrain de l'exécution par équivalent. Dans les pays de *common law*, où la règle de principe est celle de l'exécution par équivalent, l'exécution forcée en nature est du reste défendue par toute une doctrine qui considère que les juges n'accordent pas des dommages intérêts suffisamment élevés en raison de leur caractère compensatoire.

b - Exécution forcée d'un pacte de préférence : le juge ordonne la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur

En 2006, une Chambre mixte de la Cour de cassation avait jugé 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 toutefois « *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* » (Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006. Jur. 1861, note D. Mainguy et P.-Y. Gautier, et Pan. 2638, nos obs. et les réf. ; AJDI 2006. 667 ; Rev. sociétés 2006. 808, obs. J.-F. Barbiéri ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages). En 2007, deux arrêts confirment cette solution (**Civ. 3e, 31 janv. 2007, n° 05-21.071**, D. 2007. Jur. 1698, note D. Mainguy, et Chron. C. cass. 1297, obs. A.-C. Monge et F. Nési ; AJDI 2007. 772, obs. F. Cohet-Cordey ; et **14 févr. 2007, n° 05-21.814**, D. 2007. Jur. 2444, note J. Théron ; RTD civ. 2007. 366, obs. P.-Y. Gautier ; CCC, mai 2007, n° 116, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. 2007. 97, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 701, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2007. 1048, obs. R. Libchaber). Le deuxième ordonne même, pour la première fois, la substitution : la propriétaire d'un local commercial l'avait donné à bail à un pharmacien avec pacte de préférence en cas de vente, puis vendu à une société immobilière tierce qui connaissait l'existence du pacte ainsi que la volonté du bénéficiaire de l'exercer.

Du strict point de vue de la logique juridique, la solution peut surprendre. D'abord, le bénéficiaire du pacte est substitué dans les droits d'un contractant dont le contrat a été annulé. Ensuite, le propre d'un pacte de préférence n'est pas de donner le droit d'acquérir, mais de se voir offrir le bien par priorité, si le vendeur se décide à vendre (la vente à un tiers montre néanmoins que le vendeur s'était décidé à vendre). Enfin il s'agit de sanctionner la fraude du vendeur et du tiers acquéreur (de là les conditions rigoureuses posées en 2006 par la Chambre mixte) ; or, en matière contractuelle, la sanction « naturelle » de la fraude consiste à « *déclarer l'inopposabilité du contrat au tiers auquel il fait grief* » et non pas à prononcer sa nullité (R. Libchaber, obs. préc, p. 1053, et la voie alternative proposée : inopposabilité de la vente au bénéficiaire du pacte, concours de droits entre le tiers acquéreur et le bénéficiaire du pacte, lequel se résout, en raison de la fraude qui a vicié la première vente, au profit du bénéficiaire du pacte ; rapp. art. 1106-1 de l'avant-projet).

Si le bénéficiaire a eu connaissance d'un projet de vente en violation de ses droits, il peut saisir le juge pour faire respecter le pacte de préférence, y compris dans le cadre d'une

cession judiciaire de contrat ou de la cession d'une unité de production en cas de liquidation judiciaire (Com. 13 févr. 2007, deux arrêts, D. 2007. AJ. 648, obs. A. Lienhard ¹ ; AJDI 2007. 654, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ² ; RTD civ. 2007. 332, obs. J. Mestre et B. Fages ³ ; JCP 2007. II. 10114, note B. Thullier). Mieux vaut prévenir que guérir...

B - La responsabilité contractuelle du débiteur

1 - La réparation du dommage

a - Paiement de dommages-intérêts, en l'absence de préjudice, du seul fait de l'inexécution

L'article 1145 du code civil, aux termes duquel « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* », a longtemps sommeillé dans l'ombre de l'article 1142. Une jurisprudence établie se contentait d'en déduire que ce texte dispensait le créancier de mettre en demeure le débiteur. Miracle des mots et de leur poids : en reproduisant mot à mot l'article 1145, la Cour de cassation lui donne une nouvelle jeunesse et l'érige en surprenant un nouveau principe directeur de la responsabilité contractuelle. Toute contravention à une obligation de ne pas faire donne droit à des dommages et intérêts au profit du créancier, dispensé d'établir la preuve du préjudice subi (**Civ. 1re, 31 mai 2007, n° 05-19.978**, D. 2007. AJ. 1725, obs. I. Gallmeister, et Jur. 2784, note C. Lisanti ; RTD civ. 2007. 568, obs. B. Fages ⁴ ; JCP 2007. I. 185, obs. P. Stoffel-Munck). Ce principe avait déjà été énoncé le 10 mai 2005 (Civ. 1re, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201 ; D. 2005. IR. 1505 ⁵ ; RTD civ. 2005. 594, obs. J. Mestre et B. Fages ⁶ ; *ibid.* 600, obs. P. Jourdain ⁷ ; JCP 2006. I. 111, obs. P. Stoffel-Munck ; Defrénois 2005. 1247, obs. J.-L. Aubert ; CCC 2005, n° 184, note L. Leveneur ; RDC 2006. 326, obs. D. Mazeaud) mais les annotateurs, incrédules - le droit à réparation, dissocié du préjudice ! - en avaient habilement cantonné la portée. De fait, la demande portait à l'époque sur l'exécution forcée d'une clause de non-concurrence ; or, contrairement à l'action en réparation, l'exécution forcée n'est pas subordonnée à la preuve de l'existence d'un préjudice (sur les autres conséquences de la distinction entre réparation-exécution, cf. A. Bénabent, *Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, § 403-1). Cette fois, la rupture entre préjudice subi et indemnisation est consommée : une demande en dommages-intérêts et non en exécution forcée faisait suite à la violation d'une clause de non-concurrence par un médecin, ancien associé d'une société civile de moyens et de l'ouverture par ce dernier d'un cabinet personnel à quatre cents mètres de l'ancien. Elle avait été rejetée par la Cour d'appel de Douai au motif que si la violation de la clause avait constitué une faute susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de son auteur, aucun préjudice consécutif n'était établi et que la simple contravention à la clause ne saurait le constituer. La Cour de cassation censure, au visa de l'article 1145 du code civil.

Traditionnellement, le droit français exige un dommage, un manquement contractuel, un lien de causalité entre celui-ci et celui-là. Deux de ces trois conditions sont évincées : seule demeure, pour les obligations de ne pas faire, l'exigence d'un manquement contractuel.

Le principe du caractère compensatoire des dommages-intérêts (également posé par l'avant-projet) est ainsi sérieusement écorné. Le changement est dans l'air du temps : admettons donc que, s'agissant des obligations de ne pas faire, l'exigence d'un dommage puisse être évincée. Mais comment en gérer les conséquences pratiques ? Sur quelle base les juges évalueront-ils le préjudice et de quelle manière la Cour de cassation exercera-t-elle un contrôle qui n'en deviendra que plus nécessaire ? On imagine mal l'octroi d'une somme simplement symbolique (proche des *nominal damages* du droit anglais). Dès lors, serait-ce la porte ouverte aux dommages-intérêts punitifs ? A moins d'explorer une autre voie, inspirée par l'évolution récente du droit anglais qui consacre une nouvelle catégorie de dommages et intérêts (« *restitutionary damages* » ou « *account of profits* »), ceci afin de permettre la restitution des profits réalisés du fait de la rupture du contrat (B. Fauvarque-Cosson, Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature, RDC 2006. 529). Cette voie évoque encore celle retenue par le législateur communautaire dans le domaine de la contrefaçon (Dir. CE n° 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle, transposée le 29 oct. 2007), avec ces deux innovations par rapport au droit commun de la responsabilité civile. D'une part, les dommages et intérêts accordés au titulaire de droits devront prendre en

compte, outre les conséquences économiques négatives et le préjudice moral subis par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrefacteur. D'autre part, dans les cas appropriés, ils devront pouvoir être fixés de manière forfaitaire, ce forfait étant déterminé sur la base minimum des redevances que le titulaire de droits aurait pu percevoir si le contrefacteur avait demandé son autorisation. La première innovation pourrait, plus facilement que la deuxième, servir de guide à l'évaluation des dommages et intérêts. Mais encore une fois, quelle révolution pour le droit français de la responsabilité, d'autant que l'on peut se demander si les raisons de limiter la portée de l'arrêt aux seules obligations de ne pas faire sont véritablement impérieuses...

b - L'exigence d'une mise en demeure préalable

Selon l'article 1146 du code civil « *les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation* ». La rigueur, pour le créancier, de la nécessité d'une mise en demeure est tempérée par l'assouplissement de la notion (les art. 1139 et 1146, qui modifient sur ce point la loi du 9 juill. 1991, admettent comme équivalent une simple lettre missive « *lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante* », c'est-à-dire lorsqu'elle manifeste une volonté claire du créancier d'exiger son dû sans délai) ainsi que par les exceptions au principe. De fait, l'article 1146, qui ne concerne que les dommages et intérêts contractuels, souffre d'importantes dérogations. D'abord, « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* » (art. 1145). Ensuite, l'exigence est écartée « *lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain délai qu'il a laissé passer* » (Req. 31 juill. 1946, DC 1947. 57) ou que « *le débiteur a déclaré ne pas vouloir exécuter l'obligation* » (Civ. 3e, 3 avr. 1973, Bull. civ. III, n° 254). De plus, même si la jurisprudence apparaissait divisée, la doctrine considère généralement que la formalité qui « *marque le point de départ des intérêts moratoires* » est « *inutile pour faire courir les dommages-intérêts compensatoires ou les intérêts des dommages-intérêts* » (P. Malinvaud, *Les obligations*, 10e éd., Litec, 2007, § 705) et quelle ne concerne que « *l'obtention de la réparation* » et non pas le droit à réparation (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, spéc. n° 1084 ; R. Libchaber, art. préc. n° 18). En outre, les parties peuvent l'écartier par une clause, ou même implicitement, lorsque les circonstances rendent vraisemblable l'intention du débiteur de ne pas l'exiger du créancier (Com. 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 138 ; RTD civ. 2003. 503 obs. J. Mestre et B. Fages ).

Un arrêt de la Chambre mixte (**Cass., ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823**, D. 2007. Jur. 2642, note G. Viney), dispense de mise en demeure l'action tendant à l'obtention de dommages et intérêts compensatoires : « *Attendu qu'ayant retenu, par des motifs non critiqués, que l'inexécution était acquise et avait causé un préjudice à la Sté DELI K STAR, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il y avait lieu de lui allouer des dommages et intérêts* ».

Au vu des circonstances de l'espèce, la portée de l'arrêt, lui-même censé expliciter l'article 1146 et résoudre une divergence entre la Chambre commerciale et les Chambres civiles, demeure incertaine. La demande de dommages et intérêts accompagnait et complétait une demande en résolution judiciaire (la mise en demeure n'est donc pas nécessaire, l'assignation suffisant) ; en outre, la résolution du contrat avait été prononcée par les juges du fond et elle n'était pas contestée par le débiteur, si bien qu'en l'absence de doute sur la réalité de l'inexécution, la mise en demeure du débiteur était inutile.

Certaines questions restent donc ouvertes. En cas de doute sur la réalité de l'inexécution, liée à l'imprécision des termes du contrat, la mise en demeure est-elle encore nécessaire ? L'arrêt, interprété de manière large, n'inciterait-il pas plutôt à se débarrasser de l'exigence, véritable *faveur faite au débiteur* (parfois justifiée par l'idée d'une collaboration entre les parties pour l'exécution de la convention) et les conditions de la responsabilité contractuelle ne suffisent-elles pas (solution que préféreront ceux qui entendent protéger le créancier plutôt que le débiteur et ceux qui, dans le contexte de concurrence juridique, se préoccupent de l'efficacité économique du droit français et observent que ni les principes du droit européen du contrat, ni les principes Unidroit, ni bon nombre de droits nationaux ne consacrent une telle

exigence) ?

Des éléments de réponse peuvent être trouvés dans les nouvelles pistes frayées par la doctrine (R. Libchaber, Demeure et mise en demeure en droit français, et B. de Conninck, La mise en demeure, *in Les sanctions de l'inexécution du contrat*, Comparaisons franco-belges, Bibl. de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXXII ; p. 113, spéc. 135 s. ; X. Lagarde, Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, JCP 1996. I. 3974). Elles se fondent sur la double fonction de la mise en demeure : fonction d'avertissement du débiteur en retard et fonction probatoire lorsque le contrat ne donne pas suffisamment d'indications quant à l'inexécution (G. Viney, note préc.). Au demeurant, lorsque la résolution résulte d'une clause résolutoire (la mise en demeure s'impose alors, sauf clause contraire) ou qu'elle intervient de manière unilatérale, (V. à cet égard le mécanisme protecteur du débiteur, avec mise en demeure puis notification, que consacre l'art. 1158 de l'avant-projet), la mise en demeure ne sert pas tant à interpeller le débiteur qu'à constater l'inexécution (rapp. R. Libchaber, art. préc.).

2 - Les clauses relatives à la responsabilité contractuelle

Jusqu'où les parties peuvent-elles modifier - et notamment alléger - par voie conventionnelle, le régime de leur responsabilité contractuelle ? On se souvient de la saga *Chronopost* et, notamment, de la règle selon laquelle en cas de manquement à l'obligation de livrer le bien dans les délais convenus, le transporteur rapide ne peut invoquer la clause limitative de réparation stipulée dans le contrat lorsque sa défaillance porte sur une « *obligation essentielle* » (Com. 30 mai 2006, et les réf. *in* D. 2006. Pan. 2638¹ ; RTD civ. 2006. 773, obs. P. Jourdain²). Au visa de l'article 1131 du code civil, deux arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation étendent la solution à tous types de contrats (**Com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407**, D. 2007. AJ. 654, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2007. 567, obs. B. Fages³ ; Dr. et patr. 2007. 95, obs. P. Stoffel-Munck ; JCP 2007. I. 185, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 707, obs. D. Mazeaud ; **Com. 5 juin 2007, n° 06-14.832**, D. 2007. AJ. 1720, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2007. 567, obs. B. Fages⁴ ; Defrénois 2007. 1042, note R. Libchaber ; Dr. et patr. 2007. 95, obs. P. Stoffel-Munck ; JCP 2007. 1014, note D. Houtcieff ; *ibid.* 2007. II. 10063, note Y.-M. Serinet ; *ibid.* 2007. I. 185, obs. P. Stoffel-Munck ; RLDC, mai 2007. 6, note G. Loiseau).

Dans l'arrêt du 13 février 2007, un prestataire de services, qui s'était engagé à installer un logiciel chez un industriel, s'est vu reprocher « *un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* ». Dans celui du 5 juin 2007, un commissionnaire de transport, qui avait perdu les marchandises sans pour autant avoir commis de faute lourde, est également privé du bénéfice d'une telle clause. Ainsi, peu importe la présence ou l'absence d'une faute lourde ; seule compte désormais la nature de l'obligation violée. Si l'obligation est essentielle, la clause limitative de réparation doit être neutralisée (soit « mise en échec », soit « réputée non écrite » ; sur les variations de terminologie, V. R. Libchaber, note préc., p. 1046). En revanche, si cette obligation est accessoire, alors la clause peut produire ses effets. Seule la clause issue d'un contrat-type demeure soumise à un régime distinct, où le critère de la faute lourde est essentiel (V. nos obs. *in* D. 2006. Pan. 2638⁵).

Le visa de l'article 1131 vient confirmer le mouvement de « *rénovation de la notion de cause* » (D. Mazeaud, note préc.) devenue un « instrument » pertinent et efficace d'un contrôle des clauses du contrat (R. Libchaber, note préc., p. 1043). Cela d'autant plus que l'arrêt du 13 février 2007, rendu dans le contexte spécifique de contrats interdépendants, utilise encore la cause (implicitement) pour rejeter le moyen du fournisseur du logiciel qui reprochait aux juges du fond d'avoir anéanti l'ensemble des contrats au motif qu'ils étaient interdépendants « *dans la mesure où ils poursuivaient tous le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres* ».

Ces arrêts marquent aussi le retrait de la faute lourde (entendue de manière subjective) dont il ne sera finalement plus nécessaire de rapporter la preuve qu'en cas de manquement à des obligations accessoires ou bien lorsque la clause limitative résulte d'un contrat-type adopté

par décret.

Quant à la notion d'obligation essentielle, elle tient désormais une place centrale, du moins dans les rapports entre professionnels ou entre consommateurs car, dans les relations entre professionnels et consommateurs, les clauses relatives à la responsabilité contractuelle sont déjà très encadrées : prohibées pour les contrats de vente (art. R. 132-1 c. consom.), elles peuvent facilement être écartées comme abusives dans les autres contrats (Recomm. de synthèse Comm. Cl. Abusives, n° 91-02, 16 ; BOCCRF, 6 sept. 1991).

Le caractère essentiel d'une obligation résulte en principe de l'importance de l'obligation. Toutefois, il peut aussi découler de la volonté des parties et de ce qu'elles diront. Dès lors, assistera-t-on à une nouvelle pratique consistant à qualifier l'obligation essentielle d'accessoire ? La ruse manquerait de finesse. Puisque le caractère essentiel se dégage de la nature même du contrat et de la commune intention des parties (A. Bénabent, *Les Obligations*, 11e éd., § 423), la requalification par le juge s'imposerait. Une autre pratique, plus sournoise, consisterait à insérer d'autres clauses, dont le véritable objectif serait en réalité de limiter la responsabilité de l'une des parties, telle des clauses relatives à la preuve qui rendraient plus ardue la mise en oeuvre de la responsabilité. Sans être d'emblée réputées non écrites, ces clauses devraient être soumises à un contrôle judiciaire attentif (elles sont d'ailleurs susceptibles d'être qualifiées d'abusives dans les contrats de consommation (Recomm. de synthèse Comm. Cl. Abusives, 22).

Reste la grande question de l'opportunité sur le plan économique de cette jurisprudence, par trop radicale. Selon une doctrine autorisée, ces clauses constituent « *un instrument de gestion des risques d'inexécution* », « *favorisent l'initiative* », « *permettent de contrebalancer une faible rémunération* » et ne créent pas de « *déséquilibre significatif* ». (P. Stoffel-Munck, obs. préc.). Dès lors, ce qu'il faut sanctionner, ce sont les abus et non pas une pratique qui peut avoir sa raison d'être. Cela nécessite un examen attentif des clauses du contrat et de leur incidence sur l'obligation essentielle. Ainsi, l'affinement du principe radical d'inefficacité, serait opportun. Dans cette perspective, pourquoi ne pas distinguer les clauses qui limitent la réparation à un plafond dérisoire et celles qui fixent un plafond « raisonnable », ce que permet le recours à l'instrument de la cause ?

C - Le tiers victime de l'inexécution

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché : « *Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » (Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, D. 2006. Jur. 2825, note G. Viney, et 2007. Pan. 1827, obs. L. Rozès ; AJDI 2007. 295, obs. N. Damas  ; RD imm. 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 Gariazzo et note M. Billiau ; RDC 2007. 269, obs. D. Mazeaud. V. aussi la rubrique « Débats », RDC 2007. 537 s). Ce grand arrêt d'Assemblée plénière était fort attendu : la question était importante, le contentieux abondant et la Cour régulatrice divisée.

Ainsi, la Cour de cassation consacre le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, sans même distinguer, ainsi que l'y invitaient de nombreux auteurs, selon la nature du manquement contractuel. Par ailleurs, l'arrêt maintient la nature délictuelle de la responsabilité du débiteur contractuel actionné en réparation par un tiers. Ce dernier bénéficie donc d'un sort plus favorable que le cocontractant, lié par certaines clauses et limité par certaines règles (v. not. art. 1150 c. civ.). Aussi bien l'analyse proposée par Geneviève Viney mérite-t-elle la plus grande considération : pourquoi ne pas soumettre le tiers à « *toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage* », quitte à lui permettre de « *choisir de se placer sur le terrain délictuel s'il est en mesure de démontrer, indépendamment du manquement contractuel, un fait de nature à justifier la responsabilité extracontractuelle du débiteur, à condition que l'action soit alors soumise intégralement à l'application du régime choisi* » ? Cela reviendrait, ni plus ni moins, à poser le principe d'une responsabilité de nature contractuelle (rapp. art. 1342, al. 1, de l'Avant-projet de réforme ; P. Jourdain, note préc., p. 125) tout en laissant au tiers victime

d'un manquement contractuel la faculté d'agir sur le terrain délictuel lorsque les conditions pour exercer une telle action sont réunies (rappr. art. 1342, al. 2, de l'Avant-projet). Cette solution permettrait de concilier « *l'exigence de prévisibilité pour le débiteur contractuel* » et « *le souci de protéger les tiers victimes* » (P. Ancel, Présentation des solutions de l'Avant-projet, RDC 2007. 19, spéc. 27 s.). Quant à l'objection tirée de l'atteinte qui serait ainsi portée au « *principe de l'effet relatif* », elle est magistralement écartée par Geneviève Viney (note préc., p. 2830), qui précise la portée du principe et démontre qu'il est sans incidence sur la nature de la responsabilité du débiteur contractuel qui cause un dommage à un tiers. Cependant, l'arrêt du 30 mai 2007 qui permet, lorsque l'obligation violée est de ne pas faire, d'obtenir des dommages et intérêts « *par le seul fait de la contravention* » (V. *supra*), vient un peu changer les données du débat. On imaginerait mal, en effet, que le tiers puisse profiter du régime de responsabilité contractuelle pour être indemnisé, sans même avoir à rapporter la preuve d'un préjudice !

Pour terminer, il faut signaler l'importante évolution parallèle du droit administratif. Le Conseil d'Etat avait déjà ouvert aux tiers y ayant intérêt la possibilité d'attaquer devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaires des contrats administratifs (CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Lebon. 274  ; AJDA 1996. 732, obs. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; RFDA 1997. 89, obs. P. Delvolvé ) ou encore les contrats de recrutement d'agents publics. Cette jurisprudence vient d'être étendue par une importante décision d'Assemblée (*Société Tropic Travaux Signalisation*, 16 juill. 2007, n° 291545  ; D. 2007. Jur. 2500, note D. Capitant  ; AJDA 2007. 1577, obs. F. Lenica et J. Boucher, et 1777, Tribune J.-M. Woehrling  ; RFDA 2007. 696, obs. D. Casas  ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier  ; JCP A 2007. 2212, note F. Linditch et 2221, note M.-C. Rouault ; Gaz. Pal. 2007, n° 250 à 251, note O. Guillaumont ; JCP 2007. II. 10156, note M. Ubaud-Bergeron ; Dr. adm. 2007, Répère J.-B. Auby ; RJEP 2007. 337, concl. D. Casas,).

B. F.-C.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Panorama 2007