

Recueil Dalloz 2010 p. 224

Droit des contrats

octobre 2008 - décembre 2009

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

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

L'essentiel

La réforme du droit français des obligations reste d'actualité. Le projet de la Chancellerie (V. D. 2008. Pan. 2965 ) , plusieurs fois remanié, suit son chemin politique ; des évolutions du droit de la responsabilité civile se profilent. En Europe, le programme de Stockholm relance le débat sur le droit européen des contrats tandis que le « projet de cadre commun de référence » académique est désormais publié.

En droit interne, on notera, pour l'essentiel, l'existence d'un contentieux abondant en matière d'offre et de contrats préparatoires. Les contours de la réticence dolosive sont précisés. Une décision de la première chambre civile du 20 mai 2009 conditionne l'efficacité de l'exception de nullité à la nature de la nullité invoquée, absolue ou relative.

Le principe de cohérence, adossé à la bonne foi, est réaffirmé. La faute lourde, s'apprécie de manière subjective, quel que soit le contrat qui contient la clause exclusive ou limitative de responsabilité entre professionnels. Le régime de la résolution unilatérale (notamment de son facteur déclenchant, le « comportement grave » du débiteur) est précisé par toute une série d'arrêts. La révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances reste interdite par la Cour de cassation. Enfin, malgré un arrêt de chambre mixte, les incertitudes subsistent sur l'exonération partielle en cas de faute de la victime constitutive d'une force majeure.

Introduction - Perspectives de réforme du droit des contrats

A - Perspectives françaises de réforme du droit des obligations en 2010

1 - La réforme du droit des contrats

La réforme du droit des contrats suit son cours. Les propositions du groupe de travail réuni par le professeur F. Terré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques ont été publiées (*Pour une réforme du droit des contrats*, dir F. Terré, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009 ; V. D. Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. Chron. 1364 ). Quant au projet de la Chancellerie, après avoir été diffusé en juillet 2008 et abondamment commenté, il a fait l'objet de modifications. Les versions modifiées n'ont pas été rendues publiques (certains auteurs en ont toutefois présenté les principaux changements, qu'il s'agisse de la structure ou de la substance : V., à partir d'une version de février 2009, les obs. de J. Ghestin in JCP 2009. I. 138).

2 - Le rapport d'information du Sénat sur la *responsabilité civile*

Un rapport d'information du Sénat « *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires* » (Sénat, n° 558) a été publié en juillet 2009. Comme pour la réforme du droit de la

prescription, la Commission des lois du Sénat « entend jouer un rôle prospectif dans la rénovation de cette branche essentielle de notre droit civil » (A. Anziani et L. Bételle, D. 2009. Entretien 2328). Ce rapport s'est inspiré de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (« projet Catala »), particulièrement du sous-titre III intitulé « de la responsabilité civile », rédigé sous la direction du professeur G. Viney. Il consacre de nombreuses évolutions jurisprudentielles, maintient la distinction traditionnelle entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, mais lui apporte, à l'image du « projet Catala », d'intéressants infléchissements : il prévoit notamment qu'un tiers au contrat pourra demander réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle sur le fondement de la responsabilité contractuelle en se soumettant alors à l'ensemble de ses règles, ou sur celui de la responsabilité délictuelle mais à la condition de démontrer qu'il réunit les conditions nécessaires à la mise en jeu de cette responsabilité, en particulier qu'il puisse apporter la preuve que le manquement contractuel constitue à son égard une faute délictuelle. Le rapport contient des innovations qui concernent aussi la matière contractuelle : obligation pour la victime d'un préjudice non corporel de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage ; clarification des règles relatives à l'aménagement conventionnel de la réparation et admission de la révision judiciaire des clauses relatives à la réparation qui remettent en cause l'exécution d'une obligation essentielle du contrat ; introduction des dommages et intérêts punitifs ainsi que des actions collectives pour certains contentieux spécialisés (par exemple en matière de concurrence ou d'atteintes à la vie privée causées par les médias).

B - Perspectives européennes pour le droit européen des contrats au seuil d'une nouvelle décennie

1 - Le programme de Stockholm

Le programme pluriannuel 2010-2014 concernant l'Espace de liberté, de sécurité et de justice dénommé « **Programme de Stockholm** - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » a été adopté par le **Conseil européen le 10 décembre 2009 (14449/09 JAI 679)**. Cinq ans après le programme de La Haye, ce nouveau programme pluriannuel réexamine la politique de l'Union et relève les nouveaux défis, en tirant parti des possibilités offertes par le traité de Lisbonne. Ce programme place le citoyen au coeur des nouvelles priorités et poursuit la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice pour servir et protéger les citoyens de l'UE et les personnes vivant dans cet espace. En 2010, la Commission européenne établira un « plan d'action » destiné à sa mise en oeuvre.

Dans ce programme, le Conseil européen invite la Commission « à réfléchir à la nécessité de prendre des mesures » dans le domaine du droit européen des contrats et « à présenter des propositions à cet égard ».

Les différentes étapes qui ont conduit à l'adoption définitive du programme de Stockholm sont révélatrices des tensions et divergences de vues qui existent, à propos du droit européen des contrats, entre la Commission, qui a lancé les travaux, le Parlement, depuis toujours très favorable à l'harmonisation du droit civil, et le Conseil européen, assez prudent.

Dans le projet de programme qu'elle a diffusé en juillet 2009 (Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, préc., § 3.4.2), la Commission européenne a repris les idées qu'elle avait exposées en 2003 (« *Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action* » (COM(2003) 68 final). Elle a souligné que « les travaux visant à créer un cadre commun de référence en matière de droit des contrats » pourraient « être utilisés lors des futures propositions législatives et que des contrats modèles pourraient être développés » (Annexe, p. 32). Elle a également annoncé que des « contrats modèles entre personnes privées ou entre PME, utilisables sur base volontaire, traduits en différentes langues et servant de référence dans la vie des affaires, devront être aussi élaborés sur la base des éléments déjà développés ». En outre, elle a défendu l'idée d'« un régime spécifiquement européen, optionnel, offert aux entreprises ». Ce « 28e régime » serait « favorable aux développements des échanges intracommunautaires » et « introduirait un régime juridique unique directement applicable », semblable à ceux « élaborés dans d'autres domaines du marché intérieur, comme celui de la société européenne, du groupement

d'intérêt économique européen ou de la marque communautaire ».

Par la suite, le Parlement européen, très favorable à l'harmonisation du droit civil, a adopté une résolution sur ce programme (session plénière du 25 nov. 2009 P7_TA-PROV(2009)0090). Dans une section intitulée « *Tirer pleinement profit du marché unique au moyen du droit européen des contrats* » il « *invite la Commission à intensifier ses travaux sur le droit européen des contrats en s'appuyant sur le projet de cadre commun de référence (PCCR) élaboré par des spécialistes, ainsi que sur les autres travaux universitaires conduits dans le domaine du droit européen des contrats et à associer pleinement le Parlement au processus ouvert et démocratique qui doit conduire à l'adoption d'un cadre commun de référence (CCR) au niveau politique ; souligne que le CCR politique devrait aboutir à l'adoption d'un instrument facultatif directement applicable, en vertu duquel les parties, notamment les entreprises et les consommateurs, pourraient choisir librement le droit européen des contrats comme le droit régissant leur transaction* ». Dans une Résolution d'octobre 2008, le Parlement européen s'était déjà explicitement référé aux travaux menés en France (*Terminologie contractuelle commune, Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, Vol. 6 et 7, 2008 ; travaux traduits en anglais : *European Contract Law : Materials for the CFR. Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier european law publishers, 2008 ; en ligne sur le site de la Société de législation comparée). Le Parlement insiste aussi sur la nécessaire traduction de tous ces travaux qui devraient servir de modèles ; il demande par ailleurs « *que les dispositions pertinentes du PCCR (projet de cadre commun de référence) figurent d'une manière systématique et détaillée dans toutes les propositions et toutes les analyses d'impact que la Commission présentera désormais au sujet du droit des contrats* » (§ 100). Le Parlement engage aussi la Commission à donner suite à l'idée de proposer des contrats types pouvant être utilisés à titre facultatif dans tel ou tel secteur, sur la base du CCR (§ 101).

Dans le programme de Stockholm qu'il a adressé au COREPER le 16 octobre 2009 (<http://register.consilium.europa.eu>), le Conseil explique « *que le cadre commun de référence pour le droit des contrats devrait être un ensemble non contraignant de principes fondamentaux, de définitions et de règles types qui pourrait être utilisé par les législateurs au niveau communautaire afin de garantir, lors du processus législatif, une plus grande cohérence et une meilleure qualité* ». Il invite la Commission à présenter une proposition relative à un cadre commun de référence (§ 3.4.2).

C'est donc la Commission qui devrait, dans les mois à venir, prendre les décisions décisives. Elle le fera en s'inspirant des travaux académiques existants. Or, là aussi, des divergences de vues existent.

2 - Le « projet de cadre commun de référence » académique

Le « projet de cadre commun de référence » académique, élaboré par le groupe d'études sur le code civil européen et le groupe acquis communautaire, est désormais publié. Il s'agit d'une oeuvre de droit comparé unique en son genre, magistrale, composée de 6 volumes, en langue anglaise, avec d'abondantes notes et commentaires sous les règles modèles proposées, qui porte le titre suivant : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, (Full Edition, édité par Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009). Cette oeuvre, au champ d'application considérable, ne peut constituer un modèle adapté pour le futur cadre commun de référence en droit des contrats. Une « recontractualisation » s'impose. Les Principes du droit européen du contrat (PDEC) ainsi que les travaux français pourraient servir de base à ce travail (sur ces questions, V. la conférence organisée sous la présidence française de l'Union européenne *in* RDC 2009. 767 ; J. Gest, Les travaux préparatoires du projet de cadre commun de référence, D. 2009. Chron. 1431  ; B. Fauvarque-Cosson, Terminologie, principes, élaboration des règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence, RTD eur. 2008. 695 ). Une question délicate se pose alors : comment intégrer le droit de la consommation dans ce futur cadre commun de référence « recontractualisé » et quels liens établir avec le droit communautaire actuellement en cours de discussion ?

L'idée d'un instrument optionnel pour le commerce électronique en matière de contrats de vente conclus avec des consommateurs qui n'auraient qu'à presser un « *blue button* » pour s'y soumettre est aussi débattue (V., à l'origine de cette idée, H. Schulte-Nölke, *EC Law on the Formation of Contract - from the Common Frame of Reference to the ? Blue Button ?*, *European Review of Contract Law*, 2007, Vol. 3, p. 332).

3 - La proposition de directive relative aux droits des consommateurs

La proposition de directive relative aux droits des consommateurs (COM (2008) 614 final, in *Droit de la consommation*, D. 2009. Pan. 393, obs. E. Poillot et N Sauphanor-Brouillaud⁽¹⁾), adoptée le 8 octobre 2008, prévoit une harmonisation maximale (parfois également dite totale ou complète), ce qui interdit aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus favorables aux consommateurs que celles prévues par la directive. La proposition de directive contient des dispositions sur la vente et la garantie de conformité qui, si elles étaient adoptées en l'état, exerceraient une incidence sur le droit général des contrats.

Cette proposition de directive a suscité de vives critiques relatives, notamment, à cette perspective d'harmonisation maximale (J. Rochfeld, *Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne*, D. 2009. Chron. 2047⁽²⁾ ; L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008, RDC 2009. 981 ; S. Whittaker, *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète »* D 2009. Chron. 1152⁽³⁾). Dans une résolution européenne du 29 juillet 2009, le Sénat a demandé au Gouvernement de s'opposer à toute mesure qui se traduirait par une diminution de la protection des consommateurs (<http://www.senat.fr>).

L'adoption de cette proposition de directive impliquerait notamment une modification de l'article R. 132 du code de la consommation, introduit par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 qui fixe une liste noire de clauses interdites et une liste grise de clauses présumées abusives, ceci afin d'aligner le droit français sur les annexes de la proposition de directive qui établissent leurs propres listes.

B. F.-C.

I - La formation et la validité du contrat

A - L'existence du consentement

1 - L'offre

Lorsqu'il est question de force obligatoire de l'offre, le contentieux ne tarit pas. Même si les dernières solutions rendues par la Cour de cassation ne révolutionnent en rien les principes acquis en la matière depuis de nombreuses années, les arrêts sont suffisamment rares pour qu'ils constituent d'utiles piqûres de rappel. En outre, certaines décisions recèlent parfois des trésors cachés que la magie de l'interprétation permet de faire apparaître.

Y-a-t-il une vie de l'offre après la mort de son destinataire ? L'offre est-elle caduque en cas de décès du destinataire initial ? Si la caducité de l'offre en cas de décès du pollicitant concentre toutes les attentions et demeure encore aujourd'hui une question non résolue (V. sur ce point, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 117, p. 128 ; J. Ghestin, *La formation...*, *op. cit.*, n° 316, p. 280), l'arrêt rendu le 5 novembre 2008 par la Cour de cassation (**Civ. 1re, 5 nov. 2008, n° 07-16.505**, JCP N 2009. 1001, n° 2, obs. S. Piedelièvre ; P. Stoffel-Munck et L. Aynès, *Dr. et patr.* 2009, n° 183, p. 84) prend une position plus marquée lorsque le défunt est le destinataire de cette offre.

Une commune a donné à bail un terrain sur lequel le preneur a édifié une construction. Le bailleur propose au preneur par lettre du 30 juin 1988 d'acquiescer ce terrain. Le destinataire de l'offre décède le 22 novembre 1988 sans avoir manifesté sa volonté d'acquiescer le bien. Par acte notarié du 29 décembre 1988, l'un des trois héritiers du défunt s'est porté acquiesceur du terrain qu'il a revendu le 12 juillet 2002. Lors du partage successoral intervenu le 27

décembre 1991, aucune mention n'était faite de ce terrain. L'un des autres héritiers, considérant qu'il y a eu recel successoral, a assigné son frère en justice. Afin de caractériser le recel, il fallait au préalable établir qu'un droit était né du vivant du destinataire qui aurait été transmis à ses héritiers, constituant ainsi l'élément matériel du recel successoral (sur le recel successoral, Grimaldi, *Successions*, 4e éd., Litec, n° 480). La Cour de cassation s'y refuse aux motifs : « (...) *qu'après avoir relevé que la lettre du 30 juin 1988 constituait seulement une offre de vente s'analysant en une obligation non point de donner mais de faire et à laquelle Jacques X... n'avait pas donné suite avant son décès, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, a, par motifs propres et adoptés, retenu qu'aucune créance mobilière ni aucun droit susceptible, comme dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente, d'être transférée à ses ayants droits, n'étaient entrés dans son patrimoine, de sorte que l'élément matériel du délit de recel n'était pas établi (...)* ».

Remarquons au préalable qu'il est ici question d'une offre qui ne semble pas assortie d'un délai. Or, en la matière, aucune décision de la Cour de cassation n'a pour l'instant affirmé que l'offre survivait au décès du pollicitant. *A fortiori*, la solution ne serait pas différente dans l'hypothèse où le défunt était le destinataire. La solution n'aurait pas de quoi surprendre s'agissant d'une offre et non d'une promesse unilatérale de vente. Il est pourtant possible de s'interroger sur la pertinence de cette caducité sous entendue de l'offre par décès de son destinataire. En cas de décès du pollicitant, une analyse volontariste de l'offre souligne le lien inextricable qui unit l'offre et la volonté de son auteur. En ce sens, l'offre disparaît avec son auteur (sur cette analyse, V. les critiques, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 316, p. 280). Lorsque c'est le destinataire qui décède, la situation du pollicitant n'a pas changé et, à moins d'une offre faite *intuitu personae*, elle pourrait être maintenue au profit des héritiers.

En outre, il est permis de se demander si la solution serait identique dans l'hypothèse d'une offre avec délai. En ce cas, le décès du pollicitant n'entraîne pas la caducité de l'offre qui s'impose aux héritiers (Civ. 3e, 10 déc. 1997, D. 1999. Somm. 9, obs. P. Brun , même si l'attendu est quelque peu ambigu). Ce qui vaut pour le pollicitant pourrait valoir pour le destinataire. Par ailleurs, la jurisprudence semble parfois reconnaître la création d'un véritable « droit » au profit du destinataire de l'offre au visa de l'article 1134 du code civil et ce même si un désaccord doctrinal persiste sur les sanctions qui en découlent, exécution forcée ou simples dommages et intérêts (Civ. 3e, 7 mai 2008, D. 2008. AJ 1480, obs. G. Forest, Pan. 2965, obs. S. Amrani Mekki, et 2009. Chron. 440, M.-L. Mathieu-Izorche  ; comp. Civ. 3e, 25 mars 2009, n° 08-12.237, *infra*). L'arrêt de la troisième chambre civile du 20 mai 2009 de la Cour de cassation qui juge que l'offre, même sans délai, doit nécessairement être maintenue pendant un délai raisonnable (Civ. 3e, 20 mai 2009) peut également être interprété en ce sens. Il serait alors possible de considérer qu'une offre, spécialement lorsqu'elle est assortie d'un délai exprès, fait naître au profit du destinataire un « droit » qui aurait pu constituer l'élément matériel du délit de recel.

Enfin, on peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas jugé opportun de prendre ses distances avec les qualifications retenues par les juges du fond. Les juges font observer que l'offre de vente ne fait pas naître une obligation de donner mais une obligation de faire. On peut, tout d'abord, être dubitatif sur cette distinction héritée du passé qui engendre plus d'interrogations qu'elle n'apporte de solutions (M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. 85 ). De plus, la référence à l'obligation de faire étonne dans la mesure où son existence suppose celle d'un acte juridique alors même que la Cour précise elle-même « *qu'aucune créance mobilière ni aucun droit susceptible, comme dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente, d'être transférée à ses ayants droits, n'étaient entrés dans son patrimoine* ».

2 - L'acceptation

Une réduction du prix tacitement acceptée : une hypothèse qui confirme que si la parole est d'argent, le silence est d'or... (Civ. 1re, 4 juin 2009, n° 08-14.481, Bull. civ. I, n° 113 ; D. 2009. AJ 1694, obs. I. Gallmeister, et Jur. 2137, note F. Labarthe ; RTD civ. 2009. 530, obs. B. Fages ).

En 1990, le ministère de la défense a conclu avec une société une convention d'une durée de 10 ans en vertu de laquelle celle-ci, gestionnaire d'une maison d'accueil pour handicapés physiques adultes, lui concédait la jouissance de huit places pour des adultes handicapés issus dudit ministère. La société consentait une réduction de prix et recevait en contrepartie une subvention de deux millions de francs. Ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, la société a été cédée à une nouvelle société en 1996. En vertu du plan de cession, la nouvelle société a repris la gestion de la maison d'accueil pour adultes handicapés. Elle y a maintenu les huit personnes handicapées issues du ministère de la défense avec un prix réduit sans contestation. Par la suite pourtant, elle réclame au ministère le versement du complément de prix considérant qu'elle n'avait jamais accepté la réduction de prix qui avait été accordée par son prédécesseur. Après une procédure relativement longue pour des péripéties procédurales, la Cour de cassation considère que « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* ». Ayant repris le contrat et l'ayant exécuté en connaissance de cause « *la cour d'appel a pu déduire de ces circonstances que le nouveau contrat qui s'était formé entre la société Médica et l'Etat reprenait tacitement les conditions antérieures du prix de journée faute de contestation à ce sujet par le cessionnaire lors de la reprise effective et que la société Médica qui avait tacitement admis les conditions de prise en charge des pensionnaires présents relevant du ministère de la défense, avec prix de journée réduit, ne pouvait revenir sur cet engagement* ».

Pour résoudre le litige, la Cour de cassation fait appel à deux séries de règles. Les premières sont relatives à la tacite reconduction d'un contrat. La société ayant continué le contrat qui liait l'ancienne société au ministère, celui-ci était de ce fait tacitement reconduit : « *la société Médica a conservé les pensionnaires sans demander de subvention particulière à l'Etat, que, dans ses dernières conclusions, elle avait écrit que la convention avait été tacitement reconduite par les parties, que la situation relative aux pensionnaires présents n'avait pas fait l'objet d'une nouvelle négociation et n'avait été contestée que près d'un an plus tard et que le commissaire à l'exécution du plan précisait que la société Médica était clairement avisée de la situation ; que la cour d'appel a pu déduire de ces circonstances que le nouveau contrat qui s'était formé entre la société Médica et l'Etat reprenait tacitement les conditions antérieures du prix de journée faute de contestation à ce sujet par le cessionnaire lors de la reprise effective (...)* ». Les juges précisent également que le contrat reconduit est un « *nouveau contrat* » qui « *reprenait tacitement les conditions antérieures du prix de journée faute de contestation* ». S'il y a eu par la suite des « réserves » et la manifestation d'un refus de « poursuivre » le marché, elles sont jugées tardives. Que le contrat reconduit soit un nouveau contrat n'est pas une solution nouvelle (V. en ce sens, Civ. 1re, 15 nov. 2005, D. 2006. Jur. 587, obs. M. Mekki, et Pan. 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson  ; RTD civ. 2006. 114, obs. J. Mestre et B. Fages ). La Cour de cassation avait également affirmé que le nouveau contrat pouvait avoir un contenu différent. Cette affirmation, étonnante car elle ne permet pas de distinguer la reconduction du renouvellement, est-elle confirmée en l'espèce ? La Cour de cassation, bien que précisant que le nouveau contrat a été reconduit aux mêmes conditions, n'exclut pas, s'il y avait eu contestation, que des conditions différentes aient pu figurer dans le contrat reconduit. En ce sens, le principe, même contestable, qu'elle avait posé le 15 novembre 2005 ne semble pas remis en cause par cet arrêt.

La Cour de cassation ne se contente pas du fondement de la tacite reconduction et fait référence aux règles concernant le silence pouvant valoir acceptation. Cette combinaison du silence et de l'acceptation tacite est pourtant malaisée. En effet, le silence ne vaut pas à lui seul acceptation mais certaines circonstances « *permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* ». Il en est ainsi en présence d'usages professionnels, de relations d'affaires antérieures, lorsque l'offre est adressée à une personne déterminée dans son intérêt exclusif ou encore en présence d'un contrat imposé (sur ce dernier cas, V. Civ. 1re, 24 mai 2005, n° 02-15.188, D. 2006. Jur. 1025, note A. Bensamoun  ; AJDA 2005. 1919  ; RTD civ. 2005. 588, obs. J. Mestre et B. Fages ). Au vrai, dans ces différentes hypothèses, ce n'est pas réellement le silence qui vaut acceptation mais les circonstances qui autorisent à lui donner le sens d'une acceptation. En outre, mêler silence et acceptation tacite peut sembler contradictoire : « *La volonté tacite se matérialise dans une attitude, tandis que*

Le silence n'a aucune extériorité » (J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22e éd., Puf, coll. Thémis Droit privé, 2000, n° 32). Il y a un mélange des genres qui peut se comprendre par la référence désormais faite aux circonstances particulières qui doivent entourer le silence pour lui donner valeur d'acceptation (V. égal. Civ. 1re, 24 mai 2005, préc., raisonnement repris par l'art. 20 du projet F. Terré et l'art. 1105-6 de l'avant-projet P. Catala ; rappr. art. 2.6 Principes Unidroit et art. 18, § 1, Convention de Vienne). Cette référence aux « circonstances » rend illusoire la distinction entre le silence valant acceptation et l'acceptation tacite (en ce sens, A. Bensamoun, préc., spéc. n° 6).

3 - Les contrats préparatoires

De l'offre à la promesse unilatérale de vente : une histoire de force obligatoire (Civ. 3e, 25 mars 2009, n° 08-12.237, Bull. civ. III, n° 69 ; D. 2009. AJ 1020 ; JCP n° 37, 2009. 213, note F. Labarthe).

La qualification des actes juridiques n'est pas chose aisée comme l'illustre souvent la jurisprudence au stade de la conclusion du contrat. Un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 25 mars 2009 pourrait en être un nouvel exemple. A première vue, il s'agit d'un arrêt classique en matière de promesse unilatérale de vente sans délai d'option exprès. Le promettant, ici le vendeur d'un bien rural, a rétracté sa « promesse » sans mise en demeure préalable avant que le « bénéficiaire », la SAFER, n'ait eu le temps de lever l'option. La Cour de cassation a jugé « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si le retrait par les époux X... de leur promesse unilatérale de vente n'avait pas été notifié à la SAFER avant que celle-ci ne déclare l'accepter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». L'ambiguïté des termes de la Cour de cassation peut inviter l'interprète à émettre deux hypothèses.

Une première interprétation est envisageable qui consiste à retenir la qualification de promesse unilatérale de vente. Cette décision pourrait être un revirement de jurisprudence dès lors que classiquement, en présence d'un tel engagement sans délai, le promettant devait mettre en demeure dans un délai raisonnable le bénéficiaire de lever l'option (Civ. 4 avr. 1949, D. 1949. 316 ; S. 1949. 1. 200 ; sur cette question, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 193, p. 202). Or, l'arrêt ne fait aucune référence à une mise en demeure préalable. Pourtant, on peut douter de l'existence d'un réel revirement de jurisprudence (comp. F. Labarthe, note préc.) dans la mesure où la Cour de cassation se contente, à raison, de répondre à la question posée qui portait non sur la mise en demeure préalable mais sur le fait de savoir si le contrat était formé justifiant l'exécution forcée prononcée par la cour d'appel. Selon elle, il n'y a pas formation du contrat en cas de levée de l'option dès lors qu'il y a eu rétractation antérieure, même irrégulière. Le bénéficiaire ne peut obtenir que de simples dommages et intérêts. Cet arrêt serait alors une simple confirmation d'une jurisprudence critiquable dont la pérennité avait cependant pu être mise en doute par un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006 concernant le pacte de préférence et la confirmation du caractère supplétif de l'article 1142 du code civil par un arrêt du 27 mars 2008 (pour une application du principe posé le 27 mars 2008, Paris, 3 déc. 2008, Constr.-Urb. 2009. Comm. 47). Le promettant qui se rétracte avant l'expiration du délai mais avant que le bénéficiaire ne lève l'option n'est tenu qu'à de simples dommages et intérêts (Civ. 3e, 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174 ; D. 1994. Jur. 507, note F. Bénac-Schmidt, Somm. 230, obs. O. Tournafond, et 1995 Somm. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384, obs. M. Azencot, et 1996. 568, obs. D. Stapyllton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre). *A fortiori* en est-il ainsi en l'absence de délai s'il se rétracte sans mise en demeure préalable. L'intérêt de la mise en demeure serait uniquement, si elle est faite après l'expiration d'un délai raisonnable et qu'aucune réponse du bénéficiaire n'est intervenue dans un délai également raisonnable, de se retirer du contrat sans que cela constitue un manquement contractuel. Une autre manière de ne pas y voir un revirement de jurisprudence serait tout simplement d'évincer la qualification de promesse unilatérale de vente pour retenir celle d'offre de vente.

La seconde interprétation consiste, en effet, à considérer qu'il s'agit en l'espèce non pas d'une promesse unilatérale de vente mais d'une simple offre (sur cette interprétation, V. P. Stoffel-Munck, obs. préc.), ce qui pourrait d'abord être conforté par la rédaction de l'arrêt. Il

en est ainsi de l'usage de termes approximatifs et de guillemets permettant de prendre des distances sur la qualification retenue, notamment s'agissant de la « dénonciation » du promettant. De même, la Cour de cassation se réfère à l'acceptation de la promesse de vente et non à la levée de l'option. Ensuite, il convient de relever qu'au visa classique de l'article 1142 en matière de promesse de vente est préférée la référence à l'article 1101 du code civil généralement visé en matière d'offre. En outre, le pourvoi accessible sur *Legifrance* retenait la qualification d'offre. Enfin, il faut noter que la Cour de cassation renvoie à d'autres arrêts dans *Legifrance* qui portent sur l'acceptation de la promesse et non sur les effets de la promesse unilatérale de vente. L'hypothèse qu'il se serait agi, en l'espèce, d'une offre sans délai et non d'une promesse unilatérale est ainsi plausible. Partant de cette hypothèse, on a pu considérer que l'arrêt pouvait être mis en lien avec une précédente décision du 7 mai 2008 à l'interprétation malaisée. En effet, cet arrêt se contentait de préciser qu'une offre avec délai ne pouvait être rétractée. S'en est suivie une discussion sur la sanction en cas de rétractation irrégulière (V. Civ. 3e, 7 mai 2008, obs. préc.). La tentation est grande alors de tirer de l'arrêt ici commenté l'idée qu'il ne peut y avoir d'exécution forcée en cas de rétractation de l'offre. Pourtant, la conclusion pourrait sembler un peu audacieuse dans la mesure où, contrairement à l'arrêt ici commenté, l'offre avait été faite avec délai dans la jurisprudence du 7 mai 2008. Il ne faut donc pas en faire dire trop à l'arrêt et attendons de prochains épisodes jurisprudentiels pour nous éclairer sur ce point.

Pacte de préférence et date d'appréciation de la mauvaise foi du tiers (Civ. 3e, 25 mars 2009, n° 07-22.027, Bull. civ. III, n° 68 ; D. 2009. AJ 1019, obs. G. Forest ; RTD civ. 2009. 337, obs. P.-Y. Gautier , et 524, obs. B. Fages ).

Mieux vaut une injustice qu'un désordre (Goethe). Par un arrêt du 25 mars 2009, la Cour de cassation tire les conséquences de la nature de la réitération d'une promesse de vente par acte authentique dans l'hypothèse où cette promesse avait été conclue en violation d'un pacte de préférence. La réitération devant notaire, à défaut d'une stipulation expresse en faisant un élément essentiel, est une simple formalité (Civ. 3e, 20 déc. 1994, Bull. civ. III, n° 229 ; D. 1996. Somm. 9, obs. O. Tournafond  ; AJDI 1996. 2, obs. M. Azencot  ; RDI 1995. 341, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin  ; JCP 1995. II. 22491, note C. Larroumet). Dès la conclusion de la promesse, le contrat est définitivement conclu, seuls ses effets sont suspendus. Cette précision n'est pas sans intérêt ni sans incidence sur le régime juridique du pacte de préférence. En effet, depuis un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006 (Bull. civ. n° 4 ; D. 2006. Jur. 1861, note D. Mainguy et P.-Y. Gautier, et Pan. 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson  ; Rev. sociétés 2006. 808, obs. J.-F. Barbieri  ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ), la Cour de cassation juge que le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut être substitué dans les droits du tiers en cas de connaissance par ce dernier de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Cependant, à quel moment faut-il se placer pour apprécier la bonne ou mauvaise foi du tiers acquéreur ? En l'espèce, un pacte de préférence est inclus dans un acte de donation-partage portant sur l'attribution de droits sur un immeuble. En violation du pacte de préférence, la donataire a conclu une promesse synallagmatique de vente réitérée par acte authentique. Le bénéficiaire a demandé à être substitué dans les droits des acquéreurs en invoquant leur mauvaise foi. En effet, le tiers acquéreur avait été informé par le notaire, après la conclusion de la promesse synallagmatique de vente mais avant la réitération devant notaire, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La cour d'appel a fait droit à cette demande en substitution en raison de la mauvaise foi des tiers acquéreurs qui, à la date de la réitération, avaient connaissance de l'existence du pacte de préférence et savaient du notaire que le bénéficiaire avait l'intention de s'en prévaloir. Selon elle, jusqu'à la réitération devant notaire, il est encore possible d'apprécier la bonne ou mauvaise foi du tiers. La Cour de cassation a cassé la décision des juges du fond aux motifs 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, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que les parties avaient entendu faire de celle-ci un élément constitutif de leur engagement* », a violé les articles 1583 et 1589 du code civil. Cette décision doit être approuvée en ce qu'elle ne fait que tirer les conséquences du principe selon lequel la réitération des signatures devant notaire est une simple formalité, à moins d'une stipulation contraire. C'est donc au moment où s'engage définitivement le tiers

qu'il faut se placer soit au jour de la promesse par acte sous seing privé. Le bénéficiaire est sacrifié au nom de la sécurité des « tiers acquéreurs ». En d'autres termes, « *mieux vaut une injustice qu'un désordre* » (Goethe) !

Liberté contractuelle versus liberté de disposer d'un bien : une question de proportionnalité (Civ. 3e, 23 sept. 2009, n°08-18.187, à paraître au Bulletin). Pour faciliter l'accès à la propriété, certaines communes vendent des biens immobiliers au profit de ménages aux revenus modestes à des prix nettement inférieurs à ceux du marché. Il ne faudrait cependant pas que cette opération de solidarité devienne une opération spéculative. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs d'actes, au premier chef les notaires, font preuve d'imagination pour sécuriser le contrat et éviter le détournement de l'opération. Sont ainsi introduites des clauses d'inaliénabilité, désormais valables dans les actes à titre onéreux (Civ. 1re, 31 oct. 2007, n° 05-14.238, D. 2008. Jur. 963, note A.-L. Thomat-Raynaud  ; AJ fam. 2007. 476, obs. F. Bicheron  ; RTD civ. 2008. 126, obs. T. Revet  ; Rev. sociétés 2008. 321, obs. S. Schiller  ; JCP N 2008. 1064, note R. Mortier), des clauses d'agrément, des clauses de réméré (art. 1659 c. civ.). Il arrive également que cet objectif soit atteint par l'introduction d'un pacte de préférence (sur d'autres techniques, V. C. Bosgiraud, *Les clauses dites anti-spéculatives - « En toute chose, il faut considérer la fin »*, JCP A 2008, n° 46. 2257) dont la qualification peut prêter à discussion comme en atteste cet arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 23 septembre 2009.

Une commune vend à un particulier un lot dans un lotissement communal à un prix tout à fait accessible aux ménages modestes. L'acte de vente comportait une clause, valable vingt ans, prévoyant qu'avant toute revente à un tiers, le rachat du terrain devrait être proposé à la commune, à un prix prédéterminé dans le contrat. La clause précisait que le prix de revente du terrain nu ne pourrait excéder le prix d'acquisition initial, réactualisé en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction. Le prix du terrain avec une construction serait, quant à lui, égal au prix de vente du terrain nu majoré du prix de revient de la construction, évalué par un expert. Trois ans après la signature de l'acte de vente, en 2006, les acheteurs trouvent un acquéreur pour le terrain à un prix trois fois supérieur à celui de l'acquisition. La commune souhaite faire valoir son droit de préférence aux conditions prévues à l'acte. Les vendeurs ont alors assigné la commune en annulation de la clause instituant au profit de la commune un droit de priorité. Selon les vendeurs, cette clause constituerait une atteinte à leur droit de propriété. La cour d'appel, par un arrêt confirmatif, a débouté les demandeurs de leurs prétentions. Le pourvoi formé par les vendeurs est rejeté aux motifs que « *la stipulation avait été librement convenue, qu'elle avait pour but, en fixant d'ores et déjà un prix, institué pour une durée de vingt ans, d'empêcher la spéculation sur le bien dans un contexte marqué par la rareté de l'offre et le ? décrochage ? des possibilités financières de la plupart des ménages par rapport à l'envolée des prix de l'immobilier, et que M. J... et Mme B... avaient bénéficié en contrepartie de son acceptation de la possibilité d'accéder à un marché protégé de la spéculation immobilière, la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que les modalités stipulées, notamment quant à la durée de validité de la clause, n'étaient pas, au regard de la nature et de l'objet de l'opération réalisée, constitutives d'une atteinte au droit de propriété, en a exactement déduit que la demande en nullité devait être rejetée* ».

Cette décision est l'occasion de revenir sur la nature du pacte de préférence. Lorsque la Cour de cassation a, par le passé, qualifié le pacte de préférence de promesse de vente conditionnelle (Civ. 3e, 16 mars 1994, D. 1994. Jur. 486, note A. Fournier  ; RDI 1995. 144, obs. P. Delebecque et P. Simler ), l'objectif était de faire échapper ce contrat préparatoire aux règles relatives à la publicité foncière, à l'instar de ce qui existe pour la promesse unilatérale de vente. Le pacte de préférence fait naître un simple droit de créance, y compris lorsque les parties ont procédé à sa publication (Civ. 3e, 24 mars 1999, D. 1999. IR 112  ; D. Affaires 1999. 665 ; RDI 1999. 422, obs. J.-C. Groslière  ; RTD civ. 1999. 616, obs. J. Mestre , 627, obs. P. Jourdain , et 644, obs. P.-Y. Gautier ). D'une certaine manière, la Cour de cassation enfonce le clou en affirmant, dans l'arrêt commenté, que « *les modalités stipulées, notamment quant à la durée de validité de la clause, n'étaient pas, au regard de la nature et de l'objet de l'opération réalisée, constitutives d'une atteinte au droit de propriété* ».

Cependant, plusieurs précisions s'imposent. Lorsque le pacte de préférence est rédigé dans des termes généraux, on peut comprendre que la liberté du propriétaire de disposer de son bien reste relativement importante. Cependant, il est difficile d'admettre qu'un pacte de préférence d'une durée de 20 ans avec un prix prédéterminé, du moins prédéterminable, ne puisse être analysé comme une restriction aux prérogatives de l'acquéreur sur son bien, même si ni le prix ni la durée ne sont des conditions de validité du pacte de préférence (Civ. 3e, 15 janv. 2003, Bull. civ. III, n° 9 ; D. 2003. Jur. 1190, note H. Kenfack ; AJDI 2003. 702, obs. F. Cohet-Cordey). Une distinction mériterait probablement d'être faite entre les pactes de préférence rédigés en termes généraux et les pactes de préférence rédigés en termes spéciaux, notamment, lorsque le prix est définitivement fixé pour une durée incompressible. La solution est néanmoins justifiée au regard de la nature singulière du contrat de vente qui a été conclu. Il s'agit, dans l'intérêt général, de proposer à des ménages modestes un moyen d'accéder, à des prix défiant toute concurrence, à la propriété immobilière. La Cour de cassation insiste d'ailleurs sur « *les modalités stipulées, notamment quant à la durée de validité de la clause* » et sur « *la nature et (...) l'objet de l'opération réalisée* ». Il convient également de souligner que la Cour de cassation se garde bien d'utiliser la qualification de pacte de préférence. Il s'agirait en quelque sorte d'une clause *sui generis*. En dehors de ce cas de figure, il est plus difficile d'admettre qu'il n'y a pas atteinte au droit de disposer de son bien. D'ailleurs, même si comparaison n'est pas raison, le droit de la copropriété offre l'exemple d'une interdiction de pacte de préférence pour protéger la liberté de disposer des lots (Civ. 3e, 29 mai 1979, Bull. civ. III, n° 218 ; D. 1979. Jur. 548, note E. E. Franck). Pourquoi une telle différence de traitement selon les domaines du droit concernés ? En outre, quelle que soit la qualification de la clause litigieuse, la liberté de disposer est un attribut du droit de propriété (Décis. n° 98-403 DC, 29 juill. 1998, D. 1999. Jur. 269, note W. Sabete, et 2000. Somm. 61, obs. J. Trémeau ; RDSS 1998. 923, obs. M. Badel, I. Daugareilh, J.-P. Laborde et R. Lafore ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis, 1999. 132, et 136, obs. F. Zenati ; AJDA 1998. 705, obs. J.-E. Schoettl ; n° 99-423, 13 janv. 2000, D. 2001. Somm. 1837, obs. V. Bernaud ; JCP 2001. I. 261, n° 17, et I. 350, n° 28, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux) ayant en cette qualité valeur constitutionnelle. En outre, le droit au respect des biens est protégé par le premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Toute limite apportée à cette liberté, sans pour autant être nulle de plein droit, devrait au moins être justifiée et proportionnée à l'intérêt légitime protégé (comp. Civ. 1re, 13 déc. 2005, n° 04-13.772, RTD civ. 2006. 557, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP E 2006. 1743, note M. Lamoureux). Ce contrôle de proportionnalité serait le mieux à même de concilier la liberté contractuelle de l'un et la liberté de disposer de l'autre. En l'espèce, cet intérêt sérieux et légitime existait sans aucun doute. Quant à la proportionnalité de la limite apportée à la liberté de disposer, la durée de 20 ans pourrait probablement être discutée (A.-C. Monge et F. Nési, obs. ss. Civ. 3e, 23 sept. 2009, D. 2009. Chron. C. cass. 2573, spéc. n° 5). Quoi qu'il en soit, c'est moins la solution au fond de la décision rendue par la Cour de cassation qui surprend car elle prend la peine d'insister sur la singularité des modalités et de la nature de l'opération réalisée, tout en évitant la qualification de pacte de préférence. Cette décision pourrait être le signe d'une évolution par laquelle la Cour de cassation avancerait l'idée que certains actes qualifiés de pacte de préférence peuvent porter atteinte aux prérogatives essentielles du propriétaire (Rappr., J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11505, p. 421 : « (...) en s'engageant par un pacte de préférence, le propriétaire d'un immeuble n'en aliène pas moins une part significative de sa liberté (...) »).

B - La qualité du consentement

1 - La réticence dolosive

C'est l'intention qui compte...

Deux arrêts contribuent chacun à sa manière à préciser les contours de la réticence dolosive.

Dans un premier arrêt (**Civ. 1re, 4 juin 2009, n° 08-13.480**, Bull. civ. I, n° 119 ; AJDI 2009. 726 ; RTD civ. 2009. 506, obs. J. Hauser), il était question de parents qui avaient donné à leurs trois enfants mineurs la nue-propriété de biens ruraux avec réserve d'usufruit.

Par acte authentique du 5 janvier 1990, les usufruitiers qui agissaient en leur nom et au nom de leurs enfants ont consenti un bail sur les immeubles. Par un acte du 8 juillet 2005, les bailleurs, l'épouse et les enfants devenus majeurs, ont notifié au preneur leur décision de ne pas renouveler le bail. La locataire a alors saisi le tribunal paritaire des baux ruraux pour demander l'annulation de la notification et le renouvellement du bail pour une nouvelle période de 9 ans. Le preneur a été débouté de l'ensemble de ses prétentions devant les juges du fond. Il a alors formé un pourvoi en cassation dont le troisième moyen, qui seul retiendra notre attention, soutient qu'il a été victime d'un dol au sens de l'article 1116 du code civil. En effet, les baux passés par le tuteur au nom d'un mineur ou d'un majeur protégé ne confèrent au preneur aucun droit au renouvellement opposable à la personne protégée devenue capable, ni aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail. Cela est expressément prévu par l'ancien article 456 du code civil devenu l'article 504 nouveau, alinéa 2. Le preneur soutenait dans son pourvoi avoir été trompé car il n'avait pas eu connaissance du contenu de cette disposition. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation aux motifs que « *les bailleurs n'étaient tenus d'aucune obligation légale d'information, qu'ils avaient fait insérer dans la convention une clause stipulant expressément que les parties entendaient, s'agissant du renouvellement, faire application des dispositions de l'article 456 du code civil et qu'un preneur normalement diligent se serait informé sur cette clause auprès du notaire devant lequel le bail a été conclu, la cour d'appel a pu en déduire qu'il ne pouvait être reproché aux consorts X... une réticence dolosive* ».

Même si l'arrêt semble être une application banale en matière de réticence dolosive, il demeure instructif à plusieurs égards. La Cour de cassation rappelle, tout d'abord, la conception objective du dol par réticence. La réticence dolosive suppose l'établissement préalable d'une obligation d'information. La cause est entendue (V. not. Civ. 1re, 3 mai 2000, D. 2002. Somm. 928, obs. O. Tournafond ¹ ; AJDI 2007. 416, obs. S. Bigot de la Touanne ² ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ³ ; Civ. 3e, 17 janv. 2007, D. 2007. Jur. 1051, note D. Mazeaud, 1054, note P. Stoffel-Munck, et Pan. 2966, obs. S. Amrani Mekki ⁴ ; RTD civ. 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages ⁵). Les magistrats ajoutent qu'un preneur normalement diligent aurait dû s'informer sur la clause de renvoi à la loi qui serait à l'origine de son erreur (V. C. Marcou, *Le renvoi conventionnel à la loi. Etude de droit interne et de droit international privé*, thèse dactyl., Toulouse 1 Capitole, nov. 2009). A l'obligation d'informer du débiteur répondrait une obligation de s'informer du créancier. Est-ce à dire que la Cour de cassation entend désormais sanctionner une erreur inexcusable en matière de réticence dolosive, revenant ainsi sur sa position acquise depuis un arrêt rendu le 21 février 2001 ? (Civ. 3e, 21 févr. 2001, D. 2001. Jur. 2702, note D. Mazeaud, Somm. 3236, obs. L. Aynès, 2002. Somm. 927, obs. C. Caron et O. Tournafond, et 2003. Chron. 2023, J. Mouly ⁶ ; AJDI 2002. 70, obs. F. Cohet-Cordey ⁷ ; RTD civ. 2001. 353, obs. J. Mestre et B. Fages ⁸). La formule de la Cour de cassation invitant le cocontractant à « s'informer sur cette clause » pourrait relancer le débat sur une question qui partage encore aujourd'hui la doctrine. Quoiqu'il en soit de la formule utilisée par l'attendu, il est difficile de ne pas approuver l'arrêt. On ne peut reprocher au contractant de ne pas avoir informé le cocontractant du contenu et du sens d'une règle de droit qu'il avait d'ailleurs pris la peine d'introduire au sein même du contrat, rappelant ainsi la fonction pédagogique de ce dernier (J. Rochfeld, *Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique »*, RDC 2005. 257, spéc. 261 ; M. Mekki, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 323). Si le contrat sert de support pour rappeler les règles de droit applicables, il ne va pas jusqu'à mettre à la charge du contractant une obligation d'expliquer son contenu. L'acheteur aurait dû s'en remettre à son conseil ou à son notaire. Dont acte !

Ensuite, on peut se demander si l'intention de tromper reste une condition de la nullité du contrat pour réticence dolosive dans la mesure où la Cour de cassation ne fait état que de l'existence préalable d'une obligation d'information légale (exigeant une intention de tromper car le manquement à une obligation d'information ne suffit pas, Com. 28 juin 2005, D. 2005. Pan. 2836, obs. S. Amrani Mekki, et 2006. Jur. 2774, note P. Chauvel ⁹ ; RTD civ. 2005. 591, obs. J. Mestre et B. Fages ¹⁰). Peut-être n'a-t-elle pas apporté cette précision car, en amont, l'obligation d'information faisait défaut ce qui la dispensait d'en traiter.

En revanche, la question de la condition de l'intention de tromper était clairement exigée dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 27 janvier 2009 (n° 08-10.052, RTD com. 2009. 371, obs. C. Champaud et D. Danet ¹). Une société exploitait un fonds de commerce de boissons ainsi qu'une activité de dépôt de fioul domestique sur un terrain lui appartenant. Les associés ont décidé de céder la totalité de leurs parts. Une police d'assurance a été remise au cessionnaire et mentionnait, à tort, que chacun des réservoirs enterrés était entouré d'une cuve de rétention pour prévenir les risques de pollution du sous-sol. En 1996, l'activité d'exploitation de carburants est cédée à un tiers qui ne poursuit pas l'exploitation. Les cuves de fioul ont alors été démontées et enlevées. En 1999, la société cessionnaire des parts est absorbée. La société absorbante a vendu le terrain sur lequel était exercée cette activité. L'acquéreur a constaté que le terrain était pollué par les hydrocarbures. Le vendeur est mis en demeure par le préfet de remettre le site en état. Le vendeur a satisfait aux exigences du préfet et a consigné une certaine somme à valoir sur les frais de dépollution. La société absorbante a alors invoqué un dol commis par les cédants des parts sociales et a demandé leur condamnation à payer des dommages-intérêts. Les juges du fond ont fait droit à cette prétention en raison de l'inexactitude de la police d'assurance sur l'existence d'une cuve de rétention qui aurait évité la pollution du site. Selon la cour d'appel « *en remettant lors de la cession des parts une police d'assurance qui comportait une mention inexacte, alors qu'ils devaient eux-mêmes s'informer pour informer l'acquéreur en connaissance de cause, (les cédants) ont commis une faute engageant leur responsabilité* ». Sur pourvoi formé par les cédants, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel au visa des articles 1116 et 1382 du code civil. Répondant au deuxième moyen pris en sa deuxième branche, la Cour de cassation a jugé que les juges du fond auraient dû « *rechercher si les consorts X... avaient agi sciemment en vue de tromper leur cocontractant* ». Par cet attendu, la Cour de cassation rappelle qu'en matière de réticence dolosive, c'est l'intention qui compte (V. déjà, Civ. 3e, 28 juin 2005, préc.). Sur la seconde branche du troisième moyen et au visa des mêmes articles, la Cour de cassation ajoute « *qu'en statuant comme elle a fait, alors que, sauf circonstances particulières, le cédant de droits sociaux n'a pas l'obligation, pour informer le cessionnaire, de s'informer des circonstances de nature à affecter les droits et obligations de la société, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La Cour de cassation précise le périmètre de l'obligation d'information mise à la charge du cédant. Elle réserve le cas des « *circonstances particulières* » dont le sens n'est pas aisé à déterminer. Cela pourrait dépendre de la qualité des parties et de la nature des opérations. Probablement, si le cessionnaire était un dirigeant social aurait-il dû s'informer pour informer en raison du devoir fiduciaire qui le caractérise. C'est à l'avenir sur cette notion de « *circonstances particulières* » que le contentieux devrait se concentrer.

C - La sanction du contrat

Exception de nullité

Le mouvement perpétuel de l'exception de nullité

La construction jurisprudentielle du régime juridique de l'exception de nullité est l'illustration topique d'un mouvement perpétuel du droit (V. J.-L. Aubert, Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité, *in Etudes J. Ghestin*, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, p. 19 s.). Après avoir posé en principe que l'exception de nullité, à l'instar de l'action en nullité, produit ses effets rétroactivement (Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, Bull. civ. I, n° 251 ; D. 1999. Jur. 361, note P. Fronton ² ; RTD civ. 1999. 620, obs. J. Mestre ³ ; RTD com. 1999. 488, obs. B. Bouloc ⁴ ; alignement des autres chambres, Civ. 3^e, 10 mai 2001, D. 2001. Jur. 3156, note P. Lipinsky ⁵ ; RTD civ. 2001. 699, obs. N. Molfessis ⁶ ; Com. 6 juin 2001, Bull. civ. IV, n° 113 ; D. 2001. AJ 2298 ⁷ ; RTD com. 2002. 147, obs. B. Bouloc ⁸ ; Civ. 2^e, 19 oct. 2006, D. 2006. IR 2754 ⁹ ; RDI 2007. 61, obs. L. Grynbaum ¹⁰) et après avoir affirmé que l'exécution, même partielle, du contrat fait obstacle à l'exception de nullité (Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, Bull. civ. I, n° 338 ; RDI 1999. 291, obs. H. Heugas-Darraspen ¹¹ ; RTD civ. 1999. 621, obs. J. Mestre ¹²), la Cour de cassation, dans un arrêt rendu par la première chambre civile (**Civ. 1^{re}, 20 mai 2009, n° 08-13.018**, Bull. civ. I, n° 96 ; D. 2009. AJ 1479, obs. I. Gallmeister), apporte une pierre supplémentaire à cet édifice jurisprudentiel. Elle conditionne l'efficacité de l'exception de nullité à la nature de la nullité invoquée, absolue ou relative.

Par acte sous seing privé du 22 avril 1998 une société a cédé à une autre son fonds de

commerce de courtage d'assurances, constitué par la gestion d'un portefeuille AFER. Le même jour les parties ont signé une convention pour régler le sort des commissions versées par l'AFER concernant quatre clients. Le cédant a demandé le paiement de diverses sommes en exécution de la seconde convention. Le propriétaire actuel du fonds a opposé l'exception de nullité de celle-ci. La cour d'appel refuse de faire jouer l'exception de nullité. Elle observe, en premier lieu, l'indivisibilité qui existe entre les deux conventions. Puis, elle relève que, la seconde convention ayant fait l'objet d'un commencement d'exécution, l'exception de nullité ne pouvait plus être sollicitée. Sur pourvoi formé par le propriétaire du fonds, l'arrêt est cassé par la Cour de cassation au visa des articles 1304, 2262 et ensemble les articles 1131 et 1321-1 du code civil. Selon la Cour de cassation les juges du fond auraient dû « *rechercher si la nullité invoquée était une nullité relative alors que seule une telle qualification la rendait inopposable en cas d'exécution de l'obligation découlant de l'acte* ».

La décision rendue par la Cour de cassation a de quoi surprendre. D'une part, la Cour de cassation ne semble plus faire du commencement d'exécution un obstacle dirimant à l'efficacité de l'exception de nullité semblant ainsi opérer un revirement de jurisprudence. En effet, la cour d'appel a motivé l'inefficacité de l'exception de nullité par le commencement d'exécution dont avait été l'objet la seconde convention qui était liée indivisiblement à la première. La Cour de cassation ne raisonne pas de la sorte et juge que « *seule* » la qualification de nullité relative rendait l'exception de nullité « *inopposable en cas d'exécution de l'obligation découlant de l'acte* ». Désormais, le commencement d'exécution dans un cas de nullité absolue ne serait pas un obstacle à l'exception de nullité (V. égal. en ce sens, L. Leveneur, *infra*). Une partie de la doctrine avait dans le passé invité la Cour de cassation à être moins catégorique. Il lui a été proposé soit de ne pas faire du début d'exécution un obstacle à l'exception de nullité (M. Storck, L'exception de nullité en droit privé, D. 1987 Chron. 67, spéc. 69), soit de distinguer entre les hypothèses d'exécution partielle équilibrée ne faisant pas barrage à l'exception de nullité et les cas d'exécution partielle déséquilibrée excluant toute exception de nullité (J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 12, p. 25). L'exécution partielle équilibrée renverrait aux « *contrats à exécution successive qui prévoient des prestations réciproques périodiques et qui ont été régulièrement exécutés par les deux parties pendant un temps* » (*ibid.*, n° 13, p. 25). Cette solution aurait le mérite de respecter le fondement de l'exception de nullité : *quieta non movere*. Cependant, ce n'est pas la position adoptée par la Cour de cassation qui ne fait pas de distinction selon la teneur de l'exécution.

L'éviction générale des hypothèses relevant de la nullité relative peut en outre étonner. Elle suppose que toute exécution serait considérée comme une forme de confirmation de l'acte nul. Or, la confirmation ne se présume pas. Elle doit être expresse ou tacite (art. 1338, al. 2, c. civ.). Lorsqu'elle est tacite, il ne doit pas y avoir de doute sur la volonté de confirmer l'acte, ce qui suppose notamment la connaissance du vice qui l'entache. C'est d'ailleurs au regard de la nullité relative que l'exception de nullité avait le plus grand intérêt en raison de la brièveté du délai de prescription (V. par ex. Civ. 2 avr. 1946, D. 1946. Jur. 305 ; Civ. 3e, 1er févr. 1978, D. 1979. IR 509, obs. P. Jullien ; Gaz. Pal. 1978. 1. Somm. 174 ; Civ. 1re, 12 juill. 1982, D. 1982. 540 ; 19 déc. 1995, Bull. civ. I, n° 477 ; D. 1996. Somm. 328, obs. R. Libchaber  ; RTD civ. 1996. 607, obs. J. Mestre  ; D. Affaires 1996. 208 ; CCC 1996. Comm. 38, obs. L. Leveneur ; 28 nov. 1995, n° 93-16.055, nullité relative découlant de la violation des art. 121-21 s. c. consom. applicables en matière de démarchage à domicile), même si la loi du 17 juin 2008 a supprimé cette différence (art. 2224 c. civ.).

Il conviendrait ainsi, plutôt que d'exclure de manière générale la nullité relative, de préciser que toute exécution pouvant être analysée comme une confirmation serait, dans le domaine de la nullité relative, un obstacle à l'exception de nullité. Quant à la nullité absolue, il serait plus opportun, pour respecter l'adage *quieta non movere* et les principes de la prescription extinctive, que l'exception de nullité ne puisse jouer que si l'on a affaire, comme le proposait J.-L. Aubert, à une exécution partielle équilibrée.

S. A.-M.

II - L'exécution et l'inexécution

A - Le principe de cohérence

« *Lorsqu'une compagnie d'assurances, après s'être prévalu de la nature décennale des désordres affectant une construction pour exiger le versement de primes majorées, conteste devant les juges du fond la garantie correspondante pour lui substituer la garantie défaut de performance, moins onéreuse pour elle, viole l'article 1134, alinéa 3, du code civil la cour d'appel qui, pour débouter l'assuré de sa demande de dommages et intérêts contre l'assureur, retient que l'attitude de cette dernière ne constitue pas une atteinte au principe de cohérence et n'est pas révélatrice d'une faute* » (Civ. 3e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, Bull. civ. III, n° 22 ; D. 2009. Jur. 2008, note D. Houtcieff ; RDI 2009. 254, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2009. 317, obs. B. Fages ; RDC 2009. 999, obs. D. Mazeaud, et 1019, obs. G. Viney). Serait-ce le signe d'une « nouvelle avancée » du principe de cohérence en droit des contrats (V. en ce sens D. Mazeaud, obs. préc.) ? L'hésitation est permise car la Cour de cassation le rattache à l'article 1134, alinéa 3, et donc au principe de bonne foi, lui-même encadré par la Cour de cassation (Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, D. 2007. Jur. 2839, note P. Stoffel-Munck, 2844, note P.-Y. Gautier, Pan. 2966, nos obs., et Chron. C. cass. 2764, obs. M.-L. Bélaival, I. Orsini et R. Salomon ; RTD civ. 2007. 773, obs. B. Fages ; RTD com. 2007. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; CCC 2007. Comm. n° 294, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2007. 1454, obs. E. Savaux ; JCP 2007. II. 10154, obs. D. Houtcieff ; RDC 2007. 1107, obs. L. Aynès et D. Mazeaud). Aussi a-t-on pu voir dans ce rattachement la marque, sinon d'« une véritable défiance, du moins (d') une certaine prudence dans l'interprétation du devoir de cohérence » (G. Viney, préc., p. 1022 ; V. D. Mazeaud, préc., p. 1002, et la présentation des propositions émises en vue de la réforme du droit des contrats). Dans un autre domaine, celui de l'obligation de minimiser son dommage, on observe la même prudence de la Cour de cassation (Civ. 2e, 22 janv. 2009, D. 2009. Jur. 1114, note R. Loir ; RTD civ. 2009. 334, obs. P. Jourdain ; Civ. 3e, 19 mai 2009, n° 08-16.002, LEDC, oct. 2009. 6, obs. O. Deshayes ; mais sur l'éventuelle consécration de celle-ci par la voie législative V. les divers projets de réforme et le rapport d'information du Sénat, préc.).

Le principe de cohérence peut encore être invoqué pour justifier l'irrecevabilité de la demande. Il se rattache alors à l'article 122 du code de procédure civile. L'assemblée plénière de la Cour de cassation en a limité l'usage : « *La seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir. Viole l'article 122 du code de procédure civile la cour d'appel qui, pour déclarer des demandes irrecevables, s'est fondée uniquement sur le fait que le demandeur n'avait pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires alors qu'en l'espèce les actions engagées n'étaient ni de même nature ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties* » (27 févr. 2009, n° 07-19.841, à paraître au *Bulletin* ; D. 2009. AJ 723, obs. X. Delpech, et Jur. 1245, note D. Houtcieff ; RDC 2009. 1019, obs. G. Viney, spéc. 1024 sur le refus de la réception pure et simple de la notion anglo-américaine *d'estoppel*).

B - Les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité et la faute lourde

En raison de la jurisprudence *Chronopost* selon laquelle la clause limitative de responsabilité qui contredit l'obligation essentielle du contrat doit être réputée non écrite par application de l'article 1131 du code civil (D. 2006. Pan. 2638, nos obs. et les réf. citées), la faute lourde, dans son rôle d'instrument de lutte contre les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, a essentiellement été invoquée dans le domaine, non couvert par cette jurisprudence, des transports régis par un contrat type. De fait, en marge du débat sur l'obligation essentielle, relancé par la cour d'appel de Paris (Paris, 26 nov. 2008, RDC 2009. 1010, obs. T. Génicon, et 2008/2, obs. G. Viney ; JCP 2009. I. 123, n° 11, obs. P. Stoffel-Munck ; sur ce débat, V. le dossier, Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif, RDC 2008. 979 ; D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons*, D. 2008. Chron. 1776), le meilleur moyen de faire sauter les clauses limitatives de responsabilité est encore celui de la faute lourde.

Se démarquant de la jurisprudence antérieure, la chambre mixte de la Cour de cassation a subjectivement défini la faute lourde : « *La faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du*

comportement du débiteur » (Cass., ch. mixte, 22 avr. 2005, Bull. civ. n° 3 et 4 ; CCC n° 150, note L. Leveneur ; D. 2005. Jur. 1864, note J.-P. Tosi, Pan. 2748, obs. H. Kenfack, et Pan. 2836, nos obs.  ; RTD civ. 2005. 604, obs. P. Jourdain , et 779, obs. J. Mestre et B. Fages  ; RTD com. 2005. 828, obs. B. Bouloc  ; Dr. et patr., oct. 2005. 36, note G. Viney ; JCP 2005. II. 10066, note Loiseau ; RDC 2005. 651, avis R. de Gouttes, 673, obs. D. Mazeaud, et 753, obs. P. Delebecque).

Cette définition subjective de la faute lourde a été réaffirmée par plusieurs décisions récentes.

En matière de transports régis par un contrat type, la chambre commerciale a rappelé, au visa de l'article 1150 du code civil et de l'article 22-3 du contrat type général approuvé par le décret n° 99-269 du 6 avril 1999 que « *constitue une faute lourde la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée* » (**Com. 10 mars 2009, n° 08-15.457**, Bull. civ. IV, n° 38 ; D. 2009. AJ 869, obs. X. Delpech ; RTD com. 2009. 610, obs. B. Bouloc  ; RDC 2009. 1044, obs. S. Carval ; *adde*, refusant de retenir une faute lourde, **Com. 9 déc. 2008, n° 07-20.934**, Bull. civ. IV, n° 204 ; D. 2009. AJ 93 ; RTD com. 2009. 434, obs. B. Bouloc ).

Pour d'autres types de contrats, cette conception subjective de la faute lourde a également prévalu : ainsi, notamment, en matière de bail, à propos d'une clause exclusive de responsabilité qui ne portait pas sur l'obligation essentielle (**Civ. 3e, 21 janv. 2009, n° 08-10.439**, Bull. civ. III, n° 13 ; D. 2009. AJ 500 ; RDC 2009. 1044, obs. S. Carval ; CCC 2009, n° 94, note L. Leveneur). Au visa de l'article 1150 du code civil, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel qui avait estimé que le fait pour une compagnie foncière d'avoir supprimé un poste fixe de gardien dans une galerie marchande sans en informer les locataires constituait une faute qui avait fait perdre une chance d'éviter un cambriolage ou d'en réduire les conséquences et que cette faute présentait une gravité suffisante pour empêcher de se prévaloir de la clause exclusive de responsabilité. D'après la Cour régulatrice, ces motifs « ne suffisent pas à caractériser une faute lourde permettant d'écarter la clause exclusive de responsabilité », ce qui devrait par contrecoup inciter les parties à mieux rédiger leurs clauses (S. Carval, obs. préc.). D'autres décisions sont venues confirmer cette extension du champ de la définition subjective de la faute lourde (Com. 9 déc. 2008, n° 07-20.934, préc. ; 1er déc. 2009, n° 08-15.015, D. 2010. AJ 10 ).

La démonstration de l'existence d'un dol ou d'une faute lourde permet d'écarter, en droit commun du contrat, l'article 1150 du code civil aux termes duquel « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat » (sur l'incohérence de la jurisprudence qui répute non écrites les clauses limitatives de responsabilité dès qu'il y a manquement à une obligation essentielle, alors que par l'exigence d'un dommage prévisible, l'art. 1150 peut venir « relayer la clause réputée non écrite », F. Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, n° 619).

Dans les contrats « *conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs* », les clauses ayant pour objet ou pour effet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* » (art. R. 132-1, 6°, c. consom.) figurent sur la liste noire des clauses « *de manière irréfragable présumées abusives (...)* et dès lors interdites » (V. S. Carval, La responsabilité contractuelle à l'épreuve des listes « noire » et « grise » du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, RDC 2009. 1055). La proposition de directive cadre sur le droit de la consommation (V. *supra*) est plus indulgente pour les clauses de responsabilité : seules les clauses qui excluent ou limitent la responsabilité du professionnel en cas de dommage corporel subi par le consommateur sont réputées abusives en toutes circonstances ; les autres sont simplement présumées abusives.

C - La résolution du contrat

En marge de la résolution judiciaire, qui demeure, en droit français des contrats, le mode traditionnel et principal de résolution, le régime de la résolution unilatérale s'affine, au rythme

des décisions de la Cour de cassation (V. aussi, pour différentes versions, toutes assez proches dans leur esprit, les divers projets de réforme du droit des contrats).

1 - La résolution judiciaire

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé l'ancienne jurisprudence qui laisse au cocontractant victime d'une inexécution la faculté de modifier son option entre « poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée » (**Civ. 3e, 25 mars 2009, n° 08-11.326**, Bull. civ. III, n° 67 ; D. 2009. AJ 1020 ; sur la limite qu'apporte cet arrêt au principe de cohérence, V. B. Fages, RTD civ. 2009. 317  ; RDC 2009. 1004, obs. T. Génicon ; JCP 2009. Chron. n° 273, obs. P. Grosser). Cette même chambre civile a en outre rappelé que la résolution est possible en cas d'inexécution, quel que soit le motif, y compris la force majeure : « *Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit qu'il résulte de l'article 1184 du code civil que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait de la force majeure* » (Civ. 3e, 6 mai 2009, n° 08-13.824, AJDI 2009. 654  ; JCP 2009. Chron. n° 273, obs. P. Grosser).

Le juge, qui dispose d'un assez large pouvoir d'appréciation, prononce en général la résolution « s'il estime que l'altération du lien contractuel est telle que le demandeur n'aurait pas contracté s'il l'avait prévue » (Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, § 652). Ainsi, un défaut d'information, s'il est d'une gravité suffisante, peut entraîner la résolution de la vente : « *Vu les articles 1184 et 1615 du code civil ; Attendu que le manquement par le vendeur à ses obligations d'information et de conseil peut, pourvu seulement que ce manquement soit d'une gravité suffisante, justifier la résolution de la vente* » (Com. 3 févr. 2009, n° 08-15.307, inédit, JCP 2009. Chron. n° 138, obs. P. Grosser ; Civ. 1re, 28 mai 2009, n° 08-14.421, RTD civ. 2009. 720, obs. B. Fages  ; au visa des art. 1134, 1135 et 1184 c. civ., sur ces arrêts, V. JCP 2009. Chron. n° 273, obs. P. Grosser).

2 - La résolution unilatérale

Le « comportement grave » autorisant la résolution unilatérale a pu être défini comme un comportement « en opposition à la foi contractuelle, compromettant la survie même du contrat » (Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2009, § 891). En pratique, la « gravité du comportement » ou « faute grave » se déduit avant tout des manquements contractuels eux-mêmes.

La Cour de cassation exerce un véritable contrôle sur la « gravité du comportement du débiteur » qui justifie que l'autre partie mette unilatéralement fin au contrat.

Ainsi la chambre commerciale a censuré pour défaut de base légale la décision des juges du fond qui avaient jugé abusive la résiliation sans préavis par une société du contrat de sous-traitance la liant à une autre société, au motif qu'elle ne rapportait pas la preuve d'actes de détournement ou de démarchage de clientèle présentant un caractère systématique, substantiel, intensif, ciblé et organisé, et sans avoir recherché « *si le fait allégué par la société Agfa-Gevaert dans ses conclusions laissées sans réponse, que la société SMS aurait exploité frauduleusement le logiciel de celle-ci et reproduit les marques, slogans et signes distinctifs de cette société à l'appui de ses propres offres commerciales n'aurait pas caractérisé de sa part un comportement d'une gravité suffisante pour justifier la rupture immédiate du contrat de sous-traitance* » (**Com. 31 mars 2009, n° 07-20.991**, RTD civ. 2009. 320, obs. B. Fages  ; JCP 2009. Chron. n° 273, obs. P. Grosser).

L'importance du ou des manquements peut à elle seule constituer le « comportement grave » : « *après avoir relevé le caractère visible des défauts qui affectaient l'habillage en plastique d'un flacon de parfum diffusé à un prix qui exigeait un produit sans défaut, la cour d'appel, qui*

a ainsi fait ressortir la gravité du comportement de la société Mbf plastiques, a pu en déduire que la rupture unilatérale du contrat était justifiée ; que le moyen n'est pas fondé » (Com. 30 juin 2009, n° 08-14.944, inédit, JCP 2009. Chron. n° 273, obs. P. Grosser ; V. aussi Com. 23 sept. 2008, n° 07-10.025, RTD civ. 2009. 320, obs. B. Fages  qui relève qu'en l'espèce, l'attitude contraire à la bonne foi était aussi un critère important).

Parfois, c'est la « faute grave », elle aussi déduite des manquements contractuels, qui est retenue. Ainsi, dans une décision du 24 septembre 2009 (n° 08-14.524, inédit) la première chambre civile a approuvé la cour d'appel « *qui a retenu que la multiplication des non-conformités des produits aux critères microbiologiques définis par l'arrêté du 21 décembre 1979 susceptibles de conséquences sur la santé publique constituait une faute grave de la part de la société Saint Jean* » d'en avoir déduit « *que cette contamination microbienne justifiait la résiliation immédiate du contrat* ».

L'analyse de ces arrêts fait apparaître que le critère du comportement grave (ou de la faute grave) est en réalité proche de celui de l'inexécution fondamentale ou essentielle, souvent utilisé en droit comparé pour la résolution unilatérale (art. 49 Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, art. 9:301 des Principes du droit européen du contrat, art. 7:3 des Principes d'Unidroit ; V. cep. le § 323 c. civ. allemand (BGB) : « *Résolution pour cause d'inexécution ou d'exécution non conforme* »).

Parfois, des exigences très strictes, notamment en ce qui concerne la procédure de notification unilatérale, sont conventionnellement prévues par les parties. En cas de comportement grave du débiteur, la résolution unilatérale peut alors être préférée à celle conventionnellement organisée. Ainsi, la chambre commerciale a jugé, au visa de l'article 1134 du code civil, que même si aux termes du contrat, une résiliation anticipée ne pouvait intervenir qu'après trois lettres recommandées motivées, « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle* » (Com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415, RTD civ. 2009. 318, obs. B. Fages  ; CCC 2009, n° 123, note L. Leveneur ; JCP 2009. I. 273, obs. P. Grosser).

Qu'il s'agisse de la jurisprudence ou des projets de réforme, les garde-fous demeurent nombreux. L'exigence d'un comportement grave mais aussi les précautions qui entourent l'exercice du droit de notifier unilatéralement la résolution et les délais laissés au débiteur pour s'exécuter devraient, en principe, permettre d'encadrer et de limiter l'usage de la rupture unilatérale. Un élément important, révélateur de la faveur du droit français à l'égard du débiteur, est le temps laissé au débiteur pour corriger l'inexécution : une mise en demeure, assortie d'un délai, est indispensable (Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, § 661), et des délais supplémentaires pourront encore être accordés par le juge. La résolution unilatérale est traditionnellement présentée comme l'une des exceptions au principe de la résolution judiciaire (A. Bénabent, *Les obligations*, n° 393). Dans d'autres systèmes juridiques au contraire (en droit anglais par exemple), ainsi que dans les codifications doctrinales connues (Principes du droit européen du contrat, Principes d'Unidroit), elle constitue la voie principale. C'est encore loin d'être le cas en droit français. Tout au plus estime-t-on que « *c'est en réalité une véritable option qui est ouverte au débiteur mécontent* » (Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, § 661).

En pratique, y a-t-il lieu de limiter l'usage de la résolution unilatérale et de la maintenir au rang d'exception ? Indépendamment des débats juridiques qui ont trait à la place historique de la résolution judiciaire en droit français, au rôle du juge et à la manière dont il faut encadrer le pouvoir unilatéral de l'une des parties, les arguments jouent à double sens. D'un côté, l'impératif d'efficacité économique conduirait plutôt à favoriser la résolution unilatérale car elle dispense le créancier, victime de l'inexécution, de saisir le juge pour mettre fin au contrat et lui permet de conclure rapidement un nouveau contrat avec un autre partenaire économique. D'un autre côté, le fait que le contrat ait sa valeur économique propre conduit plutôt à en favoriser le maintien, et donc à limiter ce pouvoir unilatéral (V. Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, spéc. n° 660).

La partie qui décide de faire usage de son droit de résiliation unilatérale le fait « à ses risques et périls ». La formule consacrée par l'arrêt *Tocqueville* (Civ. 1re, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, D. 1999. Jur. 197, note C. Jamin, et Somm. 115, obs. P. Delebecque ; RDSS 2000. 378, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; RTD civ. 1999. 394, obs. J. Mestre, et 506, obs. J. Raynard ; GAJC, 2008, n° 180GACIV1220080029 ; Defrénois 1999. 374, obs. D. Mazeaud) est régulièrement reprise. En pratique, elle signifie que lorsque la résolution unilatérale n'apparaît pas justifiée, le maintien ou la reconduction tacite du contrat par le juge est possible : « *Mais attendu qu'ayant constaté que la société ne rapportait pas la preuve d'un quelconque manquement de M. X... à ses obligations, la cour d'appel a justement décidé que le protocole signé entre les parties n'était pas devenu caduc ; qu'il en résultait nécessairement que la lettre de notification de sa caducité ne pouvait faire échec à la reconduction tacite du contrat ; que le moyen n'est pas fondé* » (Com. 18 nov. 2008, n° 07-20.304, RTD civ. 2009. 119, obs. B. Fages ; RDC 2009. 484, obs. D. Mazeaud).

Le juge des référés a aussi le pouvoir de maintenir ou rétablir le contrat. Ainsi, après avoir réaffirmé le principe de l'intangibilité des contrats, les juges de la cour d'appel de Paris (Paris, 28 janv. 2009, RTD civ. 2009. 529, obs. B. Fages ; RJDA 2009, n° 586) ont jugé que la cessation unilatérale des livraisons était manifestement illicite et ordonné leur reprise aux conditions convenues : « *une partie à un contrat ne peut modifier unilatéralement les conditions contractuelles initiales, serait-ce en raison d'un changement dans les circonstances économiques* » et « *la convention a force de loi* » de sorte que le fournisseur devait « *supporter les conséquences de son imprévision - serait-elle le fruit d'un usage dans le secteur considéré - dans le choix ou en l'occurrence l'absence, de modalités de révision du prix* ».

Ce système redonne un certain pouvoir aux juges, *a posteriori*, c'est-à-dire une fois la résolution unilatéralement décidée. Conçu pour inciter le créancier à n'user de son pouvoir unilatéral qu'avec prudence, il évite aussi que le contrat soit appréhendé comme une simple valeur marchande (un « *bargain* »), avec, indirectement, la possibilité de le rompre unilatéralement, quitte à verser des dommages-intérêts à son ex-partenaire pour rupture illégitime. Pour des raisons pratiques évidentes, il n'est cependant pas toujours possible d'y recourir.

Dans la plupart des systèmes étrangers ou codifications privées qui instituent la résolution unilatérale comme mode premier de résolution des contrats, un tel pouvoir judiciaire n'existe pas. La résolution unilatérale, lorsqu'elle s'avère injustifiée, s'analyse alors comme une inexécution fautive du créancier qui s'exposera à des dommages-intérêts ou à la résolution à ses propres torts. Dans le même ordre d'idées, on soulignera qu'en cas de rupture brutale des relations commerciales établies, la sanction prévue est la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture (et non pas le rétablissement forcé des relations commerciales établies), sur le fondement de l'article L. 442-6-1, 5°, du code de commerce, texte qui a donné lieu à de nombreuses décisions récentes de la Cour de cassation qui en fait une application large. En pratique, les sanctions sont alors une indemnité établie sur la base de la perte de marge brute pendant le préavis qui aurait dû être consenti et, éventuellement, des dommages-intérêts supplémentaires (analysant une série d'arrêts de la chambre commerciale des 2 et 16 déc. 2008 et du 13 janv. 2009, cf. G. Viney, La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, RDC 2009. 1048).

D - La révision judiciaire en cas de changement de circonstances

Les juges ne peuvent réviser le contrat en vue de restaurer l'équilibre contractuel, même en cas de changement de circonstances. Illustration en est à nouveau donnée par cet arrêt de la troisième chambre civile de Cour de cassation, rendu le 18 mars 2009 (**Civ. 3e, 18 mars 2009, n° 07-21.260**, Bull. civ. III, n° 64 ; D. 2009. AJ 950, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2009. 611, obs. C. Dreveau ; RTD civ. 2009. 528, obs. B. Fages).

En complément du paiement d'un faible loyer, le preneur d'un contrat de bail s'était engagé à veiller sur le bailleur, âgé et dépendant. Le bailleur s'est éteint quelques mois après la conclusion du contrat et ses héritiers ont agi en justice afin que les loyers soient augmentés. Les juges du fond ont accueilli cette demande au motif que le respect de l'équilibre contractuel

l'imposait, ayant ainsi retenu « *qu'il résulte des clauses du bail que la mise à disposition du logement avait pour contrepartie le versement par la locataire d'une somme en espèces et l'exécution par elle d'une obligation de faire, que si le contrat n'a pas prévu expressément le versement d'un complément de loyer dans le cas où l'obligation de surveillance ne serait plus possible, il convient, pour respecter l'équilibre contractuel, s'agissant d'un contrat à exécution successive, de substituer à l'obligation de surveillance, devenue impossible par suite du décès du bailleur, une obligation financière équivalente* ». La Cour de cassation a censuré leur décision, au visa de l'article 1134, alinéa 1er, du code civil : « *en statuant ainsi, alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

La mise à disposition du logement avait explicitement pour contrepartie le versement par la locataire d'une somme en espèces et l'exécution par elle d'une obligation de faire ; cela résultait du contrat qui précisait que le loyer appliqué tenait compte de ce que la locataire participait à la surveillance du bailleur de jour comme de nuit. Dès lors, les juges n'auraient-ils pas pu déceler une clause *rebus sic standibus* implicite ? Il est vrai qu'une telle clause n'aurait pas suffi pour donner aux juges le pouvoir de substituer une obligation financière à l'obligation de surveillance. Le contrat aurait donc été caduc.

En droit du commerce international, la question de la révision judiciaire pour imprévision est très débattue, particulièrement en ces temps de crise économique. Les Principes d'Unidroit accordent au juge le pouvoir de réviser ou de mettre fin au contrat en cas de « *hardship* ». En revanche, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui leur est antérieure, ne traite pas directement cette question dans son article 79 qui précise les cas dans lesquels l'inexécution est excusée. Longtemps, l'interprétation dominante de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises était que cet instrument n'octroyait pas au juge un tel pouvoir (V. pour des sommaires de décisions défavorables à la théorie de l'imprévision, www.cisg.law.pace.edu). Un arrêt de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009, interprétant les dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (notamment l'art. 7.1 sur la nécessité de promouvoir une interprétation internationale uniforme de la convention), a au contraire consacré l'existence d'une obligation de renégocier les conditions financières d'un contrat : « *En matière de contrats de vente internationale de marchandises des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations ; la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat* ». Cet arrêt est publié sur le site qui diffuse les grandes décisions des juridictions nationales relatives à l'interprétation de la CVIM (<http://cisgw3.law.pace.edu> ; RDC belge 2009/9, obs. K Szychowska).

E - La force majeure

Le 28 novembre 2008, la chambre mixte s'est prononcée sur la force majeure (**Cass., ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307**, Bull. ch. mixte n° 3 ; D. 2008. AJ 3079, obs. I. Gallmeister, 2009. Jur. 461, note G. Viney, Pan. 972, obs. H. Kenfack, et 2010. Pan. 49, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2009. 129, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2009. 434, obs. B. Bouloc ; JCP 2009. II. 10011, note P. Grosser, et I. 123, spéc. n° 12, obs. P. Stoffel-Munck ; RCA 2009. Comm. 4, note S. Hocquet-Berg).

Un adolescent, passager d'un train express régional, avait été mortellement blessé en tombant sur la voie après avoir ouvert l'une des portes de la voiture et effectué une rotation acrobatique. Assignée en réparation des préjudices matériels et moraux causés par cet accident, la SNCF, demanderesse au pourvoi, invoquait le comportement « aberrant » de la victime pour s'exonérer entièrement de sa responsabilité. La cour d'appel avait en effet jugé que ce comportement, non constitutif d'une force majeure, n'était donc pas de nature à exonérer entièrement la SNCF de sa responsabilité mais justifiait d'un partage de

responsabilité. Le pourvoi est rejeté : « *Mais attendu que le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat, ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la faute d'imprudence de la victime que si cette faute, quelle qu'en soit la gravité, présente les caractères de la force majeure* ». Or, la cour d'appel « *a pu retenir que la faute de la victime, n'étant ni imprévisible ni irrésistible pour la SNCF, ne présentait pas les caractères de la force majeure et en a déduit à bon droit que celle-ci n'était pas fondée à prétendre s'exonérer de sa responsabilité* ». Cet arrêt, qui ne se prononce que sur les conditions de l'exonération totale par le fait ou la faute de la victime et laisse ouverte la question de l'exonération partielle, a déjà fait l'objet de nombreux commentaires (V. réf. *supra*).

B. F.-C.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Panorama 2009