

Droit des contrats

Soraya Amrani Mekki, Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre
Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

La chronique de droit des contrats se féminise. Ce nouveau Panorama n'en conserve pas moins l'esprit insufflé, au fil des précédentes années et de leurs Sommaires commentés, par le célèbre trio composé des professeurs Laurent Aynès, Philippe Delebecque et Denis Mazeaud.

De juillet 2004 à juillet 2005, le droit des contrats a évolué dans la continuité et le dialogue entre les diverses sources du droit.

Après un vif débat doctrinal et avec plus de deux ans de retard, la directive de 1999 sur la garantie dans la vente des biens de consommation a été transposée dans le code de la consommation (art. L. 211-1 à L. 211-18) par une ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 (les commentaires de la directive et de l'ordonnance sont si nombreux qu'il ne nous est pas paru utile de les présenter à nouveau. - V. not., O. Tournafond, La nouvelle garantie de conformité des consommateurs, D. 2005, Chron. p. 1557 ; M. Bruschi, Conformité et garantie légale, RDC 2005, p. 710 ; D. Mainguy, JCP E 2005, 630 ; A.-M. Leroyer, Conformité des biens - Transposition de la directive, RTD civ. 2005, p. 483 ; G. Paisant, La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties de la vente de biens de consommation, Contrats, conc., consom., août-sept. 2005, p. 7). Par ailleurs, les décrets n° 2005-972 et n° 2005-973 du 10 août 2005 relatifs à l'acte authentique en la forme électronique ont été publiés, inspirés en partie par la pratique notariale.

Du côté du législateur, on relèvera l'attention prêtée à la confiance, avec la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur » (D. 2005, Lég. p. 423).

La Cour de cassation a, quant à elle, rendu d'importants arrêts. Le choix fut nécessairement sélectif ; citons simplement, pour aiguïser l'appétit, la série d'arrêts relatifs aux clauses abusives (Cass. 1re civ., 1er févr. 2005 et les 4 arrêts du 15 mars 2005) ainsi que deux nouvelles décisions *Chronopost* de la Chambre mixte (22 avr. 2005).

Enfin, l'année 2005 restera marquée par la remise, au Garde des Sceaux, le 22 septembre dernier, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf), également dénommé « projet Catala », M. Pierre Catala ayant réussi l'exploit de réunir plus de trente universitaires, lesquels, en trente mois, sont parvenus à élaborer le plus important projet de réforme du droit des obligations et de la prescription jamais entrepris depuis 1804. Il ne s'agit encore que d'un avant-projet mais les auteurs de ce Panorama espèrent vivement, l'an prochain, pouvoir présenter le nouveau droit français des obligations et de la prescription.

I - La formation du contrat

A - Le processus de formation

Lors de la conclusion du contrat, l'équilibre entre liberté et sécurité se maintient grâce à une entreprise de moralisation menée par le juge à l'aide de standards juridiques tels que la bonne foi ou le délai raisonnable (sur ce thème récurrent, V. D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637). Ces outils sont d'un secours utile, qu'il s'agisse de la phase des pourparlers ou de celle de la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

1 - Les pourparlers

La moralisation des comportements opère depuis longtemps au stade des pourparlers par le biais de l'article 1382 du code civil. Si le principe demeure celui de la libre rupture des pourparlers, c'est à la condition que celle-ci ne soit pas opérée dans des circonstances fautives causant un dommage au partenaire. Cette période est sécurisée par l'instauration d'une obligation de négocier de bonne foi et de ne pas rompre brutalement les pourparlers. Or, statistiquement, il est assez rare, au nom du sacro-saint principe de liberté contractuelle, que le partenaire soit inquiété par les dispositions de l'article 1382 du code civil. Aussi lorsqu'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles prend le soin de condamner un partenaire fautif en décortiquant chaque élément du comportement qui lui est reproché et le préjudice réparable, il attire forcément l'attention (**CA Versailles, 12e ch., 3 mars 2005**, n° 03/08008. - Sur l'importance de la jurisprudence massive, M.-A. Frison-Roche et S. Bories, *La jurisprudence massive*, D. 1993, Chron. p. 287).

Tous les ingrédients étaient réunis pour faire de cette décision un modèle du genre. Pour établir le comportement fautif du partenaire (sur les caractères de la faute assouplis par la jurisprudence, V. not. J. Ghestin, *La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1993, n° 330, p. 295), un élément temporel est, d'abord, relevé par les juges : les partenaires « *en dépit de plusieurs relances recommandées, ont attendu le 30 septembre pour donner une réponse négative à une offre claire et complète articulée le 9 juillet précédent, résultant de plusieurs échanges écrits, contacts et rendez-vous intervenus dans le cadre d'une négociation qui durait depuis le 31 janvier 2002 et qui était assortie d'un engagement d'exclusivité reconduit jusqu'au 31 mai suivant* ». Il est question tant de la durée des pourparlers que du manque de célérité des partenaires à réagir aux différents courriers. A cela, les juges du fond ajoutent un élément psychologique : « *ne répondant pas rapidement à l'offre du 9 juillet 2002 qui faisait suite au rendez-vous contradictoire du 4 du même mois, ils ont maintenu abusivement la société Assor dans la quasi-certitude que l'accord définitif allait être matérialisé et que la cession interviendrait ; qu'ils ont même, par leur courrier du 9 août, laissé entendre qu'ils n'étaient pas hostiles, même si cela ne leur paraissait pas essentiel, à un report de l'exclusivité en confirmant que "bien entendu, l'ensemble des pourparlers reste confidentiel"* ». L'attente légitime de celui qui a réceptionné l'ensemble de ces informations a été déçue. Pour compléter le tout, les juges insistent sur un élément d'ordre financier : « *l'opération portant sur une somme très importante qui nécessitait pour la société Assor de prévoir les financements en rapport et de faire réaliser les études et audits préalables à l'acquisition ; que c'est sans réserve que MM. Jean-Marc et Jean-Luc Guermont ont laissé leur partenaire s'engager dans ces démarches dont la réalité est attestée notamment par les échanges de messages électroniques avec la banque Worms, par le compte rendu des missions d'audit réalisées les 17 et 18 juillet respectivement par M. Prosper pour l'informatique et par M. Gilbert Muller pour l'organisation interne ainsi que par l'intervention de la société d'expertise comptable ACE qui a établi un rapport daté du 1er août 2002* ». L'importance des investissements implique alors une diligence plus importante des partenaires. Tous ces éléments liés les uns aux autres ont permis d'établir l'existence d'une faute.

Restait alors à déterminer l'étendue du préjudice. Avec certitude, les frais occasionnés par ces pourparlers constituaient des préjudices réparables (dommages-intérêts dits négatifs). Mais que fallait-il juger des avantages non procurés par le contrat qui devait être conclu ? Est-il possible d'invoquer ne serait-ce que la perte d'une chance de conclure ce contrat, objet des pourparlers ? La doctrine est sur cette question relativement hésitante (pour une vue

d'ensemble, V. O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187 s. (1)).

Les frais occasionnés entrent généralement sans véritable débat dans le préjudice réparable. Pourtant, le débat pourrait exister. En effet, seuls les frais occasionnés du jour où le partenaire a eu un comportement fautif constituent un préjudice indemnisable. Les frais antérieurs à ce comportement fautif sont légitimes et ne devraient pas donner lieu à réparation. En l'espèce, les juges du fond observent que les partenaires fautifs « *se devaient, eu égard à l'avancée des pourparlers, de donner à la lettre du 9 juillet 2002, ou à tout le moins au rappel recommandé du 8 août, une réponse claire et définitive et de faire savoir à leur partenaire que les ultimes propositions ne leur donnaient pas satisfaction* ». C'est à cette date précise du 8 août que les frais engagés devraient devenir des préjudices indemnisables. La cour d'appel ne semble pas faire de distinction et intègre au préjudice indemnisable tous les frais occasionnés. Dans ces conditions, les dommages-intérêts ainsi octroyés ont l'allure d'une véritable peine privée.

Quant à la perte d'une chance de conclure le contrat, la doctrine fait état d'un certain malaise (sur la possibilité d'indemniser la perte d'une chance de conclure le contrat, V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 2002, n° 185, p. 184 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2004, n° 464, p. 218. - Comp. M. Fabre-Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, n° 83, p. 215). Si le partenaire parvient à établir qu'il n'a pu profiter de la conclusion d'un autre contrat avec une autre société avec laquelle il était alors en négociation, la perte d'une chance de conclure cet autre contrat pourrait être indemnisée. En revanche, jamais le défaut de conclusion du contrat ayant pour objet les pourparlers ne devrait être un préjudice indemnisable, pas même une simple perte de chance. C'est d'ailleurs de manière remarquablement claire que la cour d'appel refuse toute indemnisation des préjudices pouvant découler du défaut de conclusion du contrat. Elle précise que seule la perte de chance de conclure un contrat née d'une négociation parallèle ayant échoué aurait pu être indemnisée. Mais cette dernière preuve n'était pas établie en l'espèce : « *le préjudice indemnisable est celui qui résulte de l'exercice fautif d'un droit de rompre des négociations, et non pas du refus de vendre les titres ; que la société Assor n'est dès lors pas fondée à inclure dans son préjudice la perte de chance de l'économie fiscale qui aurait pu résulter pour elle de l'opération qui ne s'est pas faite* » (en ce sens clairement, Cass. com., 26 nov. 2003, D. 2004, Jur. p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne, et Somm. p. 2922, obs. E. Lamazerolles (2) ; RTD civ. 2004, p. 80 (3) et p. 85 (4), obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. sociétés 2004, p. 325, obs. N. Mathey (5) ; RDC 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; dans le même sens, CA Rennes, 29 avr. 1992, JCP 1993, IV, 1520).

2 - L'offre et l'acceptation

Le moment où l'offre rencontre une acceptation manque de clarté et s'avère de moins en moins prévisible (D. Mazeaud, *Etudes offertes à J. Ghestin, op. cit.*, spéc. n° 15 s., p. 644 s.). En imposant le maintien d'une offre dépourvue de délai exprès pendant un délai raisonnable, les juges contribuent à sécuriser la période de rencontre des volontés (sur le raisonnable, G. Khairallah, Le « raisonnable » en droit privé français, *Développements récents*, RTD civ. 1984, p. 439). Cependant, toute ambiguïté n'est pas levée comme en atteste l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 3e civ., 25 mai 2005**, n° 03-19.411, JCP 2005, I, 172, n° 1 à n° 5, obs. P. Grosser).

Il s'agissait, en l'espèce, d'une véritable hypothèse d'école. Un propriétaire (M. Grimaud) souhaitait vendre son bien. Pour ce faire, un mandat simple a été confié à une agence, la société Sogetrim. La nullité pour vice de forme dudit mandat n'a pas eu d'influence sur la rencontre des volontés, les juges ayant constaté l'existence d'un mandat apparent. Une offre de vente datée du 14 mai 1999 est émise mentionnant « *réponse immédiate souhaitée* ». Cette offre est acceptée le 16 juin 1999 par une société (Les Ciseaux d'Argent). Le propriétaire a, par la suite, refusé de conclure le contrat en prétendant que l'offre était caduque en raison de son acceptation rapide. Il est alors assigné par la société Les Ciseaux d'Argent et par la société Sogetrim en réalisation forcée de la vente et en paiement des honoraires du mandataire.

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

A l'instar des pourparlers, le pollicitant est libre de révoquer son offre. Lorsque l'offre comporte un délai exprès, il doit la maintenir pendant le délai imparti sauf à engager sa responsabilité délictuelle (sur l'existence éventuelle d'un engagement unilatéral de volonté en cas d'offre avec délai adressée à une personne déterminée, V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, 11e éd., Armand Colin, 2004, n° 143, p. 98. - Pour une illustration, Cass. 3e civ., 10 déc. 1997, Defrénois 1998, p. 336, obs. D. Mazeaud). A défaut de délai, la jurisprudence s'efforce par souci de prévisibilité d'obliger le pollicitant à maintenir son offre pendant un délai raisonnable (sur ce point, V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 115, p. 121, spéc. les réf. citées note 3). Le non-respect de ce délai donne lieu alors à l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Ce délai raisonnable est apprécié souverainement par les juges du fond qui se livrent à une appréciation *in concreto*. Ils prennent en compte divers éléments « *volonté tacite du pollicitant, nature du contrat projeté, usages, distance séparant les parties, variation des cours* » (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 115, p. 122-123). Dans cet esprit, l'arrêt commenté est remarquable en ce qu'il formule de façon très claire la manière dont les juges se livrent à la détermination du caractère raisonnable du délai. Les juges doivent prendre en compte « *la nature du bien et [...] la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration* ».

La solution peut paraître troublante. Si le vendeur exprime clairement, au sein de l'acte, qu'il ne souhaite pas accorder de délai, n'est-ce pas aller contre sa volonté que d'imposer un délai raisonnable de maintien de l'offre ? Le temps de l'émission de l'offre additionné au temps de la réception de l'acceptation devraient suffire. Ainsi lorsque M. Grimaud précise, en l'espèce, « *réponse immédiate souhaitée* », ne sommes-nous pas dans une hypothèse où il se refuse à accorder le moindre délai serait-il raisonnable ?

La solution doit pourtant être approuvée pour plusieurs raisons. D'abord, le délai raisonnable n'est pas un délai implicite attaché à la volonté non extériorisée du pollicitant mais un standard imposé par les juges du fond pour maintenir à ce stade du processus de formation un équilibre entre la liberté de l'un et la sécurité de l'autre. Ensuite, cette décision confirme l'idée selon laquelle, une fois émise, l'offre échappe en partie à son auteur et devient « *une valeur propre détachée du psychisme de son auteur* » (G. Rouhette, Brefs propos sur le volontarisme contractuel, in *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Mélanges D. Tallon*, éd. Société de législation comparée, Paris, 1999, p. 317 s., spéc. n° 3). En outre, l'existence d'offres sans délai qui seraient à l'origine de nombreux espoirs déçus jamais indemnisés serait facteur d'insécurité juridique. Enfin, en s'attardant davantage sur les faits, on pouvait même penser que dans l'esprit du pollicitant l'existence d'un délai raisonnable n'était pas inconcevable. N'oublions pas, en effet, qu'il avait fait appel à une agence pour procéder à la vente de son bien. Il se doutait bien que certains délais seraient nécessaires. C'est ainsi, en toute mauvaise foi, qu'il entendait se prévaloir de cette formule irréaliste selon laquelle une « *réponse immédiate* » était « *souhaitée* ». Or, non seulement ce que l'on souhaite n'est pas ce que l'on exige mais aussi ce qui est souhaité n'est pas toujours réalisé. A bon entendeur...

B - La validité du contrat

1 - L'intégrité du consentement

a - La réticence dolosive

La nullité du contrat pour réticence dolosive suppose-t-elle la preuve d'un élément intentionnel ?

La nullité du contrat pour dol, fondée sur les dispositions de l'article 1116 du code civil, suppose la réunion de deux éléments. Un élément matériel, d'abord, qui consiste dans l'existence de manoeuvres ou de mensonges. Un élément intentionnel, ensuite, l'intention de tromper le cocontractant, qui est généralement pr esum e lorsque le premier élément est établi. Cependant, il en va en principe autrement de la réticence dolosive où l'élément intentionnel ne devrait pas pouvoir se déduire de l'existence d'un simple silence. Le silence doit avoir été gard e dans l'intention de tromper. La jurisprudence semblait constante sur cette question (V. not., Cass. 1re civ., 13 févr. 1996, Bull. civ. I, n o 78 ; D. 1996, Somm. p. 265, obs. L. Aynès ; RTD civ. 1996, p. 430, obs. M. Bandrac ; Cass. com., 21 mars 2000, Dr. et patrimoine, oct. 2000, p. 103, obs. P. Chauvel) jusqu'à l'intervention d'un arrêt rendu par la premiere Chambre civile de la Cour de cassation du 13 mai 2003 (Bull. civ. I, n o 114 ; D. 2003, AJ p. 2308, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2004, Jur. p. 262, note E. Mazuyer ; RTD civ. 2003, p. 700, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2003, I, 170, n o 1, obs. G. Loiseau). A l'occasion d'un contrat de cautionnement conclu entre une banque créancière et une caution, la Cour de cassation a jugé que le silence gard e par la banque sur la situation irr emediablement compromise du débiteur était constitutif d'une réticence dolosive sans avoir à établir le caractère intentionnel. L'élément intentionnel avait, semble-t-il, disparu, du moins était-il pr esum e du seul fait du manquement à l'obligation précontractuelle d'information dont le débiteur connaissait la pertinence pour le cocontractant.

C'est dans ce contexte qu'intervient l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 juin 2005. Cette décision semble lever le doute sem e par l'arrêt du 13 mai 2003 (**Cass. com., 28 juin 2005**, n o 03-16.794, RTD civ. 2005, p. 591, obs. J. Mestre et B. Fages). Un salarié se voit offrir des bons de souscription lui donnant la faculté d'acquérir diverses actions d'une entreprise au sein de laquelle il exerce des fonctions de direction. Pour ce faire, il conclut, ainsi que son épouse, un contrat de prêt et conclut, seul cette fois, un « *contrat d'options sur actions cotées* ». Ce dernier contrat avait une nature spéculative même si la banque lui garantissait une rentabilité minimum dans l'hypothèse d'une chute trop importante des cours. En contrepartie, il consentait à la banque tous les bénéfices au-delà d'un certain plafond de plus-values. Les cours n'ont alors cessé d'augmenter et l'opération ainsi conclue s'est avérée plus rentable à la banque qu'au souscripteur. Ce dernier a alors notamment demand e la nullité de ce contrat sur le fondement de la réticence dolosive. Le pourvoi form e contre l'arrêt de la cour d'appel par le client de la banque invoquait divers manquements à l'obligation précontractuelle d'information (défaut d'information sur les risques encourus dans les opérations spéculatives ; imprécision de l'information portant sur des produits d eriv es sur un marché de gré à gré ; défaut d'information sur l'existence d'autres formules de couverture du risque de variation de cours plus avantageuses). Dans une formule ramassée et catégorique, la Cour de cassation a rejet e le pourvoi aux motifs que « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information,   le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ; que le moyen, qui se borne en ses trois branches à invoquer des manquements de la banque à son obligation précontractuelle d'information, sans all equer que ces manquements auraient été commis sciemment dans l'intention de provoquer dans l'esprit de M. Cozon une erreur déterminante de son consentement, ne peut être accueilli* ».

L'apport de cette décision est majeur. La généralité de l'attendu principal atteste du principe sans appel que la Cour de cassation entend poser par cette décision. L'arrêt peut faire l'objet d'une double lecture, à titre principal et à titre incident.

A titre principal, la Cour de cassation s'oppose à l'arrêt de la premiere Chambre civile du 13 mai 2003. Pour que le manquement à une obligation précontractuelle d'information entra ene la nullité du contrat pour réticence dolosive encore faut-il établir l'intention de tromper du débiteur de l'obligation et d'une erreur déterminante provoquée par ce manquement (notons

ici le rejet de toute conception causaliste du dol, sur ce point, V. par ex., CA Colmar, 30 janv. 1970, JCP 1971, II, 16609, note Y. Loussouarn).

La première Chambre civile de la Cour de cassation va-t-elle à l'avenir s'aligner sur la position de la Chambre commerciale ? Tout d'abord, il ne faut pas exagérer la portée de l'arrêt du 13 mai 2003 qui demeure une solution isolée. Ensuite, on peut noter que le contrat litigieux n'a rien de commun dans les deux affaires. Dans l'arrêt du 13 mai 2003, il s'agit d'une banque qui ne semble pas avoir contracté de bonne foi en n'informant pas une caution de la situation irrémédiablement compromise du débiteur cautionné. Il en va tout autrement dans l'arrêt ici commenté puisqu'il est question d'un contrat spéculatif permettant à un client de profiter de la variation des cours d'une action en toute sécurité par un système de plafonds, minimum et maximum. Spéculer n'est pas cautionner, voilà peut-être l'explication de la rigueur dont fait preuve la Chambre commerciale dans son arrêt du 28 juin 2005. Pourtant une telle interprétation restrictive détonne avec la généralité des termes utilisés par la Chambre commerciale qui n'entend pas *a priori* limiter sa position à la singularité du contrat litigieux. En revanche, l'arrêt ne remet pas en question l'octroi de dommages-intérêts fondé sur l'article 1382 du code civil en cas de violation de l'obligation précontractuelle d'information, sans avoir à établir une intention de tromper.

Quant à l'aspect incident de l'arrêt, par une sorte d'*obiter dictum* (sur la fonction de l'*obiter dictum*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 11^e éd., Dalloz, 2000, n° 47, p. 258-259), la Cour de cassation apporte une précision troublante dont la portée reste douteuse. Elle évoque, en effet, le manquement à l'obligation précontractuelle d'information en ajoutant de sa propre initiative, entre virgules, comme pour attirer l'attention : « à *le supposer établi* ». Cet excursus de la Cour de cassation pourrait ne pas être anodin. Depuis un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 15 mai 2002 (Bull. civ. I, n° 132 ; D. 2002, IR p. 1811 ; RTD civ. 2003, p. 84, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2002, I, 184, n° 1, obs. F. Labarthe), la Haute juridiction a étendu une règle relative à la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle (Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1997, Somm. p. 319, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1997, p. 434, obs. P. Jourdain, et p. 924, obs. J. Mestre) à l'hypothèse de la réticence dolosive. Par cette décision, il appartiendrait désormais à celui qui se voit reprocher un cas de réticence dolosive pour manquement à une obligation précontractuelle d'information, dont il est en principe débiteur, de prouver qu'il a bien exécuté cette dernière. Solution troublante car elle singulariserait la réticence dolosive par rapport au dol classique mais solution conforme au souci de concilier charge de la preuve et aptitude à la preuve. Or, la Chambre commerciale en ajoutant « à *le supposer établi* » ne laisse-t-elle pas entendre que c'est à celui qui se plaint d'un manquement à une obligation précontractuelle de le prouver ? Cela est fort probable et n'aurait rien de choquant. L'analogie utilisée par la Cour de cassation le 15 mai 2002 est fragile (la réticence dolosive doit être distinguée du contentieux de la responsabilité contractuelle) et revient à favoriser, sans justification, la victime d'une réticence dolosive par rapport aux autres victimes d'un vice du consentement. Dans le respect des articles 1315 et 1116 du code civil, c'est à celui qui se prétend victime d'un dol de le prouver. A ce titre, l'arrêt restaure l'héritage historique du dol en tant que délit civil (favorable à une telle restauration, V. *Rapport de la Cour de cassation*, La Doc. fr., 2001).

Les incidences de cet arrêt seraient alors fondamentales. Par cette décision, la Chambre commerciale de la Cour de cassation ferait perdre à la réticence dolosive toute singularité par rapport aux autres figures du dol. Mais la Cour de cassation passe d'un excès (l'absence d'élément intentionnel) à un autre (la preuve de l'intention de tromper et du caractère déterminant de l'erreur qui en découlerait). Le juste milieu consisterait à déduire l'élément intentionnel de la connaissance qu'avait le débiteur de l'information et de l'importance que cette information avait pour le cocontractant (en ce sens, V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 234, p. 235). Ce double constat ne serait pas difficile à établir en l'espèce. Comment expliquer alors cette rigueur de la Cour de cassation ? Pour ce faire, il suffit d'attacher un intérêt plus grand à la qualité de la victime du dol. Il est salarié, diplômé de l'ENA, ancien inspecteur des finances, et exerce ses fonctions de direction au sein de l'entreprise dont il a acheté des actions. Il a une formation qui lui permettait de se procurer les informations omises et de comprendre rapidement les mécanismes utilisés. Ce serait alors

le caractère inexcusable du comportement du client qui aurait justifié le refus d'annuler le contrat pour réticence dolosive (sur le débat relatif à la réticence dolosive qui rend toute erreur excusable, Cass. 3e civ., 21 févr. 2001, Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001, Jur. p. 2702, note D. Mazeaud, Somm. p. 927, obs. C. Caron et O. Tournafond, et p. 3236, obs. L. Aynès ; AJDI 2002, p. 70, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages ; *contra*, J. Mouly, Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste »), D. 2003, Chron. p. 2023). Mais rien au sein des motifs de la Cour de cassation ne permet d'appuyer cette interprétation. Cela reste, à ce stade, de la pure spéculation !

b - Le formalisme contractuel

Il n'est plus nécessaire de revenir sur le formalisme rigoureux qui s'impose aujourd'hui aux professionnels du crédit face à un consommateur. Ce formalisme protecteur souvent prescrit *ad validitatem* est destiné à s'assurer que la personne, réputée en situation de faiblesse, prenne conscience de la nature et de l'étendue de son engagement. La rigueur est telle qu'elle transparait au sein des sanctions subséquentes. La nullité est ainsi souvent la sanction radicale appliquée à toute irrégularité de forme. Ce formalisme est si contraignant qu'il a parfois été soutenu que, dans certaines hypothèses, c'est le consommateur qui devenait la partie forte. Cet inversement des rôles est parfois intolérable lorsque le demandeur en nullité fait manifestement preuve de mauvaise foi. C'est justement pour que rigueur ne rime pas avec rigorisme que la Cour de cassation est parfois amenée à rappeler la finalité du formalisme : la protection du consentement.

Il semble que le dialogue entre la doctrine et la Cour de cassation a été en la matière prolifique (sur les risques d'un formalisme trop rigoureux, V. D. Houtcieff, Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, RDC 2004, p. 408 s.). C'est à ce titre qu'il convient de citer un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 9 nov. 2004**, n° 02-17.028, RDC 2005, p. 403 s., obs. D. Houtcieff). En vertu de l'article L. 313-7 du code de la consommation « *à peine de nullité de son engagement [...] la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution* » pour un prêt immobilier doit « *faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X... dans la limite de la somme de [...] couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de [...], je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même"* ». Si la caution avait bien respecté la mention manuscrite de l'article précité, elle avait omis, en revanche, la conjonction de coordination « *et* » précédant la référence faite à la durée de l'engagement. Cela suffisait-il pour obtenir la nullité du contrat ? Dans l'affirmative, les juges auraient fait preuve d'un manque de réalisme flagrant. Au contraire, aussi bien les juges du fond que la Cour de cassation ont jugé qu'une telle erreur matérielle ne pouvait être constitutive d'une erreur d'ordre intellectuel. La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi formé par le consommateur caution au motif que « *l'omission de la conjonction de coordination "et" entre, d'une part, la formule définissant le montant et la teneur de l'engagement, d'autre part, celle relative à la durée de celui-ci, n'affecte ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite prescrite par l'article L. 313-7 du code de la consommation ; que dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la sanction édictée par ce texte n'était pas encourue* ». En d'autres termes, le défaut de quelques lettres n'a pas entaché l'esprit de l'acte conclu entre les parties. Tant le sens que la portée de la mention manuscrite étaient respectés. La formule « *à bon droit* » marque l'intensité du contrôle ainsi opérée par la Cour de cassation qui semble vouloir donner à cette décision une large portée dépassant les strictes limites de l'article litigieux (en ce sens, V. égal., D. Houtcieff, préc., spéc. p. 405).

Il est bon qu'à l'occasion du défaut d'une simple conjonction de coordination « *et* », la Cour de cassation ait été amenée à mettre les points sur les « *i* » !

2 - L'équilibre contractuel

L'équilibre contractuel, la proportionnalité, l'excès sont autant de notions, voire pour certains,

de principes, ayant pour objet premier de lutter contre les contrats injustes. Ils sont l'occasion pour le juge et le contrat de former un couple des plus légitimes (D. Mazeaud, Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes du droit, Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 ; F. Eudier, Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle, in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, t. 6, LGDJ, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, 2005, p. 225). Pourtant, des techniques aussi traditionnelles que l'objet (a) et la cause (b) peuvent suffire à assurer la police des contrats manifestement déraisonnables.

a - L'objet

Variations sur les clauses abusives. Un florilège de décisions relatives au droit des clauses abusives atteste de la plasticité de leur domaine et de l'hétérogénéité de leur régime, facteurs d'insécurité juridique.

Ainsi, concernant le domaine, on ne peut raisonner en termes d'extension ou de réduction. L'étendue de la protection par le droit des clauses abusives souffre d'un mouvement de flux et de reflux des plus imprévisibles. L'applicabilité de la loi relative aux clauses abusives aux personnes morales en est une illustration topique. Alors que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé le 22 novembre 2001 (aff. jtes C-541/99 et C-542/99, *Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice MN RE Sas c/ OMAI Srl*, D. 2002, AJ p. 90, obs. C. Rondey, et Somm. p. 2929, obs. J.-P. Pizzio ; 1re esp., RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. Mestre et B. Fages ; et p. 397, obs. J. Raynard ; RTD com. 2002, p. 404, obs. M. Luby) que « la notion de consommateur telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive 93/13/CEE, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques », la première Chambre civile de la Cour de cassation vient récemment de juger que le non-professionnel peut être une personne morale (**Cass. 1re civ., 15 mars 2005**, n° 02-13.285, D. 2005, AJ p. 887, obs. C. Rondey, et Jur. p. 1948, note A. Boujeka). Certes, la Haute Cour se prémunit d'une éventuelle sanction de la juridiction communautaire en prenant le soin d'insister sur une distinction que n'opère pas la directive communautaire entre le consommateur et le non-professionnel et en citant dans ses motifs la décision de la juridiction communautaire. Cependant, jusqu'à aujourd'hui, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont pu précisément distinguer le consommateur du non-professionnel. La solution frôle l'exercice de rhétorique. La situation est donc délicate et la prévisibilité du droit risque d'en souffrir. Le débat est relancé (V. sur ce point, C. Rondey, obs. préc., spéc. p. 888, *in fine*).

Dans le même esprit, par un arrêt en date du 1er février 2005, la première Chambre civile de la Cour de cassation refuse de qualifier de clauses abusives, une clause de conciliation préalable obligatoire bilatérale, censurant la cour d'appel qui avait jugé le contraire : « la clause précitée, exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur, ne revêt pas un caractère abusif » (**Cass. 1re civ., 1er févr. 2005**, n° 03-19.692, D. 2005, AJ p. 565, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2005, p. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP E 2005, 1178, p. 1333, note N. Sauphanor-Brouillaud ; D. Fenouillet, RDC 2005, spéc. p. 725). Il est vrai que cette clause ne fait que suspendre le droit d'accès au juge mais ne l'interdit pas de manière définitive (en ce sens, V. art. 6 du dernier titre consacré aux dispositions diverses et transitoires de la loi n° 2005-67 du 28 janv. 2005 [D. 2005, Lég. p. 423] : cet article ajoute à la liste indicative de l'art. L. 132-1 c. consom. un point q) qui intègre aux clauses qui ont pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice des actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, les clauses qui obligent celui-ci « à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »). En outre, la clause de conciliation ne serait pas valable si elle n'était imposée qu'au seul consommateur (interprétation *a contrario*).

La solution du 1er février 2005 laisse pourtant dubitatif et ce, même dans l'hypothèse où la clause de conciliation préalable serait bilatérale. Tout d'abord, dans cette phase de négociation (la négociation véhicule l'image péjorative du marchandage, sur ce point, V. not., A.-M. Dillens, De la délibération à la négociation dans l'histoire de la philosophie politique, in

Droit négocié, droit imposé ?, par P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (sous la dir. de), avant-propos F. Ost, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, n° 72, spéc. p. 110 s. : comparant négociation et dialogue, la première met en jeu un rapport de force, qu'exclut en principe l'espace de dialogue), le rapport de force n'est-il pas si déséquilibré qu'il risque d'exposer le consommateur à d'éventuels abus (en ce sens, obs. N. Sauphanor-Brouillaud, JCP 2005, I, 141, spéc. n° 13) ? La tentative de conciliation qui serait un atout du juge de proximité saisi pour ces petits litiges ne devrait-elle pas suffire ? Elle est d'ailleurs préférable en offrant *a priori*, et sans vouloir entrer dans les débats sur la légitimité de cette juridiction, toutes les garanties du service public de la justice. Ensuite, le point *q*) précité évoque les clauses qui ont « *pour objet ou pour effet [...] de supprimer ou d'entraver* ». En opérant cette distinction entre la suppression et l'entrave n'y a-t-il pas ici la volonté de considérer comme abusives des clauses qui ne supprimeraient pas le droit d'agir mais le retarderait ? Or, pour un consommateur, ces démarches préalables, assez fréquemment menée sans l'assistance d'un avocat, peuvent être coûteuses en temps et en argent. Ne va-t-on pas, par ce moyen, retarder encore l'échéance et décourager de nombreux consommateurs d'agir en justice ? Le risque est réel et il faut le prendre au sérieux. C'est pourquoi ces clauses pourraient ne pas résister face au droit au recours effectif au juge tel que consacré dans l'arrêt *Airey c/ Irlande* de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 octobre 1979. Par ailleurs, l'imprécision du contenu de la conciliation laisse perplexe. La conciliation hors les murs de la juridiction échappe, semble-t-il, aux principes directeurs du procès et n'est pas réglementée précisément par le droit de la consommation. Des textes communautaires peuvent pour le moment nous guider pour imposer le respect d'une procédure équitable de conciliation (Recommandations de la Commission du 30 mars 1998 et du 4 avr. 2001, Code de conduite européen des médiateurs, proposition de directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22 oct. 2004). Mais, paradoxalement, ce serait peut-être perdre là l'attrait de ce mode consensuel de règlement des litiges qui suppose une certaine simplicité. Ainsi, lorsque l'on voit fleurir les propositions de professionnalisation de la mission de conciliation, de désignation de plusieurs conciliateurs pour un même différend, on s'éloigne peu à peu des parties alors que la proximité est censée être nécessaire au succès de la conciliation.

Si la délimitation du domaine des clauses abusives est délicate, l'identification de leur régime ne l'est pas moins.

Limitons-nous au seul droit d'agir des associations de consommateurs. Trois arrêts rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation précisent le droit des associations de consommateurs (**Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005**, n° 03-13.779, n° 03-16.905 et n° 02-20.633, D. 2005, AJ p. 487, obs. C. Rondey ; RTD civ. 2005, p. 393 s., n° 8, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2005, I, 141, n° 15, obs. J. Rochfeld). Aux termes de l'article L. 421-6 du code de la consommation, les associations de consommateurs « *peuvent agir devant les juridictions civiles pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite [...], le juge peut à ce titre, ordonner [...] la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur* ». La Cour de cassation précise que l'action préventive des associations ne peut viser l'annulation des clauses de contrats individuels déjà conclus ni les modèles de contrats dont les stipulations litigieuses ont été supprimées avant ou pendant l'instance. En d'autres termes, les associations ne peuvent agir pour supprimer ces clauses de contrats en cours. Seule une action individuelle est ici possible. Pas d'action dissuasive non plus pour les clauses qui auraient été supprimées, ce qui fut le cas en l'espèce puisque toutes les clauses litigieuses avaient été supprimées, avant l'introduction de l'instance ou avant la décision au fond. Pas de réparation du dommage collectif sur le fondement de l'article 1382 si les stipulations ont été supprimées des modèles de contrat critiqués. Pour résumer, il n'y a ni fonction de « *représentation et de protection des intérêts individuels* », ni, en cas de stipulations supprimées, de fonction dissuasive ou de fonction réparatrice (sur ces distinctions, J. Rochfeld, obs. préc.). Il est étrange qu'à l'heure d'une future action de groupe, la Cour de cassation ait été aussi peu compréhensive dans l'interprétation de l'article L. 421-6 du code de la consommation.

Prix, expert et pouvoir du juge. La police judiciaire des contrats connaît cependant certaines limites au nom évidemment du respect dû à la volonté des parties. C'est dans cette

optique que la Cour de cassation ne cesse de rappeler les pouvoirs limités dont dispose le juge en matière de détermination du prix en cas d'erreur grossière de l'expert lors de l'évaluation des parts sociales. La première Chambre civile de la Cour de cassation conforte sa position lorsqu'elle censure les juges du fond qui avaient procédé eux-mêmes à l'évaluation de la valeur de parts sociales en raison de l'erreur grossière commise par l'expert désigné par les parties (**Cass. 1re civ., 25 janv. 2005**, n° 01-10.395, D. 2005, AJ p. 432, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2005, p. 608, obs. Y. Chartier ; RTD civ. 2005, p. 537, obs. C. Champaud et D. Danet. - V. déjà, 25 nov. 2003, D. 2003, AJ p. 3053, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2004, p. 93, obs. Y. Chartier ; RTD civ. 2004, p. 308, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2004, p. 116, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *adde*, L. Cadiet, Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers, obs. sous Cass. 1re civ., 25 nov. 2003 et Cass. com., 4 févr. 2004, RDC 2004, p. 750) : la « *cour d'appel qui, après avoir retenu l'erreur grossière de l'expert dans la détermination de la valeur des parts, a procédé à cette évaluation, alors qu'il appartenait au seul expert désigné en application de cet article de déterminer la valeur des parts* » a violé l'article 1843-4 du code civil (sur cet art., V. L. Cadiet, *Arbiter, arbitrator*, Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du code civil, in *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153 s.). Aujourd'hui, seule la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dénote avec cette jurisprudence dominante (6 nov. 2002, Dr. sociétés 2003, n° 65, note F. X. Lucas : sur le contentieux des SCI, elle a considéré que la formation collégiale du tribunal se trouvait *a fortiori* compétente, l'art. 1843-4 c. civ. ayant à ses yeux « *pour seul objet de permettre une désignation dans les meilleurs délais* »). Le prix demeure celui des parties et non celui du juge.

b - Existence de la cause

Sous l'angle de la cause, on aurait pu penser que la marge de manoeuvre du juge était plus large. Il n'en est rien. En principe, lorsque le juge vérifie l'existence de la cause, il se contente de vérifier l'existence d'une contrepartie. La nullité du contrat pour absence de cause n'interviendra que si la contrepartie fait totalement défaut ou en cas de contrepartie dérisoire. La liberté du juge est manifestement limitée. Pourtant, il arrive que, de manière discrète, les juges sanctionnent une simple insuffisance de contrepartie sous les traits d'une contrepartie dérisoire (la marge d'appréciation des juges est d'ailleurs plus importante depuis que la Cour de cassation se réfère à des qualificatifs tels que le caractère réel et/ou le caractère sérieux de la contrepartie, sur ce point, V. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, t. 311, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 1999, n° 100 s., p. 94 s.).

Par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, c'est sous couvert d'une contrepartie dérisoire que le juge est amené, en réalité, à sanctionner ce qui pourrait être perçu comme une simple contrepartie insuffisante (**Cass. com., 8 févr. 2005**, n° 03-10.749, T. Lambert, Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière, D. 2005, Chron. p. 1085, et AJ p. 639 ; RDC 2005, p. 684, obs. D. Mazeaud, et p. 771, obs. M. Behar-Touchais. - Pour une contrepartie véritablement dérisoire, V. Cass. 1re civ., 10 mai 2005, D. 2005, IR p. 1379 : « *attendu que la cour d'appel qui, en se référant à l'économie du contrat, a, notamment, relevé que les époux Guijarro-Gomez n'étaient obligés qu'au seul paiement des charges fixes et impôts afférents à l'immeuble et examiné leur obligation au paiement du prix convenu au regard tant de l'espérance de vie des parties que de la durée d'amortissement par rapport aux loyers qu'ils payaient antérieurement, a, en considération de ces éléments, souverainement retenu le caractère dérisoire de ce prix pour en déduire exactement l'absence de cause de l'obligation contractée par M. Vincent* »).

M. et Mme Rodier se sont portés cautions solidaires de M. et Mme Rodier-Bezeault pour l'exécution d'un contrat de fourniture conclu avec la société Brasserie de Saint-Omer en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce. Cet acte stipulait notamment un engagement de caution de ce fournisseur dans le cadre d'un prêt. Après cession du fonds par les exploitants, sans reprise du contrat par l'acquéreur, le fournisseur a engagé une action contre les cautions en paiement d'une indemnité contractuelle de rupture. Les juges du fond ont jugé que le contrat ainsi conclu entre les exploitants et le brasseur était dépourvu de cause et devait donc être annulé sur le fondement de l'article 1131 du code civil. Le pourvoi contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation : « *attendu qu'ayant relevé que l'engagement consistait à*

s'approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie de Saint-omer et avait pour contrepartie l'engagement de caution simple de cette dernière à concurrence de 20 % du prêt consenti aux distributeurs, que la Brasserie était elle-même garantie par M. et Mme Rodier, qui s'étaient portés cautions, et qu'elle ne démontrait pas avoir pris un risque réel, la cour d'appel, qui a ainsi apprécié les contreparties au jour de la formation du contrat, a souverainement estimé [...] que l'engagement pris par le brasseur était dérisoire, et en a justement déduit que le contrat litigieux était nul pour absence de cause ».

La solution peut être discutée. Quels sont les éléments permettant de penser que la contrepartie n'était pas ici dérisoire mais simplement insuffisante ? D'abord, il n'est pas certain que l'engagement de caution soit la seule contrepartie offerte par le brasseur. Le bon sens voudrait qu'à l'exclusivité d'approvisionnement de l'exploitant réponde une obligation de fourniture. Il en va de la cohérence du contrat de bière avec clause d'approvisionnement exclusif (en ce sens, M. Behar-Touchais, obs. préc.). Ensuite, en cautionnant les exploitants, le brasseur leur permet aussi d'obtenir un prêt. Or, cette obtention fait également partie de l'économie de cet ensemble contractuel. C'est donc l'insuffisance plus que le caractère dérisoire qui semble ici sanctionnée. Pourtant la Cour de cassation se focalise sur le seul contrat de cautionnement pour fonder l'existence d'une contrepartie dérisoire.

Cette solution n'est pas sans rappeler une autre, non publiée, rendue par la même Chambre le 14 octobre 1997 où, sous couvert d'une contrepartie dérisoire, c'est une insuffisance de contrepartie qui était encore sanctionnée (Cass. com., 14 oct. 1997, Defrénois, 1998, p. 1040, obs. D. Mazeaud). Doit-on s'inquiéter de cette position singulière de la Cour de cassation octroyant aux juges les moyens d'instaurer au sein du contrat une certaine équivalence entre les obligations ?

Il ne faut pas exagérer la portée de cet arrêt. Il convient de noter, en effet, le caractère circonstancié et factuel de l'attendu de la Cour de cassation. On ne peut, dans ces conditions, accorder à cet arrêt une portée générale. La solution rendue ici ne vaut qu'au regard des faits sur lesquels elle s'appuie. Elle reste, cependant, une décision importante puisqu'elle a les honneurs de la publication au *Bulletin*. Comment alors concilier ces deux remarques apparemment contradictoires ? L'explication pourrait être la suivante : la Cour de cassation ne souhaite pas poser de manière dogmatique une solution générale facteur d'insécurité juridique. Elle n'entend pas pour autant renoncer, par petites touches, à veiller à ce que des contrats manifestement déséquilibrés ne se multiplient en pratique (sur cette traque des contrats manifestement déséquilibrés, D. Mazeaud, obs. préc., spéc. p. 686).

Alors petit arrêt certes mais pour une noble cause.

Cette politique des petits pas par instrumentalisation de la notion de cause est menée de manière modérée par les juges. Les virtualités de la cause ne sont pas toujours destinées à anéantir le contrat. Elles peuvent parfois servir à sauver un contrat comme l'atteste un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 3e civ., 13 oct. 2004**, n° 03-12.035, D. 2004, AJ p. 3140, obs. Y. Rouquet ; D. 2005, Jur. p. 1617, note E. Monteiro, et Pan. p. 1090, spéc. p. 1092, obs. L. Rozès ; AJDI 2005, p. 302, obs. M.-P. Dumont ; RTD civ. 2005, p. 130, obs. J. Mestre et B. Fages). Un local commercial est donné à bail. En cours d'exécution, le propriétaire cède les murs à une société. Le locataire prend alors contact avec ce nouveau propriétaire à qui il propose de céder son droit au bail, proposition acceptée par la société bailleuse. Une réitération par acte authentique était prévue par les parties. Le cessionnaire refusant d'y procéder, le locataire cédant l'assigne afin d'obtenir la réalisation de l'acte et des dommages-intérêts. Les juges du fond déboutent le demandeur mais leur décision est cassée par la Cour de cassation au visa de l'article 1131 du code civil au motif que « *l'acquisition par le bailleur du droit au bail mis en vente par son locataire, laquelle permet au premier de recouvrer la jouissance matérielle des lieux loués, a une cause* ». Comme cela a été souligné avec justesse, les juges du fond ont confondu l'effet (le propriétaire récupère la totale jouissance d'un bien qui lui appartient déjà) et la cause qui, au jour de la cession, existait puisqu'elle réside dans la pleine jouissance matérielle des lieux loués (obs. J.-L. Aubert, Defrénois 2005, p. 1245, n° 55). Un auteur a pu y déceler une « *subjectivation de la cause* » (E. Monteiro, note préc.). Il faut être prudent avec ce mouvement

de subjectivation. Il semble plus mesuré d'analyser cette décision comme la vérification classique de l'existence d'une contrepartie réelle et sérieuse au sein de cette cession singulière, sans détour par la notion problématique de cause subjective. En tout état de cause, la solution peut être approuvée et félicitée pour sa clarté et sa mesure.

3 - Licéité et moralité du contrat

L'année 2005 a permis d'observer que les contours du contrat licite et moral sont d'intensité variable.

a - Cause immorale

La moralité de la cause n'offre plus de surprises. La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, conforte le principe posé le 3 février 1999 et juge de nouveau que les libéralités faites dans le cadre d'une relation adultère sont totalement valables (Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, D. 2004, Jur. p. 3175, note D. Vigneau ; D. 2005, Pan. p. 809, spéc. p. 813, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; RTD civ. 2005, p. 104, obs. J. Hauser ; AJ Famille 2005, p. 23, obs. F. Bicheron). L'Assemblée plénière semble aller plus loin encore en validant une libéralité qui était manifestement, en l'espèce, destinée à rémunérer les « faveurs » de la concubine : le legs « n'avait "vocation" qu'à rémunérer les faveurs de Mme X... ». Dans ces conditions, n'est-il pas encore possible d'invalider cette libéralité sur le fondement de l'article 16 du code civil (en ce sens, H. Lécuyer note sous Cass. 1re civ., 16 mai 2000, Dr. fam. 2002, n° 64) ? Le débat n'est donc pas clos. Mais en attendant « en matière de libéralités, trompe qui veut » !

b - Florilège sur les choses hors du commerce

La licéité de l'objet de l'obligation est, elle, plus mouvementée. La liste des choses frappées d'extracommercialité n'est pas immuable. Telle est la leçon que l'on peut tirer de l'observation de la jurisprudence la plus récente. Alors que certaines choses entrent dans la catégorie des choses hors du commerce juridique, d'autres en sortent. Les nouveaux élus au rang de choses hors du commerce sont l'investiture officielle d'un parti politique (Cass. 1re civ., 3 nov. 2004, RDC 2005, p. 263, obs. D. Mazeaud : plus qu'une nouveauté c'est une évidence confortée par la Cour de cassation) et les marchandises contrefaites (Cass. com., 24 sept. 2003, D. 2003, Jur. p. 2683, note C. Caron, et Somm. p. 2762, obs. P. Sirinelli ; RTD civ. 2003, p. 703, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 2004, p. 117, obs. T. Revet ; RTD com. 2004, p. 284, obs. F. Pollaud-Dullian, p. 361, obs. B. Bouloc, et p. 304, obs. J.-C. Galloux ; RDC 2004, p. 5, note B. Fages ; P. Stoffel-Munck, *Objet du contrat, La contrefaçon est hors commerce*, note sous Cass. com., 24 sept. 2003, RDC 2004/2, p. 263). Parmi les choses qui sont entrées dans le commerce juridique, on peut citer certains éléments du corps humain (V. L. n° 2004-800 du 6 août 2004 renforçant la tendance [D. 2004, Lég. p. 2089], J.-C. Galloux, *La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique*, D. 2004, *Le point sur...* p. 2379) ou le fonds libéral (Cass. 1re civ., 7 nov. 2000, Y. Serra, *L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude*, D. 2001, *Chron.* p. 2295, Jur. p. 2400, note Y. Auguet, et Somm. p. 3081, obs. J. Penneau ; D. 2002, *Somm.* p. 930, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2001, p. 130, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 167, obs. T. Revet ; et surtout la résolution du Conseil national des barreaux réuni en assemblée générale le 12 mars 2005, V. sur cette résolution, F. Violla, *Les contrats portant sur le fonds libéral, Résolution du Conseil national des barreaux*, D. 2005, *Le point sur...* p. 1500). Rien de nouveau à dire vrai. Il y a simplement des choses sacralisées, d'autres qui se désacralisent.

S. A. M.

II - L'exécution du contrat

A - Le contrat et les parties

1 - Liberté et loyauté contractuelles

Dans un contexte de tension récurrente entre liberté et loyauté contractuelles, le principe

conquérant de cohérence, parfois dénommé principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (V. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2002 ; V. *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Behar-Touchais, Economica, 2001) pourrait fournir une nouvelle grille d'explication de certaines décisions rendues par les juges français.

La Cour de cassation sanctionne régulièrement l'incohérence des contractants, de la période précontractuelle (Cass. com., 26 nov. 2003, *supra*) jusqu'à l'exécution du contrat (Cass. com., 15 janv. 2002, D. 2002, Jur. p. 1974, note P. Stoffel-Munck, et Somm. p. 2841, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; Contrats, conc., consom. 2002, Comm. n° 94 ; JCP 2002, 10157, note C. Jamin), son extinction ou sa rupture (Cass. com., 20 janv. 1998, D. 1998, Jur. p. 413, note C. Jamin, et Somm. p. 333, obs. D. Ferrier ; D. 1999, Somm. p. 114, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre ; RTD com. 1998, p. 661, obs. B. Bouloc ; JCP 1999, II, 10085, note J.-P. Chazal).

La Cour régulatrice vient de donner une nouvelle illustration de la vitalité du principe de cohérence (**Cass. com., 8 mars 2005**, n° 02-15.783, D. 2005, AJ p. 883, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2005, p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005, p. 397, obs. D. Legeais ; Rev. Lamy Droit civil, juill./août 2005, p. 5, note D. Houtcieff ; RDC 2005, p. 1015, obs. D. Mazeaud). On relèvera l'audace de la décision d'un côté, son classicisme de l'autre, tant le visa de l'article 1134, alinéa 3, du code civil qui impose la bonne foi dans l'exécution du contrat est devenu la marque de fabrique du droit français des contrats. Le litige portait sur une convention d'unité de compte entre deux sous-comptes, l'un en principe réservé aux transactions en francs et l'autre à celles en dollars. La banque avait fait fonctionner les sous-comptes comme des comptes indépendants. La Chambre commerciale a jugé, dans un arrêt de cassation, que la banque ne pouvait plus se prévaloir de la clause d'unité de compte pour retenir un solde global négatif et refuser d'exécuter des ordres de virements portant sur le compte en francs dont la position était créditrice. Elle lui a reproché d'avoir « *adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice* », et d'avoir de ce fait « *manqué à son obligation de l'exécuter de bonne foi* ». Ainsi, au nom de la cohérence contractuelle, les Hauts magistrats n'hésitent pas à priver d'effet une clause essentielle du contrat et, partant, à déroger au principe de la force obligatoire du contrat.

Ce qui est ici sanctionné n'est pas la seule contradiction au détriment d'autrui mais le fait, pour un cocontractant, de se prévaloir de dispositions contractuelles qu'il avait précédemment écartées dans son intérêt propre. Il faut donc que l'auteur de la contradiction ait auparavant adopté un comportement incompatible avec la clause par la suite invoquée. En revanche, après une période de tolérance, le contractant peut encore faire strictement respecter les termes du contrat sans que lui soit opposée une renonciation (ceci en raison notamment du régime strict des renonciations, récemment rappelé : Cass. 3e civ., 24 nov. 2004, Contrats, conc., consom. 2005, Comm. n° 38, obs. L. Leveneur, arrêt atypique qui, au double visa des art. L. 145-5 c. com. et 1134 c. civ., reproche aux juges du fond de n'avoir pas caractérisé « *la renonciation non équivoque du bailleur à se prévaloir du statut des baux commerciaux* »). Toutefois, des circonstances particulières peuvent empêcher le créancier d'invoquer certaines clauses, notamment les clauses résolutoires lorsque, après avoir toléré une absence de paiement durant une longue période, le créancier tente brusquement de s'en prévaloir à la faveur d'un retournement de situation imprévisible (Cass. 1re civ., 16 févr. 1999, D. 2000, Somm. p. 360, obs. D. Mazeaud).

Dans certains pays et dans certaines codifications modernes du droit des contrats, l'*estoppel* ou le principe d'« *interdiction de se contredire* » permet de protéger la confiance légitime trompée, allant parfois même jusqu'à créer des droits non initialement prévus au contrat ou bien encore jusqu'à forcer l'une des parties, engagée dans des négociations précontractuelles très avancées, à conclure le contrat. Ainsi, l'article 1.8 de la version 2004 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, intitulé « *interdiction de se contredire* » ou « *inconsistent behaviour* » (art. 1.8), énonce : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ». Si, comme

le souhaiterait une partie de la doctrine, un principe de cohérence, détaché du caractère subjectif et moralisateur de la bonne foi, était consacré (V. H. Muir Watt, Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français, in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303), il pourrait alors s'accompagner d'une sanction originale, empruntée au droit procédural : une fin de non-recevoir sanctionnant l'incohérence du demandeur (D. Houtcieff, obs. préc. ; comp. la version anglaise de l'*estoppel*, où celui-ci ne joue en principe que comme un « bouclier » et non pas comme une « épée »).

2 - Variations sur les libertés des contractants

a - La liberté de choisir son nouveau contractant

Dis-moi qui tu as choisi, je te dirai si je l'agrée. La faculté de choisir son contractant constitue l'un des aspects essentiels de la liberté contractuelle. Néanmoins, elle ne saurait échapper à l'obligation générale de loyauté et de bonne foi. Dans le domaine des clauses d'agrément à la cession de contrat, l'affrontement de ces deux grands principes (liberté *versus* loyauté) s'épanouit, en particulier, dans la question délicate de l'obligation de motiver le refus d'agrée.

Le droit d'agrément « *est limité par l'abus* » (Cass. com., 3 nov. 2004, RDC 2005, p. 288, obs. P. Stoffel-Munck). C'est dire qu'il n'est pas discrétionnaire et que les motifs du refus, s'ils n'ont pas à être révélés par l'agrément, pourront à tout le moins être analysés par les juges. Ceci devrait réjouir les partisans du solidarisme contractuel qui avaient regretté l'absence, en ce domaine, d'une obligation de motivation venant tempérer le pouvoir unilatéral de l'un des contractants, hormis bien sûr les cas où elle est contractuellement prévue par la clause d'agrément. Seulement, une fois énoncée la limite de l'abus, tout est question d'appréciation. Par un arrêt du 5 octobre 2004, la Chambre commerciale, sous le visa de l'article 1134, censure l'arrêt d'appel selon lequel le concédant avait commis un manquement à la loyauté contractuelle et agi avec mauvaise foi en refusant d'accorder l'agrément au candidat à l'achat du fonds alors que le refus n'était pas fondé sur la personne du candidat (la meilleure preuve en était que le concédant avait trouvé cette personne tellement apte qu'il lui avait proposé un autre fonds). D'après la Cour régulatrice, ces motifs étaient « *impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime* » (Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 [1er moyen], RTD civ. 2005, p. 127 et p. 128, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005, p. 407, obs. B. Bouloc ; Contrats, conc., consom. 2005, Comm. n° 1, obs. L. Leveneur ; JCP 2005, I, 114, obs. M. Chagny ; et du même auteur, JCP E 2005, II, 622 ; RDC 2005, p. 288, obs. P. Stoffel-Munck, et p. 384, obs. M. Béhar-Touchais ; Rev. Lamy Droit civil, janv. 2005, p. 5, note D. Mainguy et J.-L. Respaud). Dès lors, la question rebondit : à quelle aune évaluer les motifs du refus pour déterminer s'ils sont ou non légitimes ? A l'aune de l'économie du contrat certainement, mais sans doute également à celle des intérêts propres à l'agrément, surtout si l'on considère que « *la finalité de la clause d'agrément vise à protéger les intérêts de l'agrément* » (P. Stoffel-Munck, note préc.). Or ceux-ci peuvent non seulement être plus ou moins légitimes (réorganisation du réseau ou mésentente personnelle), mais aussi plus ou moins importants. Si la preuve de l'intention de nuire, constitutive de l'abus, pourra encore, à la suite de cet arrêt, être rapportée avec succès afin de s'opposer au refus d'agrément, qu'en sera-t-il, en revanche, de l'argument tiré du caractère dérisoire de l'intérêt de l'agrément au regard du préjudice important que le refus d'agrément cause à son cocontractant (dans un sens dubitatif quant aux chances de succès d'un tel argument, V. P. Stoffel-Munck, note préc.) ?

Un équilibre doit être trouvé entre les excès de la liberté contractuelle et ceux de la protection du cocontractant au nom de la loyauté contractuelle. Le principe de proportionnalité, latent, pourrait guider nos juges dans l'appréciation de l'abus dans l'exercice d'un pouvoir unilatéral.

b - La liberté d'aménager les suites de l'inexécution contractuelle

Depuis de nombreuses années, la faute lourde semblait constituer l'arme fatale contre les diverses clauses visant à aménager la suite de l'inexécution contractuelle. D'un côté, la

jurisprudence en avait à plusieurs reprises étendu la définition, allant parfois jusqu'à déduire la faute lourde du seul caractère essentiel de l'obligation méconnue. De l'autre, elle l'avait progressivement assimilée au dol (à l'exception notable de certains contrats de transport, en particulier maritimes). En l'espace de quelques mois, ce double mouvement pourrait bien avoir été stoppé. D'une part, la faute lourde suppose effectivement l'existence d'une faute lourde. D'autre part, contrairement au dol, elle ne paralyserait pas le jeu de toutes les clauses contractuelles favorables à l'auteur de la faute.

Suite de la saga Chronopost. Les arrêts de la Chambre mixte de la Cour de cassation (**Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005**, n° 02-18.326 et n° 03-14.112, D. 2005, Jur. p. 1864, note J.-P. Tosi, et Pan. p. 2748, spéc. p. 2750, obs. H. Kenfack ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. Jourdain ; Contrats, conc., consom. 2005, Comm. n° 150, obs. L. Leveneur ; JCP 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; RDC 2005, p. 651, avis de R. de Gouttes, p. 673, obs. D. Mazeaud, et p. 752, obs. P. Delebecque ; Rev. Lamy Droit des affaires, sept. 2005, n° 85.8, obs. G. Viney ; JCP E 2005, 668, obs. M. Chagny ; Resp. civ. et assur. 2005, p. 6, obs. S. Hocquet-Berg) poursuivent la saga entamée avec le premier arrêt *Chronopost*, rendu le 22 octobre 1996 par la Chambre commerciale (C. Larroumet, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, D. 1997, Chron. p. 145, Jur. p. 121, note A. Sériaux, et Somm. p. 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998, p. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997, p. 319, obs. B. Bouloc ; Contrats, conc., consom. 1997, Comm. n° 24, obs. L. Leveneur ; Defrénois, 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; JCP 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan, 4025, obs. G. Viney, et II, 22881, obs. D. Cohen. - Pour une synthèse, V. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 2000, p. 72 s.). La Chambre mixte réaffirme d'abord que dans les transports rapides ou « *express* », les clauses contractuelles limitant la réparation du préjudice causé par le retard sont dépourvues d'effet ; puis elle pose en des termes très clairs la validité de ces clauses lorsqu'elles émanent de contrats types, de nature réglementaire (source de droit très importante dans le domaine des transports), sous réserve toutefois de la faute lourde du transporteur. Depuis lors, le Conseil d'Etat a jugé, dans un arrêt rendu le 6 juillet 2005, qu'« à défaut de convention écrite définissant les rapports entre les parties au contrat, les clauses des contrats types s'appliquent de plein droit », y compris celles instituant des plafonds de réparation « *qui ne sauraient être qualifiées d'abusives* » (CE, 6 juill. 2005, req. n° 261991, D. 2005, Jur. p. 2094, note P. Delebecque).

En 1996, l'arrêt *Chronopost* fut « *l'occasion d'un nouvel épisode d'une querelle des anciens et des modernes* » (H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 156, p. 81) principalement liée au visa, par la Chambre commerciale, de l'article 1131 du code civil et, partant, au recours à l'absence de cause pour réputer la clause non écrite. Progressivement, le débat spécifique à cette utilisation inattendue de la notion de cause s'est tari, faute de sources pour l'alimenter : l'article 1131 n'est désormais plus visé par la Cour de cassation. Si le manteau de la cause s'est envolé, le corps demeure : le retard est assimilé à un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat et, de ce fait, la clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite. Le débat juridique se déplace donc de la notion de cause à celle d'obligation essentielle, laquelle peut pourtant sembler assez inadaptée lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une clause limitant le montant de la réparation car une telle clause ne supprime ni ne limite l'obligation essentielle du contrat mais porte sur la sanction de l'inexécution d'une obligation du contrat (rappr. C. Larroumet, *Les obligations*, 5e éd., Economica, 2005, n° 635 ; S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse, Paris II, § 501).

La ligne de fracture est désormais la suivante : neutralisées d'emblée lorsqu'elles sont d'origine contractuelle, ces clauses sont au contraire *a priori* valables lorsqu'elles sont d'origine légale, comme en matière de contrats de transport où la loi se matérialise en un contrat type, négocié par les professionnels et publié par décret. Les clauses instituant un plafond légal de réparation se substituent alors à celles d'origine contractuelle mais privées d'effet (Cass. com., 9 juill. 2002, D. 2002, AJ p. 2329, obs. E. Chevrier, et Somm. p. 2386, obs. P. Delebecque ; D. 2003, Somm. p. 457, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2003, p. 567, obs. N. Molfessis ; RTD com. 2003, p. 362, obs. B. Bouloc ; Contrats, conc., consom. 2003, Comm. n° 2, obs. L. Leveneur ; Dr. et patrimoine 2002, Chron. n° 3182, par F. Chabas ; JCP E 2002, p. 1923 s., obs. M. Billiau et G. Loiseau. Cette décision casse l'arrêt de CA Caen,

5 janv. 1999, JCP 2000, I, 140, obs. J. Rochfeld, qui avait condamné le transporteur à réparer l'intégralité du préjudice subi par l'expéditeur). Ainsi la règle supplétive d'origine légale remplace-t-elle la disposition contractuelle évincée (sur cette fonction directrice de la règle supplétive, V. C. Péres, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2004, n° 559 s.). Encore faudrait-il, pour que l'opération soit juste et utile, que le plafond légal ne soit pas d'un montant dérisoire. Or, en l'espèce, les conditions générales nationales de 1998, substituées aux dispositions contractuelles, prévoient seulement « *qu'en cas de retard à la livraison de son fait, Chronopost s'engage à régler une indemnité qui ne peut excéder le prix du transport, sur demande écrite de l'expéditeur* » (art. 15 du contrat type messagerie, Décr. du 4 mai 1988). C'est fort peu, fort dérisoire. Ce que la Chambre mixte accorde d'une main en réputant non écrite la clause du contrat individuel au motif qu'elle « *contredit la portée de l'engagement* », elle le retire de l'autre en jugeant que les clauses des contrats types s'appliquent alors de plein droit.

L'expéditeur nourrissait donc un dernier espoir : la faute lourde, qui fait habituellement chanceler les clauses limitatives de responsabilité. Si, dans le langage commun, la simple inexécution n'est pas synonyme de faute, et encore moins de « *faute lourde* » car celle-ci semble bien impliquer un comportement répréhensible de l'auteur de la faute, en revanche, dans le langage juridique, l'inexécution d'une obligation essentielle peut suffire à caractériser la faute lourde. Du moins l'enseignait-on, jusqu'à ces arrêts.

Le premier arrêt de la Chambre mixte rejette cette conception objective de 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 fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard* ». Ainsi, le simple retard, même inexécuté, n'est pas constitutif d'une faute lourde.

Le second arrêt apporte des précisions sur ce qui pourrait constituer une faute lourde : « *il résulte de l'article 1150 du code civil et du décret du 4 mai 1988 portant approbation du contrat type [...] que, si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat type établi annexé au décret* ». Cette définition stricte, proche de celle qu'avait retenue la Chambre commerciale et à plusieurs reprises confirmée, nous paraît opportune (rapp. G. Viney, note préc., exprimant toutefois une importante réserve quant à la césure ainsi opérée entre la faute lourde et le manquement à l'obligation essentielle ou fondamentale du contrat alors qu'il serait normal « *d'admettre qu'un tel manquement permet au moins de présumer cette faute, quitte à laisser au débiteur la possibilité de renverser cette présomption* » ; comp. D. Mazeaud, note préc.).

Quelle sera la portée de cette définition de la faute lourde ? Se limitera-t-elle aux contrats de transports dans le contexte de l'espèce, à savoir la limitation d'indemnisation par un contrat type (rapp. P. Delebecque, notes préc.), ou bien s'étendra-t-elle à tous les contrats de transport dont la nature spécifique justifie une solution particulière ou bien constituera-t-elle la nouvelle définition de la faute lourde en matière contractuelle ? Ces arrêts amorceraient alors une remise en cause générale de la notion objective de faute lourde, applicable à toutes les variétés de clauses (rapp. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Montchrestien, 2005, n° 412) ce qui paraît souhaitable. Les objectifs de prévisibilité et de cohérence conduisent, en effet, à retenir une seule et unique définition de la faute lourde, quelle que soit l'origine (contractuelle ou légale) ou la nature de la clause litigieuse et indépendamment du type de contrat. Le droit des transports terrestres a certes ses raisons que les autres droits ne connaissent pas ; mais, de son côté, le droit français des contrats doit rechercher la clarté, la cohérence, la sécurité. Comment y parvenir si une notion aussi importante que celle de faute lourde ne reçoit pas une seule et unique définition, indépendamment du type de contrat concerné ? En outre, la définition retenue par la Chambre mixte a pour elle la force de l'évidence : la faute lourde suppose une faute lourde !

Certes, les conséquences peuvent s'avérer rigoureuses pour le cocontractant victime de l'inexécution, mais il est alors d'autres moyens de sanctionner le professionnel qui, tour à tour, promet monts et merveilles (les « *maîtres du temps* »), s'engage par le contrat, se désengage par une clause. Par exemple, le transporteur pourrait être attaqué pour publicité fautive ou mensongère, comme le permet l'article L. 121-1 du code de la consommation (rappr. G. Viney, note préc.).

Enfin, il reste à se demander sur quelles bases le juge fixera le préjudice indemnisable en cas de faute lourde du débiteur. L'article 1150 du code civil qui limite la réparation au dommage prévisible ne peut pas jouer puisqu'il suppose l'absence de « *dol* », auquel est assimilé la faute lourde. Indemniserait-on tout le préjudice, même sans commune mesure avec le profit réalisé par le transporteur ? Dans le domaine du transport rapide, le pli confié, s'il n'a en lui-même aucune valeur matérielle, peut contenir les espoirs de gain d'une vie entière ou de toute une entreprise. Le préjudice peut être immensément grand. Est-il équitable d'imposer l'intégralité de la réparation au transporteur ? Cela ne s'oppose-t-il pas à l'idée, certes plus familière aux systèmes de *common law*, de juste répartition des risques entre les parties, voire, dans certaines circonstances, d'obligation pour le créancier de minimiser son dommage ?

Au royaume de la faute lourde, certaines clauses n'auraient-elles pas droit de cité ?

Dans un arrêt du 12 juillet 2004, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, au visa des articles 1134 et 2220 du code civil, que « *la disposition contractuelle abrégant le délai de prescription reçoit application, même en cas de faute lourde* » (Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-10.547, D. 2004, AJ p. 2231, obs. E. Chevrier, et Jur. p. 2296, note P. Delebecque ; RTD civ. 2005, p. 133, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005, p. 164, obs. B. Bouloc ; JCP 2005, I, 132, n° 11, obs. G. Viney ; D. Mazeaud, RDC 2005, p. 273 ; Contrats, conc., consom. 2005, Comm. n° 169, obs. L. Leveneur). La formule, large, déconcerte : « *le royaume de la faute lourde serait-il menacé* » (P. Delebecque, note préc.) ? Ainsi, la faute lourde glisserait sur les clauses de prescription, sans distiller son filtre paralysant... Comment expliquer ce régime particulier ? Cela tiendrait-il à la nature de l'institution, à savoir la prescription, dont Bigot de Préameneu déclarait que « *de toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social* » (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Videcoq, 1827, p. 573) ? De fait, si la prescription apparaît surtout favorable au débiteur car elle lui permet de se libérer et le dispense de conserver indéfiniment des factures, elle protège également l'ordre social contre les revendications tardives de créanciers négligents (J. François, *Les obligations, Régime général*, t. IV, Economica, coll. Dr. civ., 2000, spéc. n° 140). Les clauses qui abrègent les délais de prescription sont certes valables puisqu'elles vont dans le sens de la protection du débiteur et de l'intérêt social (D. Mazeaud, *Ordre public et aménagements de la prescription*, in *Les désordres de la prescription*, PUF, Rouen, 2000, p. 85 s.) ; toutefois, cette validité de principe n'est pas sans limites, en raison des dangers que feraient courir, au créancier, de trop courtes prescriptions, le privant quasiment de son droit d'agir. C'est pourquoi le législateur interdit parfois ces clauses tandis que d'autres fois, elles sont considérées comme abusives (Recommandation CCA n° 79-02).

La cohérence et la morale de notre droit supposent, non seulement que la faute lourde reçoive une définition unitaire, mais encore et surtout, qu'elle produise des effets, quelles que soient les clauses du contrat. Le *dol* ou la fraude ne continuent-ils pas d'écarter toutes les clauses ? En réalité, tout dépend de l'objet de la faute. Il paraît logique que la faute lourde dans l'exécution du contrat neutralise les clauses touchant à l'économie de la convention (fut-ce indirectement, par le biais d'une limitation du droit à réparation) mais non celles relatives au délai de prescription, à la preuve, à la compétence, du moment qu'elles n'empêchent pas d'emblée tout exercice de l'action en responsabilité, par exemple, en prévoyant un délai de prescription beaucoup trop court. En revanche, si la faute lourde concerne la mise en oeuvre de la clause de prescription, pourquoi n'en tiendrait-on pas compte ? Si le droit français n'a jusqu'à présent guère ouvertement contrôlé le comportement des parties en matière de prescription, d'autres systèmes juridiques ne s'en privent pas (par ex., par l'utilisation de l'*estoppel* ou de la maxime *non concedit venire contra factum proprium* en droits anglais et allemand). En réalité, le droit français des contrats dispose, à cet effet, d'outils bien aiguisés :

la fraude, la déchéance pour mauvaise foi (déjà consacrée par certains textes et arrêts, V. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 897) et, précisément, la faute lourde. Enfin, pour sanctionner cette fois le créancier inactif, il a été suggéré de faire courir plus vite la prescription contre celui qui laisse croire qu'il ne réclamera pas sa créance alors qu'il avait la possibilité d'agir, ce qui serait une sorte de réciprocque de la maxime *contra non valentem non currit praescriptio* (J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 1277, p. 2522).

c - La liberté de rompre unilatéralement le contrat

Bienvenue au pays de la confiance, le pays où il fait bon être consommateur et non pas distributeur.

Consommateurs ayez confiance : vous pouvez rompre le contrat ! Après le temps de l'économie numérique (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, D. 2004, Lég. p. 1868), voici venu celui des consommateurs avec la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur (D. 2005, Lég. p. 423), également dénommée loi Chatel, du nom de son rapporteur à l'Assemblée nationale (sur cette loi, V. not., J. Rochfeld, RTD civ. 2005, p. 478  ; P.-Y. Gautier, Rev. Lamy Droit des affaires, mars 2005, p. 7 ; P. Stoffel-Munck, JCP 2005, I, 129 ; B. Mallet-Bricout, Loi Chatel : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur, Dr. et patrimoine 2005, n° 140, p. 38 ; L. Leveneur, Une nouvelle loi de « protection » des consommateurs, JCP 2005, Act. 92, et I, 140, obs. H. Claret).

Pour gagner la confiance du consommateur et le protéger, rien de plus simple : il faut, comme l'indique le titre premier de la loi, « *faciliter la résiliation des contrats tacitement reconductibles* » (on laissera de côté les dispositions de cette loi relative à deux contrats de crédit spécifiques ainsi que le volet « *assurances* »). La loi innove doublement : d'une part, elle impose au « *professionnel prestataire de services* » d'informer le consommateur par écrit de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite (au plus tôt 3 mois et au plus tard 1 mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction) ; d'autre part, elle permet au consommateur auquel « *cette information n'a pas été adressée [...] de mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de la reconduction* » (nouv. art. L. 136-1 c. consom.).

Cette loi était nécessaire en raison de la multiplication des formulaires (contrats types) qui insèrent des clauses de tacite reconduction à la date anniversaire du contrat, avec des délais généralement très courts pour le dénoncer. Le consommateur submergé par le nombre de ces contrats, par l'abondance des clauses contractuelles et par la vie moderne en général, devient ainsi prisonnier malgré lui de ses contrats, état d'autant plus insupportable que ceux-ci concernent un domaine (prestation de services) où règne une concurrence acharnée et où l'espoir d'un moindre coût accroît la tentation de l'infidélité.

Cette nouvelle obligation spéciale d'information s'intègre aisément parmi celles déjà présentes dans notre droit de la consommation. Certes, elle soulèvera, à l'usage, de nombreuses difficultés pratiques : le consommateur submergé devra-t-il, se rendre à la poste le samedi matin, à l'heure de pointe, pour rechercher autant de lettres recommandées qu'il a signé de contrats tacitement reconductibles ou bien lui suffira-t-il de consulter sa messagerie électronique ? Voici que reviennent les sempiternelles questions : aura-t-il effectivement reçu et lu l'information, celle-ci pourrait-elle être noyée dans d'autres informations à caractère publicitaire ?

Si cette obligation d'information innove sans pour autant transformer l'esprit de notre droit, on ne saurait en dire autant de la sanction retenue, à savoir la liberté de résilier le contrat, au profit du seul consommateur. Ainsi, les clauses sont valables, elles produisent leurs effets, mais si l'obligation d'information n'est pas respectée alors, le consommateur retrouve l'entière liberté de résilier le contrat « *gratuitement* » et « *à tout moment* », lors même qu'il était stipulé que la tacite reconduction formerait un nouveau contrat pour la même durée que le précédent. En pratique, le contrat devient donc à durée indéterminée pour le consommateur

tandis que, de son côté, le professionnel ne pourrait le résilier avant l'expiration de la durée du contrat reconduit. Certes, cela s'inscrit dans la tendance contemporaine visant à accroître la part de l'unilatéral dans le contrat, mais habituellement la volonté unilatérale est encadrée (pour résilier le contrat, il faut respecter un délai de préavis ou certaines formalités, une lettre recommandée, par ex.). La loi précise en outre que les sommes perçues par le professionnel depuis la reconduction devront être remboursées au consommateur si elles n'ont pas eu pour contrepartie la fourniture à ce dernier de prestations pendant cette période.

Cette loi aura-t-elle un effet prophylactique, les prestataires de services préférant ne plus insérer ce type de clauses, en raison de la gestion très lourde de leur nouvelle obligation d'information, des effets radicaux de son non-respect et, d'un point de vue sociologique, des risques de dénonciation des contrats qui s'ensuivent (le consommateur submergé par les abonnements en tous genres mettra fin au contrat, convaincu, sans doute à tort, qu'il trouvera le temps de trouver mieux ailleurs) ? Le nouveau modèle de contrat serait alors, de manière fort classique, un contrat à durée indéterminée. Prodigieux législateur qui sans même les qualifier d'abusives, parviendrait ainsi à faire disparaître les clauses de reconduction pour une durée déterminée.

Afin de protéger les consommateurs, quelle est la voie la plus efficace : gagner leur confiance en leur promettant que s'ils s'engagent, ils peuvent résilier le contrat à tout moment ou interdire les pratiques déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs ? Cette deuxième voie a été retenue par la nouvelle directive CE n° 2005/29 du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JOUE L 149, p. 22). L'objectif est d'assurer aux consommateurs une protection identique contre ces pratiques, qu'ils achètent un produit auprès d'un commerçant local ou dans un autre Etat membre. La directive devra s'appliquer dans les Etats membres au plus tard deux ans et demi à compter de la date de sa publication (11 juin 2005). Le texte énonce les pratiques malhonnêtes qui seront interdites dans l'Union européenne, telles la vente forcée, les pratiques commerciales trompeuses, la publicité déloyale et réglemente également la publicité adressée aux enfants. Cette directive pose un principe général d'interdiction des pratiques commerciales déloyales (art. 5), qu'elle subdivise en pratiques trompeuses par action ou par omission (les premières mais non les secondes sont déjà encadrées par le droit français) et en pratiques agressives (art. 8 et 9).

Distributeurs, prenez garde : qui trompe votre confiance ne commet pas nécessairement un abus. La liberté de rompre le contrat, si elle constitue un principe cardinal du droit des contrats, n'est pas absolue. Encore faut-il y mettre l'art et la manière. En droit du travail, l'exercice du droit de rompre le contrat suppose, de la part de l'employeur, des motifs sérieux. Dans les relations entre professionnels, l'article L. 442-6-1, 5°, du code de commerce sanctionne la rupture brutale des relations commerciales établies, tandis que se développe une jurisprudence abondante relative au contrôle de l'abus du droit de rompre le contrat. Celle-ci est particulièrement riche en matière de contrats de distribution où s'affrontent concédants et franchiseurs, d'une part, concessionnaires et franchisés, d'autre part, et où s'entrechoquent l'impératif de liberté de la concurrence pour les uns et celui de stabilité contractuelle pour les autres. Depuis quelque temps, la Cour de cassation semble plus favorable aux uns qu'aux autres : ainsi a-t-elle tour à tour refusé de consacrer les obligations suivantes : motiver la rupture (il suffit que le délai de préavis soit respecté), réparer le préjudice subi du fait de la rupture (« *le contrat de concession n'est pas un mandat d'intérêt commun* »), assister le concessionnaire en vue de sa reconversion (J. Mestre et B. Fages, *Préavis, investissements et refus d'agrément...* ou la longue marche des concessionnaires, *RTD civ.* 2002, p. 810 ; S. Le Gac-Pech, *Rompre son contrat*, *RTD civ.* 2005, p. 223 ; D. Mazeaud, *Durées et ruptures*, *RDC* 2004, p. 129 ; M. Fabre-Magnan, *Etudes offertes à J. Ghestin, op. cit.*, p. 301).

Le concept d'abus, tel que défini par le droit commun (l'abus est constitué lorsqu'il y a intention de nuire - édifier un ouvrage sur son terrain dans le seul but de gêner son voisin - et parfois même simple légèreté blâmable), pourrait donner lieu à... des abus, sans le contrôle vigilant de la Cour de cassation. On en trouve un exemple à propos du droit du distributeur de rompre le contrat de distribution, droit restauré par la Haute juridiction qui censure en ces

termes l'arrêt d'appel : « en se déterminant par ces motifs, alors que le concédant était en droit de rompre le contrat, à tout moment, indépendamment de l'échec de la reprise de la concession, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le concédant avait fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements, n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 [2e moyen], *supra*, et les réf. citées). Ainsi, la confiance trompée ne semble pouvoir être prise en compte, en tant que condition de la faute du distributeur, que si la victime, sur le fondement de cette confiance par elle accordée aux dires ou actes de son cocontractant, a agi à son détriment, notamment en effectuant des investissements financiers qu'elle n'aurait pas spontanément entrepris. On comprend alors qu'en l'espèce les illusions perdues, en raison de leur caractère éphémère (une nuit), n'aient pu donner lieu à réparation. Qu'en aurait-il été si elles avaient duré plusieurs mois sans que des investissements matériels s'ensuivent et si le concessionnaire confiant en la stabilité de la relation contractuelle avait refusé des offres en tous genres (professionnelles, familiales, etc.) ? Qu'il faille un préjudice pour obtenir réparation et sanctionner la confiance trompée, soit : c'est un principe de base du droit français, même s'il subit parfois quelque érosion (rapp. S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, thèse, Paris II, 2001 ; en droit anglais et américain, cette question de l'existence d'un préjudice ou d'une « *detrimental reliance* » est amplement débattue à propos de l'*estoppel*). Mais quelle doit en être la nature ? Un préjudice moral pourrait-il être pris en compte s'il ne se réduisait pas aux illusions d'une nuit ? Par ailleurs, le distributeur qui rapporterait la preuve d'une faute et d'un préjudice pourrait-il obtenir le maintien forcé du contrat (V. J. Mestre, *Rupture abusive et maintien du contrat*, RDC 2005, p. 99) ?

B - Le contrat et le juge

1 - Le pouvoir d'intervention du juge

Le juge-secouriste-équilibriste. Tandis qu'entre les parties, un équilibre permanent doit être trouvé entre les principes de liberté et de loyauté contractuelles, dès que le juge entre en lice, de nouveaux terrains d'affrontement apparaissent. D'un côté, le principe de sécurité contractuelle (*pacta sunt servanda*, éventuellement doublé de *noli me tangere*, le contrat étant, aux yeux de certains, presque aussi sacré que le corps humain), de l'autre, celui d'équilibre des prestations (voire de pérennité du contrat modifié), moins ancré dans l'esprit du droit français, mais qui présente précisément la fougue de la jeunesse. Au coeur de l'affrontement : la question de la révision judiciaire du contrat, dont une superbe fresque a été dessinée (D. Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA, 30 juin 2005, p. 4). Tandis que les Principes Unidroit et les Principes du droit européen du contrat se distinguent par les larges pouvoirs de rééquilibrage, d'adjonction, de révision et même de maintien du contrat qu'ils confèrent au juge, le droit français, en l'absence de disposition légale spécifique, se caractériserait plutôt par une certaine réserve. L'exemple emblématique est l'interdiction, en droit civil, de la révision pour imprévision (B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67). On observera également que la règle de l'intangibilité du contrat a récemment regagné une parcelle de terrain, depuis longtemps perdue (Cass. 1re civ., 7 déc. 2004, *Contrats, conc., consom.* 2005, n° 60, p. 16 : l'arrêt approuve les juges du fond d'avoir appliqué aux cessions d'offices publics ou ministériels les règles du droit commun de la vente mobilière qui n'admettent pas la révision du prix). Cependant, si l'on devait dégager une évolution générale, celle-ci irait plutôt dans le sens d'un accroissement des pouvoirs du juge, que ce soit pour sanctionner certaines irrégularités ou inéquités ou bien encore pour permettre au contrat de subsister (V. D. Mazeaud, *fresque préc.*). Parfois, le juge s'abritera derrière la recherche de la commune intention des parties, entreprise d'une facilité qui peut s'avérer déroutante, comme en témoigne la jurisprudence sur les clauses d'indexation.

2 - La recherche de la commune intention des parties et la clause d'indexation

Qui recherche la commune intention des parties n'a qu'à trouver la clause d'indexation. Que ce soit pour substituer une clause licite à une autre, illicite (Cass. 3e civ., 22 juill. 1987, *Bull. civ. III*, n° 151), ou un indice déterminable à un autre, devenu indéterminable en cours de contrat, les juges n'hésitent plus à exercer leur pouvoir de révision

et de substitution, en invoquant la commune volonté des parties. Il faut les en approuver car, s'ils s'y refusaient, les conséquences seraient soit draconiennes (caducité de tout le contrat), soit inéquitable voire impraticables (caducité de la seule clause de variation de prix, avec un risque de déséquilibre et d'indétermination du prix).

L'arrêt du 12 janvier 2005 confirme cette faculté : « *parce qu'elle a souverainement recherché la commune intention des parties qui avaient stipulé une clause de variation du prix, la cour d'appel a pu substituer un nouvel indice à l'indice initialement choisi par les contractants et qui, en cours d'exécution du contrat, était devenu indéterminable* » (**Cass. 3e civ., 12 janv. 2005**, n° 03-17.260, AJDI 2005, p. 206 ; Contrats, conc., consom., juin 2005, Comm. n° 105, obs. L. Leveneur ; RDC 2005, p. 1018, obs. D. Mazeaud).

En se référant à la commune intention des parties, souverainement recherchée par les juges du fond, l'arrêt reprend une motivation classique et rassurante : après tout, le juge ne fait que ce que les parties auraient souhaité si la question leur avait été posée lors de la conclusion du contrat. Toutefois, en rattachant cette intention commune à la seule existence d'une clause de variation de prix, la Cour de cassation révèle qu'en réalité il n'y a nulle autre recherche de l'intention commune que celle qui résulte directement de l'existence de la clause. Après tout, qu'importe la part d'artifice ! Grâce à l'intercession du juge, le principe de la force obligatoire du contrat et celui du respect de l'équilibre des prestations sont ainsi réconciliés.

C - Le contrat et les tiers

1 - L'effet relatif du contrat

Que reste-t-il de l'effet relatif du contrat ? Au fil du temps et du recul de l'autonomie de la volonté, le principe de l'effet relatif du contrat en vertu duquel « *le contrat ne saurait faire naître un droit au profit ou à l'encontre d'un tiers* » (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 485), porté par le très symbolique article 1165 du code civil, a perdu une grande part de sa vigueur. Les divers cercles se sont élargis : celui des personnes obligées par le contrat, celui des demandeurs habilités à agir sur le fondement du contrat, celui des victimes pouvant se prévaloir d'une faute contractuelle, les juges n'hésitant plus à déduire l'existence d'une faute délictuelle d'un seul manquement à une obligation contractuelle. Pourtant, du principe de l'effet relatif du contrat devrait logiquement découler celui de la « *relativité de la faute contractuelle* ». Telle est en tout cas l'opinion de la Chambre commerciale, qui semble désormais bien engagée dans la résistance, malgré les récents coups donnés par la première Chambre civile à la règle de l'indépendance des fautes contractuelle et délictuelle, sans doute dans un légitime souci d'indemnisation des victimes.

2 - Faute contractuelle et faute délictuelle

La Chambre commerciale a confirmé l'autonomie de la faute délictuelle par rapport à la faute contractuelle (**Cass. com., 5 avr. 2005**, n° 03-19.370, RTD civ. 2005, p. 602, obs. P. Jourdain¹ ; Contrats, conc., consom. 2005, Comm. n° 149, obs. L. Leveneur). Sous le visa de l'article 1382, elle a jugé qu'« *un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui* » (rappr. Cass. com., 8 oct. 2002, JCP 2003, I, 152, obs. G. Viney).

La messe serait dite si, de son côté, la première Chambre civile n'avait pas adopté une solution radicalement opposée, allant jusqu'à juger, parfois même au double visa des articles 1165 et 1382, que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à apporter d'autres preuves* » (Cass. 1re civ., 18 juill. 2000, D. 2000, IR p. 217² ; RTD civ. 2001, p. 146, obs. P. Jourdain³ ; Contrats, conc., consom. 2000, Comm. n° 275, obs. L. Leveneur ; 13 févr. 2001, D. 2001, Somm. p. 2234, obs. P. Delebecque⁴ ; RTD civ. 2001, p. 367, obs. P. Jourdain⁵ ; 18 mai 2004, D. 2005, Pan. p. 185, spéc. p. 187, obs. D. Mazeaud⁶ ; RTD civ. 2004, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages⁷, et p. 516, obs. P. Jourdain⁸ ; RTD com. 2004, p. 804, obs. B. Bouloc⁹). Ainsi, le tiers victime pourrait être mieux traité que le cocontractant victime de l'inexécution mais dont l'indemnisation serait limitée par une clause limitative de

responsabilité valable.

Si cette solution prend davantage en compte les intérêts de la victime, ainsi dispensée de rapporter la preuve d'un « *manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui* », elle ne paraît ni juste ni conforme aux grands principes qui gouvernent le droit de la responsabilité (G. Viney, préc. ; D. Mazeaud, préc. p. 187). En effet, elle remettrait en cause le fondement même du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle « *dont la raison d'être consiste précisément à empêcher que l'application des règles délictuelles ne vienne perturber l'équilibre du contrat et le vider de son contenu* » (G. Viney, préc.) ; la victime, sans être freinée par d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité ou attributives de compétence, pourrait alors saisir le juge du lieu du fait dommageable ou celui du lieu où le dommage a été subi (art. 46 NCPC) et demander la réparation intégrale de son dommage.

Si l'orthodoxie juridique de l'arrêt de la Chambre commerciale mérite entière approbation, encore faut-il réserver les hypothèses où le manquement à l'obligation contractuelle constitue également une faute délictuelle car cette obligation n'est pas « *purement économique* » c'est-à-dire « *assumée par le débiteur au profit du seul créancier et qui a pour seul support le contrat* » mais traduit un « *devoir général de comportement* » (G. Viney, préc. ; adde, P. Jourdain, obs. préc. sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2004). En ce cas, la faute délictuelle se confond avec la faute contractuelle dont elle résulte directement, de sorte que l'identification de l'inexécution à une faute délictuelle ne heurte pas le principe de la relativité de la faute contractuelle. Tel est le cas, notamment, de l'obligation de sécurité ou de l'obligation accessoire d'information pesant sur des professionnels.

Parfois, le sort des tiers victimes mériterait néanmoins d'être adouci. En effet, des circonstances particulières pourraient justifier que la victime de l'inexécution d'une obligation purement économique, tiers au contrat mais non moins directement concernée par sa bonne exécution, puisse demander réparation du préjudice subi du fait du manquement contractuel (lorsque, par ex., elle a conclu un accord de commercialisation des produits d'une société qui subit la défaillance de son propre contractant). La voie, pour le moment refermée par l'arrêt *Besse* (Cass. ass. plén., 12 juill. 1991, D. 1991, Jur. p. 549, note J. Ghestin, et les auteurs cités  ; RTD civ. 1991, p. 750, obs. P. Jourdain  ; *ibid.* 1992, p. 90, obs. J. Mestre , et p. 593, obs. F. Zenati  ; *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, n° 174), consisterait à étendre le domaine de la responsabilité contractuelle en élargissant le cercle des personnes admises à agir sur le fondement du contrat lui-même (rapp. G. Viney, obs. préc.). Si la première Chambre civile avait, en son temps, admis l'action directe en responsabilité contractuelle dans les chaînes de contrats, c'était précisément parce que le jeu de la responsabilité civile délictuelle venait déjouer les prévisions du débiteur défaillant. Et de fait, si l'on autorise la victime à se prévaloir de l'inexécution contractuelle, le débiteur devrait pouvoir opposer son contrat dès lors qu'il n'a pas commis de manquement à un devoir général de prudence et de diligence. En définitive, pour réconcilier la Chambre commerciale et la première Chambre civile, dans le respect de l'orthodoxie juridique, il n'y a donc pas une voie mais trois voies à suivre : maintenir la règle de l'indépendance des fautes contractuelle et délictuelle, admettre qu'un manquement à un devoir général de prudence et de diligence constitue une faute délictuelle, élargir le cercle des victimes autorisées à exercer une action contractuelle directe.

B. F.-C.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Droit des contrats * Panorama 2004-2005