

Droit des contrats (octobre 2005/septembre 2006)

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

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

### L'essentiel

Une belle moisson de décisions est venue enrichir le droit français des contrats (V. tout dernièrement, l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 oct. 2006, qui permet au tiers à un contrat d'invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, la note de G. Viney à paraître au Recueil).

Quelques exemples des évolutions produites entre octobre 2005 et septembre 2006 : la nouvelle révérence à la notion de cause, malgré le vacarme doctrinal qu'avait suscité le 1er arrêt *Chronopost* de 1996 ; la chute de l'un des derniers bastions de résistance à l'exécution forcée en nature avec le revirement sur le pacte de préférence. Dans d'autres domaines, les revirements sont souvent le résultat d'une politique des petits pas suscitant approbation (Cass. 1re civ., 28 mars 2006) ou étonnement (Cass. 1re civ., 24 janv. 2006) de la doctrine.

De son côté, le livre III, titre III du code civil est resté stable, non modifié par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (ci-après dénommé avant-projet), actuellement entre les mains de la Chancellerie, après soumission à divers groupes d'experts. Simple modèle doctrinal, l'avant-projet constitue d'ores et déjà une importante source d'inspiration pour tous, y compris les conseillers de la Cour de cassation qui s'y reportent parfois dans leurs rapports.

Qu'en est-il hors de nos frontières ? Dans une Résolution sur le droit européen des contrats, adoptée le 7 septembre 2006 (P6 - TA-Prov (2006) 009-07), le Parlement européen rappelle que l'initiative concernant le droit européen des contrats est « la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil ». Il invite la Commission à mettre en oeuvre le projet relatif à un « Cadre commun de référence élargi à des questions générales de droit des contrats, allant au-delà du domaine de la protection des consommateurs ». Là où la Commission n'envisageait plus qu'un éventuel instrument optionnel et adoptait depuis quelque temps une attitude prudente, insistant, surtout sur la « révision de l'acquis » (V. le premier rapport annuel du 23 sept. 2005 (COM (2005) 0456 final)), il précise que le résultat final à long terme pourrait être un « instrument contraignant ». Dans le même temps, les travaux relatifs au Cadre commun de référence (CCR) se poursuivent au sein de divers groupes de travail européen. De son côté, la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 15 décembre 2005 (Rome I, COM (2005) 650 final), actuellement en cours de négociations, entend promouvoir certaines codifications doctrinales en autorisant les parties à « *choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire* » (art. 3, § 2). L'exposé des motifs précise que « la formulation retenue vise à autoriser notamment le choix des Principes Unidroit, des *Principles of European Contract Law* ou d'un éventuel futur instrument communautaire optionnel, tout en interdisant le choix de la *lex mercatoria*, insuffisamment précise, ou de codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale ».

### *Première partie : la formation du contrat*

La formation du contrat résulte d'une procédure contractuelle d'échange des consentements qui est un élément caractéristique de la notion de contrat à l'origine de nombreuses controverses (I). Si la célèbre formule d'A. Fouillée « *qui dit contractuel, dit juste* » a un sens, la procédure contractuelle doit assurer un certain équilibre pour garantir l'objectif de justice contractuelle, comme en attestent certaines décisions de justice rendues cette année en matière de cause (II). Quant aux sanctions du contrat, la théorie des nullités n'en finit pas d'évoluer (III).

#### I - Le processus d'échange des consentements

##### A - Les pourparlers

En matière de rupture des pourparlers, les caractères de la faute susceptible d'engager la responsabilité sont désormais connus. La rupture ne constitue jamais, à elle seule, une faute. Seules les circonstances de la rupture peuvent constituer une faute pouvant donner lieu à réparation (sur les appréciations minutieuses opérées par les juges du fond, V. CA Versailles, 12e ch., 3 mars 2005, D. 2005, Pan. p. 2836, obs. S. Amrani Mekki ). Reste cependant la question du préjudice indemnisable (S. Menu, Réflexions sur le préjudice précontractuel, LPA 2006, n° 23, p. 6). Plus précisément, une fois la faute établie, il convient encore de déterminer les préjudices causés par ce comportement anormal (sur l'évolution jurisprudentielle, V., **Cass. 3e civ., 28 juin 2006, n° 04-20.040**, D. 2006, IR p. 1990 ; JCP G 2006, II, 10130, note O. Deshayes ; *ibid.*, I, 166, n° 6, obs. P. Stoffel-Munck).

Un début de réponse avait été apporté par le célèbre arrêt *Manoukian* (Cass. com., 26 nov. 2003, D. 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne, et p. 2922, obs. E. Lamazerolles  ; Rev. sociétés 2004, p. 325, obs. N. Mathey  ; RTD civ. 2004, p. 80, J. Mestre et B. Fages  ; RDC 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud). A la question de savoir si le partenaire victime d'une rupture fautive des pourparlers pouvait obtenir la réparation de la perte d'une chance de réaliser les gains découlant de l'exécution du contrat, la Chambre commerciale avait répondu que « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ». L'absence de lien de causalité entre les circonstances fautives de la rupture et les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat justifie donc le rejet de toute indemnisation de la perte d'une chance. Malgré la clarté et le caractère incisif de l'attendu, cette décision était restée isolée (voire contredite, Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-10.157 ; Cass. 3e civ., 30 mars 2005, n° 04-10.662, AJDI 2005, p. 597 ). L'arrêt du 28 juin 2006 qui a les honneurs d'une large diffusion (FP-P+B+R+I) confirme cette désormais célèbre jurisprudence *Manoukian*. Il est d'autant plus déterminant qu'il émane de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dont la position la plus récente paraissait, sur ce point, ambiguë.

Au surplus, la formulation de l'arrêt *Manoukian* avait laissé planer quelques doutes sur l'éventuel lien de causalité qui pourrait exister entre la rupture des pourparlers elle-même et la perte d'une chance de réaliser les gains liés à l'exécution du contrat. L'arrêt ici rapporté ne se borne pas à consacrer le principe posé par la Chambre commerciale car il change quelque peu de formulation. Au visa de l'article 1382 du code civil, il est indiqué « *qu'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ». L'arrêt d'appel est alors cassé en ce qu'il avait attribué à l'acquéreur évincé 6 millions de francs pacifiques pour « *perte d'une chance sur le manque à gagner résultant de la disparition du programme immobilier envisagé* ». En utilisant une formule plus générale, la Cour de cassation exclut l'existence d'un lien de causalité, tant avec les circonstances fautives de la rupture qu'avec la rupture elle-même.

Désormais, de deux choses l'une : ou bien le point de départ du raisonnement est l'existence de circonstances fautives et il n'y a pas de lien de causalité avec les gains espérés par la conclusion du contrat ; ou bien ce point de départ est la rupture des pourparlers soit la non conclusion du contrat et de ce fait il n'y a pas de faute (illustration du « *primat de la liberté contractuelle* », D. Mazeaud, *La politique contractuelle de la Cour de cassation, in Libres*

*propos sur les sources du droit, Mélanges P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 371, spéc. n° 8 s. ; adde, O. Barret, Variations autour du refus de contracter, in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 3, spéc. n° 9 s.). Seules les pertes subies et certains gains manqués pendant les négociations peuvent être indemnisés (comp. Cass. com., 11 juill. 2006, inédit, n° 04-16.773). S'il n'y a pas de réparation de la perte d'une chance découlant du profit du contrat projeté, il peut toutefois en aller autrement lorsque les circonstances fautives ont empêché la conclusion d'un contrat avec un tiers. L'établissement d'un lien de causalité est alors envisageable car ce n'est pas la rupture des pourparlers, non fautive, qui a empêché la conclusion du contrat avec un tiers intéressé mais ce sont les circonstances fautives qui sont en cause. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'une partie a laissé croire au partenaire que le contrat serait conclu. Ce faisant, elle a détourné la victime d'autres partenaires sérieusement intéressés ce qui constitue la cause de la perte d'une chance de conclure le contrat (en ce sens, P. Stoffel-Munck, obs. préc. ; O. Deshayes, note préc.). Ces circonstances fautives pourraient aussi empêcher, de manière certaine, la conclusion du contrat avec le tiers. C'est notamment l'hypothèse où une proposition ferme et précise dont les termes sont plus avantageux ou aussi avantageux que le projet des pourparlers a été faite par un tiers. Si l'offre était pourvue d'un délai exprès et qu'elle est devenue caduque avant la fin des pourparlers, l'absence de conclusion du contrat constitue alors un préjudice pur et simple et non une simple perte d'une chance.*

## B - Les avant-contrats

### 1 - Les promesses croisées d'achat et de vente

Il n'est plus nécessaire de rappeler le flou artistique qui enveloppe la période des promesses précontractuelles (V. not. D. R. Martin, *Des promesses précontractuelles*, in *Droit et actualité*, Etudes J. Béguin, Litec, 2005, p. 488). Art voulu par une jurisprudence qui se veut souple, art subi par des partenaires qui ont, tout au contraire, besoin à ce stade de prévisibilité. Cette période précontractuelle nourrit un contentieux abondant où les juges sont amenés à sonder les accords conclus afin de déterminer les droits et obligations de chacun. Dans cet art majeur, une vedette : les promesses croisées d'achat et de vente (V. Y. Streiff, *Qualification juridique des promesses croisées d'achat et de vente d'actions*, Bull. Joly, mars 1990, p. 272). Un arrêt du 22 novembre 2005 illustre la nature des difficultés qui doivent alors être surmontées (**Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183**, D. 2006, AJ p. 149, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2006, p. 302, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. sociétés 2006, p. 521, obs. J.-F. Barbieri ; RDC 2006, p. 383, obs. P. Brun ; Defrénois, 2006, p. 605, obs. R. Libchaber).

Par acte du 22 juillet 1986, les consorts X... cèdent aux consorts Y... 90 % des titres d'une société. Pour les 10 % restants, les consorts Y... s'engagent solidairement et indivisiblement à les acheter, au plus tard le 31 décembre 1987, pour un prix définitif de 140 000 euros. Les consorts X... s'engagent solidairement et indivisiblement à les vendre au plus tard le 31 décembre 1987 pour le même prix. Or, à cette date, la cession du reste des actions n'est pas réalisée. 10 ans plus tard, les tribunaux sont saisis afin de déterminer la nature de l'acte conclu. L'enjeu est de savoir s'il s'agit d'une promesse unilatérale, caduque en raison du terme échu, ou d'une promesse synallagmatique autorisant l'acheteur à obtenir l'exécution forcée en nature. La Cour de cassation au visa des articles 1134 et 1589 du code civil a jugé que « *l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes* ».

Ces deux promesses unilatérales sont donc qualifiées de promesse synallagmatique lorsqu'il y a identité d'objet et identité de formulation (V. déjà, Cass. com., 16 janv. 1990, D. 1992, Somm. p. 177, obs. J.-C. Bousquet et G. Bugeja). La seconde peut d'ailleurs être perçue comme un indice de la première. Mais alors, la terminologie est trompeuse car deux promesses qui se croisent ne se rencontrent pas pour autant (comp. Cass. 3e civ., 26 juin 2002, RTD civ. 2003, p. 77, obs. J. Mestre et B. Fages). Il faut plutôt parler de deux promesses qui se reflètent l'une l'autre, comme dans un miroir, l'une étant l'image inversée de l'autre. Parlera-t-on alors de promesses réfléchies ?

Or, qu'en était-il en l'espèce ? L'engagement était manifestement ambigu et il était difficile de déterminer avec certitude si les parties avaient voulu conclure une promesse synallagmatique ou deux promesses unilatérales. La Cour de cassation a choisi de faire produire un effet utile à cette promesse en la qualifiant de synallagmatique. La formulation générale retenue par la Cour de cassation peut cependant étonner. Elle étonne, tout d'abord, par la généralité des termes utilisés par la Cour de cassation et la quasi automaticité du passage de promesses unilatérales croisées à une promesse synallagmatique (« *dès lors que* »). Ensuite, elle impose une qualification abstraite reposant uniquement sur la double identité d'objet et de termes stipulés indépendamment de toute recherche d'intention des parties. Or, il s'agit pourtant là d'une période précontractuelle où l'analyse *in concreto* de l'intention des parties devrait être privilégiée. Enfin, mais tout est lié, une qualification de promesse synallagmatique nie la nature même des actes conclus car, si les parties ont consenti aux promesses, aucune d'entre elles ne s'est encore engagée à acheter ou à vendre. Le litige est né, à dire vrai, de l'absence de clause de levée de l'option, qui a obligé les juges à spéculer sur les intentions des parties au contrat.

En définitive, l'opportunité de l'intégration quasi systématique de toute opération contractuelle préparant la conclusion d'un contrat futur dans la catégorie des promesses unilatérales ou des promesses synallagmatiques est douteuse. Les promesses sont des contrats sur mesure résultant de l'imagination des praticiens auxquels le prêt-à-porter des promesses unilatérales et des promesses synallagmatiques ne convient pas toujours. Il faut simplement canaliser cette imagination afin de la rendre constructive. La rédaction sur mesure doit être de qualité, faite avec rigueur afin que la volonté des parties soit facilement identifiée par les juges en cas de litige. En somme, il s'agit de distinguer habileté contractuelle et maladresse rédactionnelle, ce qui n'est pas chose aisée.

## 2 - Le champ d'application restrictif de l'article 1840-A du CGI

L'article 1840-A du code général des impôts a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? Si le code civil était toujours cet écrin précieux dont la pérennité se répercute sur les dispositions qu'il intègre, on aurait pu le penser. L'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 ayant abrogé l'article 1840-A du code général des impôts et l'ayant remplacé par l'article 1589-2 du code civil a permis la sacralisation formelle de l'obligation d'enregistrement. Cependant, en pratique, non seulement il n'en est résulté aucune extension matérielle de son domaine d'application mais, la jurisprudence fait encore preuve d'ingéniosité pour éviter les foudres de cette règle de forme sanctionnée par la nullité absolue.

La règle constitue un véritable enjeu de la qualification entre promesse unilatérale de vente et promesse synallagmatique de vente. Dans la première hypothèse, si l'objet de cette promesse sous seing privé est afférent « *à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts* », l'acte est nul d'une nullité absolue s'il n'est pas enregistré dans un délai de 10 jours qui suit l'acceptation de la promesse par le bénéficiaire. Parmi les techniques exploitées par les magistrats afin de faire échapper la promesse unilatérale de vente à la sanction de l'ancien article 1840-A du code général des impôts, le recours à la notion d'ensemble contractuel est le plus novateur. La promesse unilatérale peut s'intégrer à une opération contractuelle d'ensemble, qu'il s'agisse d'une transaction, d'un contrat de crédit-bail ou plus largement d'un ensemble contractuel *sui generis*. Dans ces circonstances, la promesse unilatérale de vente peut perdre son autonomie et échapper, ce faisant, aux dispositions relatives à son enregistrement. C'est la détermination de cette autonomie qui a fait l'objet de l'arrêt rendu le 24 février 2006 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (**Cass. ass. plén, 24 févr. 2006, n° 04-20.525**, D. 2006, Jur. p. 2076, note C. Jamin ; S. Chassagnard, -Pinet, Promesse de vente et transaction, D. 2006, Chron. p. 2057 et, I. Najjar, Transaction et ensemble contractuel, D. 2006, Le point sur p. 1396 ; RTD civ. 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages ; AJDI 2006, p. 394 ; RDC 2006, p. 689, obs. Y.-M. Laithier, p. 715, obs. I. Dauriac et p. 806, obs. X. Lagarde ; Adde, B. Mallet-Bricout, Au-delà de la nullité, la transaction, RLDC 2006, n° 2031, p. 5).

En l'espèce, une commune a conclu en 1993 un contrat de vente immobilière avec une société Soparco. Ledit contrat fait l'objet d'un litige entre les parties qui, pour y mettre un terme, signent un « protocole d'accord » en avril 1995. Ce protocole comprend, d'une part, l'engagement de la commune à céder à la Soparco plusieurs biens immobiliers (terrains et bâtiments) sous la condition suspensive de la construction d'un hôtel. D'autre part, la société Soparco s'engage à reconnaître la caducité de la vente conclue en 1993. Cet accord, qualifié de transaction, comporte donc des concessions réciproques composées, d'un côté, d'une promesse unilatérale de vente dont le bénéficiaire est la société Soparco et, de l'autre, d'une reconnaissance de caducité par cette dernière. La commune se prévaut par la suite des dispositions de l'article 1840-A du code général des impôts pour obtenir la nullité absolue de la promesse unilatérale de vente en raison du défaut d'enregistrement dans le délai de 10 jours. Elle souhaite de ce fait obtenir, par effet boule de neige, l'anéantissement de la transaction qui la contenait. Les magistrats de la Cour de cassation n'ont pas été séduits par cet enchaînement et ce à deux reprises (1er arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 2003, RTD civ. 2003, p. 496, obs. J. Mestre et B. Fages <sup>1</sup> ; D. 2003, Jur. p. 2197, note P. Lipinsky <sup>2</sup>). Sur un second pourvoi, l'Assemblée plénière a en effet jugé, au visa des articles 1840-A du code général des impôts, 2044 et 2052 du code civil, qu'en « *statuant ainsi, alors que la transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements, réciproques interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément, de sorte que l'article 1840-A du code général des impôts est sans application, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La politique contractuelle de la Cour de cassation était déjà en ce sens (Cass. 3e civ., 26 mars 2003, préc. ; 5 juill. 1995, Bull. civ. III, n° 75). L'article 1840-A du code général des impôts fait depuis longtemps l'objet d'une interprétation stricte rigoureusement limitée à sa raison d'être (V. C. Jamin, note préc., spéc. p. 2078). « Intégrée » à la transaction, faisant partie des concessions réciproques, la promesse de vente, quoique unilatérale, n'est plus soumise au régime juridique propre à ce type de promesse.

Pour déterminer les cas où une promesse unilatérale de vente perd son autonomie, la jurisprudence antérieure s'était référée à la notion de « *lien de dépendance nécessaire* » (Cass. com., 15 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 12 ; RTD civ. 2002, p. 504, obs. J. Mestre et B. Fages <sup>3</sup>). Les juges doivent prendre soin de justifier l'existence d'un « lien de dépendance nécessaire » entre la promesse de vente et l'ensemble contractuel auquel elle est intégrée (S. Chassagnard-Pinet, art. préc., spéc. p. 2059 s., qui insiste sur la raison d'être de l'interdépendance entre les engagements plus que sur l'existence d'une telle interdépendance). Le critère, difficile à manier, n'a pas été repris en l'espèce du fait de la nature singulière du contrat de transaction qui rend inutile toute vérification de ce type (sur cette idée, C. Jamin, note préc., spéc. p. 2077). Les termes de l'attendu sont ainsi étroitement rattachés à la nature spécifique du contrat de transaction, son autorité de chose jugée, et l'existence de concessions réciproques.

Au-delà, l'arrêt amène à s'interroger sur l'étendue de la perte d'autonomie de la promesse unilatérale de vente. Soit on considère que l'exécution forcée en nature est exclue par application de la jurisprudence de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation (V. Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174 ; D. 1994, Jur. p. 507, note F. Bénac-Schmidt <sup>4</sup>) ; soit on fait prévaloir le régime de la transaction reposant sur l'existence de concessions réciproques et l'exécution forcée en nature reste envisageable. La réponse n'est pas évidente. En effet, l'arrêt rendu par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière, comme les précédents, porte sur la validité de la promesse unilatérale de vente. Or, dès lors que le promettant ne respecte pas ses engagements, il est question non pas de validité mais d'exécution (exécution du contrat ou d'une obligation selon que l'on adhère ou non à la distinction entre effet obligatoire et effet obligationnel proposée par P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 771 <sup>5</sup>). Si la Cour de cassation continue de raisonner comme elle le fait en termes d'obligations de faire (art. 1142 c. civ.), il est tout à fait envisageable que la promesse unilatérale de vente ait perdu son autonomie en tant que contrat, mais que les obligations qui en découlent n'aient pas changé de nature. Par ailleurs, même si on l'admettait pour la transaction, ce qui peut être envisageable pour un contrat ayant autorité de la chose jugée, vaudra-t-il aussi pour un ensemble contractuel *sui generis* ? Encore un nouveau contentieux en perspective...

## II - L'équilibre entre les prestations

Cause, toujours tu nous intéresses ! L'année 2006 ne dément pas cette passion partagée des juristes français pour cette notion fondamentale du droit des contrats (V. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; V. par ex. sur la preuve de la cause, Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 04-10.177 et Cass. com., 14 mars 2006, à paraître au bulletin ; JCP G 2006, IV, 1793). Mais de quelle cause s'agit-il ? La multiplication des théories doctrinales et l'originalité des applications jurisprudentielles semblent faire perdre à cette notion toute cohérence (pour une reconnaissance de la cause subjective du contrat résidant dans l'« impossibilité de réaliser un profit », Cass. 3e civ., 29 mars 2006, n° 05-16.032, AJDI 2006, p. 491 ; JCP G 2006, I, 153, n° 7, obs. A. Constantin).

### A - Notion de cause et ensemble contractuel

La cause sert parfois à fonder l'existence d'un lien économique entre des contrats juridiquement autonomes. Dans ces hypothèses, la cause se nourrit d'éléments extérieurs au contrat qu'elle intègre (rapp. La théorie de l'extériorisation de la contrepartie, sur laquelle V. Y.-M. Laithier, obs. sous Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, RDC 2006, spéc. p. 693, *in fine*).

#### 1 - Cause et anéantissement en cascade des contrats

L'ensemble contractuel met en place une opération économique qui lie les contrats économiquement même s'ils demeurent juridiquement autonomes (I. Najjar, *La notion d'ensemble contractuel*, in *Une certaine idée du droit*, Etudes offertes à A. Decocq, Litec, 2004, p. 509 s.). Il pose de nombreuses questions dont celle, essentielle, de savoir si la disparition d'un contrat de l'ensemble entraîne anéantissement du ou des autres contrats (sur cette question, S. Amrani Mekki, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, Defrénois, 2002, p. 355). C'est à ce débat qu'un arrêt rendu le 4 avril 2006 a apporté une contribution originale (**Cass. 1re civ., 4 avr. 2006, n° 02-18.277, D. 2006, IR p. 1186 ; RDC 2006, p. 700, obs. D. Mazeaud. Comp., Cass. 1re civ., 12 juill. 2006, n° 04-13.204, à paraître au bulletin**).

En l'espèce, une société Cofreth, chargée de l'exploitation de la chaufferie d'un hôpital depuis 1984 s'approvisionnait exclusivement auprès de la société GDF. Le contrat conclu les unissant indiquait, dans les conditions générales et particulières, l'affectation du gaz acheté à la fourniture de l'hôpital. Or, ce dernier a mis fin à son contrat d'approvisionnement en 1993. La société Elyo, qui vient aux droits de la société Cofreth, a demandé alors à GDF la résiliation du contrat de fourniture de gaz à la même date. En retour, la société GDF a, notamment, exigé le paiement de l'ensemble des échéances jusqu'au terme prévu par le contrat. Les juges du fond ont jugé que ces deux conventions constituaient un ensemble contractuel indivisible en vertu duquel l'anéantissement du contrat d'exploitation devait entraîner l'anéantissement du contrat de fourniture.

Par un attendu circonstancié, formellement difficile à détacher des motifs de la cour d'appel, la Cour de cassation a jugé que la résiliation du contrat entre l'hôpital et la société Cofreth avait entraîné la caducité du contrat de fourniture conclu avec la société GDF (« Lorsque deux contrats constituent un ensemble contractuel indivisible, la résiliation de l'un des contrats entraîne la caducité de l'autre et libère le débiteur des stipulations que celui-ci contenait »). L'originalité de cette décision réside moins dans le principe, qui paraît désormais acquis (V. par ex. Cass. com., 15 févr. 2000, D. 2000, Somm. p. 364, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, D. 1998, Jur. p. 32, note L. Aynès ; Cass. com., 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 146 ; Cass. 1re civ., 1er oct. 1996, Bull. civ. I, n° 332 ; Cass. com., 4 avr. 1995, D. 1995, Somm. p. 231, obs. L. Aynès), que dans les précisions qu'elle apporte sur le fondement et sur la nature de la sanction mise en oeuvre.

La Cour de cassation a beaucoup hésité sur la détermination de la sanction idoine en présence d'un ensemble contractuel indivisible dont l'un des contrats est anéanti. Le contrat de

crédit-bail illustre, à lui seul, l'ensemble des difficultés rencontrées. La jurisprudence est passée d'une nullité pour absence de cause, inadéquate pour un contrat valable à une résiliation non liée à une quelconque inexécution (Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, D. 1991, Jur. p. 121, note C. Larroumet). La Cour de cassation juge en l'espèce que la résiliation du premier contrat d'exploitation devait entraîner la caducité du second (déjà Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 1997, préc., rappr. l'art. 1172-3 de l'avant-projet Catala : lorsque l'un des contrats, qui compose un ensemble contractuel indivisible, « est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité »). En utilisant la formule « à bon droit », elle témoigne du contrôle étroit qu'elle entend exercer sur cette question. La sanction retenue est-elle la mieux adaptée au phénomène des contrats indivisibles ? Sanction judiciaire, la caducité est définie comme la sanction qui frappe un contrat régulièrement formé mais qui perd après sa conclusion un élément essentiel à sa validité sans que cela soit imputable aux parties (sur cette sanction, V. R. Chaban, *La caducité des actes juridiques*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2006, n° 26). La caducité peut intervenir, en principe, même s'il y a eu commencement d'exécution du contrat. Sa particularité est de ne pas être, du moins en principe, rétroactive et de laisser subsister les clauses aménageant l'extinction du contrat (clauses pénales ou de garantie). La Cour de cassation choisit donc une sanction qui peut être considérée comme la plus adaptée, « naturelle » à l'indivisibilité des contrats. L'extinction de l'un d'eux constitue la perte d'un élément essentiel à la poursuite des autres contrats. Une difficulté subsiste, cependant, dans le fait que l'élément essentiel au contrat lui est extérieur. Cet obstacle est néanmoins relatif puisque la volonté des parties et la cause doivent suffire à élargir cette caducité qui, d'ailleurs, ne reçoit ni une définition ni un régime juridique d'ensemble dans le code civil. L'avant-projet de réforme du code civil proposé par le groupe dirigé par P. Catala prévoit, pour y remédier, de consacrer à la caducité un article 1131 du code civil.

Il n'en reste pas moins que la Cour de cassation se montre avare de précisions sur le régime de cette sanction. La caducité est habituellement perçue comme une sanction automatique privant le juge de tout pouvoir d'appréciation (V. not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 déc. 1996, JCP E 1997, 961 ; JCP G 1997, II, 22815, note P. Reigne). Notamment, elle n'opère que pour l'avenir sans distinction selon les types de contrats. Or, il peut arriver que l'ensemble soit composé de contrats à exécution instantanée. Il est alors difficile d'anéantir ces contrats sans qu'il y ait restitutions. En effet, ces contrats ont été entièrement exécutés et les priver d'effet pour l'avenir n'aurait aucune incidence concrète. Cela constituerait un non-sens juridique. La Cour de cassation pourrait à l'avenir préciser, comme le prévoit d'ailleurs l'article 1131 du code civil de l'avant-projet Catala, qu'un effet rétroactif est possible, décision qui resterait à la disposition du juge, selon la nature des contrats concernés. Cette rétroactivité est d'ailleurs possible car elle existe en droit judiciaire privé (art. 757 NCPC), ce qui démontre que la non-rétroactivité en droit des contrats n'est pas de l'essence de la caducité (Cass. ass. plén., 3 avr. 1987, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 1988, Somm. p. 122, obs. P. Julien ; RTD civ. 1987, p. 401, obs. R. Perrot).

## B - Cause et équilibre contractuel

Au sein d'un ensemble contractuel, la référence à la cause peut également servir à vérifier, par l'appréciation d'éléments extérieurs au contrat, si ce dernier est équilibré. Cette fonction de la cause est particulièrement mise en lumière dans un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 13 juin 2006 (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456**, à paraître au bulletin ; D. 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; RTD com. 2006, p. 593, obs. F. Pollaud-Dulian). Un musicien a conclu trois contrats par lesquels il confiait à deux sociétés éditrices l'exploitation de ses oeuvres. Il en demande par la suite la nullité. Pour le troisième d'entre eux, il tente d'obtenir la nullité sur le fondement de l'absence de cause d'un contrat prévoyant la cession matérielle des bandes et droits voisins de producteur en raison de l'existence d'une somme symbolique d'un franc qu'il juge dérisoire. La cour d'appel lui donne gain de cause jugeant que « les obligations spécifiques contractées dans le cadre du contrat d'édition, auquel il n'est d'ailleurs pas renvoyé, ne suffisant pas à constituer la contrepartie des supports et de leur droit d'exploitation ». L'arrêt est sur ce point cassé. La Cour de cassation, au visa de l'article 1131 du code civil, a jugé « qu'en statuant ainsi sans rechercher si, même sans se référer au contrat d'édition, le contrat de cession ne s'inscrivait

*pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible, de sorte qu'il ne pouvait être annulé pour absence de cause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale au regard du texte susvisé ».*

Si cette appréciation du caractère sérieux du prix et partant de la cause a déjà été opérée par la Cour de cassation, elle se montre ici particulièrement libérale. Déjà, dans un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, un terrain avait été vendu pour une valeur d'un franc symbolique. Mais l'acte faisait référence aux autres obligations assumées par l'acheteur et la vente était conclue à la condition, notamment, d'apurer les dettes du vendeur (Cass. 3e civ., 3 mars 1993, Bull. civ. III, n° 28 ; RTD civ. 1994, p. 124, obs. P.-Y. Gautier ). Or, en l'espèce, les termes utilisés par la Cour de cassation sont généraux pour ne pas dire génériques. En effet, elle exige des juges du fond qu'ils vérifient si le contrat, même s'il ne se réfère pas au contrat d'édition, « *ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique* ». Cette tendance libérale dans la reconnaissance d'un ensemble contractuel indivisible figure déjà dans l'arrêt du 4 avril 2006. L'existence d'un prix symbolique ne rend pas pour autant le contrat dépourvu de cause si le contrat s'inscrit dans une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible. De nouveau, une question identique à celle suscitée par l'arrêt rendu en Assemblée plénière le 24 février 2006 dans un autre contexte se pose : faut-il établir un simple lien entre le contrat et l'ensemble auquel il se rattache ou un « *lien de dépendance nécessaire* » devrait-il être établi ? Si les parties n'ont pas expressément lié les contrats entre eux, il faudra alors rechercher la raison d'être de cette interdépendance afin de savoir si l'économie générale du contrat peut justifier cet usage de la cause.

### III - La nullité du contrat

#### A - Nullité relative ou absolue ?

L'absence de cause entraîne aujourd'hui la nullité relative du contrat ! C'est l'arrêt de mort d'une jurisprudence séculaire quoique étonnante en ce qu'elle était l'illustration parfaite de l'incohérence de la théorie du droit de critique de E. Gaudemet et R. Japiot. En effet, la théorie du droit de critique ordonne le droit des nullités autour de la notion d'intérêt protégé par la règle violée. Or, l'exigence d'une cause dans le contrat est destinée à protéger un intérêt particulier, celui d'une partie au contrat. Pourtant, la Cour de cassation prononce traditionnellement dans ce cas de figure une nullité absolue (V. par ex. Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, Contrats, conc., consom. 1993, n° 128, note L. Leveneur). Prenant acte de cette jurisprudence bien établie, la doctrine a tenté de fournir diverses explications. Elle serait une résurgence de la théorie ancienne de l'acte pathologique (O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n° 336, p. 239). Elle s'expliquerait, pour d'autres (J. Ghestin, *Le contrat-formation*, 2e éd., LGDJ, 1988, n° 859, p. 859), par la fonction d'échange du contrat. A défaut d'un tel échange, le contrat ne remplirait pas sa fonction d'utilité sociale ce qui justifierait la nullité absolue de l'acte. Pour d'autres encore (J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, n° 421, p. 380 et n° 425, p. 382), la nullité serait absolue par référence au type de contrat. Le vice infectant un contrat-type se répercute sur l'ensemble des contrats-type. La cause était entendue.

Pourtant, une série d'arrêts avait prononcé la nullité relative d'un contrat dépourvu de cause (V. not. Cass. 1re civ., 9 nov. 1999, D. 2000, Jur. p. 507, note A. Cristau  ; RDI 2000, p. 206, obs. G. Leguay  ; RTD civ. 2000, p. 568, obs. J. Mestre et B. Fages  ; 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 39 ; 29 sept. 2004, Bull. civ. I, n° 216). Cependant, l'analyse s'est faite restrictive. On a d'abord cru à des arrêts isolés ne portant que sur des contrats singuliers. Or, depuis un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 29 mars 2006, le principe d'une nullité relative se précise et se renforce.

Des époux ont acquis une « chambre hôtelière » à la montagne et ont adhéré à une société en participation dont l'objet est de partager les produits et les charges du fonds de commerce d'hôtel-restaurant. Huit ans plus tard, les époux doivent acquitter leur première participation aux pertes sociales telles qu'elles ont été fixées en assemblée générale. Ayant le sentiment d'avoir fait une mauvaise affaire, ils refusent de s'exécuter et demandent la nullité de l'acte de vente, d'abord sur le fondement du dol (moyen que nous n'aborderons pas) et ensuite, par un

second pourvoi (1er arrêt, Cass. 3e civ., 2 juill. 2003, AJDI 2003, p. 697 ; RTD civ. 2003, p. 700, obs. J. Mestre et B. Fages), sur le fondement de la cause en raison du défaut de rentabilité économique de l'opération. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a jugé qu'« *ayant retenu que la demande en nullité de contrat pour défaut de cause tenant à l'impossibilité de réaliser un profit ne visait que la protection des intérêts du demandeur et que ce défaut de cause existait dès les ventes sans garantie, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il s'agissait d'une nullité relative et que la prescription était acquise* » (**Cass. 3e civ., 29 mars 2006, n° 05-16.032**, AJDI 2006, p. 491 ; JCP G 2006, I, 153, n° 7, obs. A. Constantin). Cette décision attendue par une importante partie de la doctrine ne manquera pas d'être approuvée (J. Ghestin, *op. cit.*, n° 776 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, Armand-Colin, 2006, n° 334).

L'arrêt apporte, en outre, au débat relatif au point de départ du délai de prescription. En l'espèce, la Cour de cassation prend pour point de départ la conclusion des ventes sans garanties, date à laquelle la cause faisait défaut. Pour autant, elle n'exclut pas la possibilité de le fixer en cours d'exécution. On pourrait envisager la disparition de la cause au stade de l'exécution, notamment lorsque la cause du contrat réside dans l'existence d'un autre contrat qui disparaît en cours d'exécution. Cette possibilité n'est pas exclue par la Cour de cassation qui prend soin de préciser, qu'en l'espèce, c'est au moment de la formation que la cause faisait défaut (« *le défaut de cause existait dès les ventes sans garantie* ») ; il pouvait donc en aller autrement. Une telle position ferait jouer un rôle à la cause pendant la période d'exécution et poserait à nouveau la question de la sanction idoine, nullité ou caducité ? (cf. cass. 1re civ., 4 avr. 2006, obs. *supra* et *infra*). Surtout, elle aurait pour effet non négligeable de rendre le délai quinquennal moins rigoureux.

#### B - Computation du délai de prescription

L'action en nullité pour dol pourrait-elle être éteinte par la prescription trentenaire avant même l'expiration de la prescription quinquennale, à laquelle elle est soumise en tant qu'action en nullité relative ? Le 24 janvier 2006, la première Chambre civile de la Cour de cassation a répondu par la négative à cette question plutôt insolite (**Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 03-11.889**, D. 2006, Jur. p. 626, note R. Wintgen ; AJ Famille 2006, p. 116, obs. F. Bicheron ; RTD civ. 2006, p. 320, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2006, II, 10036, obs. M. Mekki ; RDC 2006, p. 708 ; comp. Cass. 3e civ., 14 juin 2006, n° 05-14.181, D. 2006, IR p. 1843) « *le point de départ du délai à l'expiration duquel une action ne peut plus être exercée se situant à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance, la prescription ne pouvait avoir commencé à courir avant la date de la vente* ». La prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol régie par le seul article 1304 du même code, sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte. Ainsi, celui qui découvrirait, plus de trente ans après les faits, qu'il a été victime d'un dol, peut encore réclamer en justice la sanction de ce dol car, si la prescription de l'action en nullité absolue court du jour de l'acte, celle de l'action en nullité relative pour dol ou erreur ne court que du jour de leur découverte (Comp., Cass. 3e civ., 29 mars 2006, n° 05-16.032, à paraître au bulletin ; AJDI 2006, p. 491), le point de départ du délai de l'action en nullité pour dol est la date où le dol « *pouvait être découvert* »).

Quel que soit le sentiment à l'égard du principe ainsi posé qui a déjà fait l'objet de maints commentaires, il convient aussi de s'interroger sur la dernière partie de l'attendu rendu par la Cour de cassation : « *sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte* ». L'interprétation de cette formule est délicate. Pourtant la notion d'exercice effectif d'une action en justice est familière aux adeptes du procès équitable. En effet, la Cour de cassation préfère, lorsque cela est possible, se fonder sur un texte de droit français lorsque la référence aux textes européens n'est pas indispensable, sauf pour une raison symbolique afin de renforcer sa décision. Or, ici, en se référant à l'effectivité des droits, c'est bien l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme qui plane sur cette décision et ce sous un double aspect. Sur le plan processuel, garantir l'exercice effectif d'une action en justice relèverait du droit à un procès équitable. Ce droit à un recours effectif pourrait également s'appuyer sur la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1996 qui a jugé qu'il « *ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un*

*recours effectif devant une juridiction* » (n° 96-373, JO 13 avril, p. 5724 ; D. 1998, Somm. p. 156, obs. J. Trémeau ).

Sur le plan substantiel, ensuite, empêcher un sujet de faire valoir ses droits légitimes avant même qu'il ait pu agir en justice n'est-ce pas le priver, sinon d'un droit de créance, du moins d'une espérance légitime protégée au nom du droit au respect des biens de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ? Quoi qu'il en soit, s'il est possible de trouver une justification supra-législative à cet attendu, loin de nous l'idée d'en défendre l'opportunité. L'idée de recours effectif sortirait ici de son domaine traditionnel. C'est d'ailleurs ce qui explique que la Cour de cassation ne s'y soit pas expressément référé préférant une allusion à l'idée bien brumeuse d'effectivité de l'exercice d'une action en justice.

S. A. M.

#### *Deuxième partie : exécution, inexécution du contrat*

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La formule est limpide, les conséquences qu'il convient d'en tirer ne le sont pas. L'article 1134, alinéa 1er, du code civil, texte fondateur, reste muet sur la question de la sanction encourue en cas de manquement du débiteur. Du principe de la force obligatoire du contrat découle, assez logiquement la primauté de certaines sanctions contractuelles : exécution forcée en nature (le créancier n'a pas à se résigner à une exécution par équivalent, sous la forme de dommages et intérêts), voire réparation en nature lorsqu'elle est possible (A). En dépit même de l'inexécution, le débiteur échappera à toute sanction s'il peut se prévaloir d'une cause d'exonération efficace (B). Sur ces questions, d'importantes décisions viennent d'être rendues.

#### A - Les sanctions contractuelles

La corrélation entre la force obligatoire du contrat et l'exécution forcée en nature, aussi brillamment contestée soit-elle (Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, spéc. p. 39 s.), a notamment servi à dénoncer une série d'arrêts qui avaient refusé de prononcer l'exécution forcée en nature des avant-contrats (sur l'ensemble de la question, V. Exécution du contrat en nature ou par équivalent, n° spécial, RDC 2005/1 et sur cette question spécifique, cf. D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, p. 61 et B. Nuytten, *L'exécution des contrats préparatoires à la vente d'immeubles : le point de vue du praticien*, p. 75). Ces auteurs auraient-ils enfin été entendus ? La Chambre mixte vient d'affirmer, à propos du pacte de préférence, la vitalité du principe de l'exécution forcée en nature (1) ; par ailleurs, d'autres décisions militent en faveur de la réparation en nature (2).

#### 1 - La vitalité de l'exécution forcée en nature

Le bénéficiaire d'un pacte de préférence demandait sa substitution dans les droits du tiers acquéreur et, subsidiairement, des dommages-intérêts. Les juges du fond l'avaient débouté au motif, notamment, que le promettant n'était tenu que d'une obligation de faire, laquelle, aux termes de l'article 1142 du code civil, ne se résout qu'en dommages-intérêts. Motivation et solution classiques. En 1993, la troisième Chambre civile avait jugé, au visa de l'article 1142, que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne pouvait pas en obtenir l'exécution forcée en nature et devait se contenter d'une exécution par équivalent (Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, D. 1994, Somm. p. 230, obs O. Tournafond, Jur. p. 507, note F. Bénac-Schmidt, et D. 1995, Somm. p. 87, obs. L. Aynès  ; Defrénois 1994, 795, obs. P. Delebecque ; JCP 1995, II, 22366, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1994, p. 584, obs. J. Mestre ). Solution réaffirmée depuis, en dépit des vives critiques de la doctrine qui dénonçait notamment l'atteinte ainsi portée à la force obligatoire du contrat (28 oct. 2003, RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud). Elle avait été étendue aux pactes de préférence (Cass. 3e civ., 30 avr. 1997, D. 1997, Jur. p. 475, note D. Mazeaud  ; RTD civ. 1997, p. 685, obs. P.-Y. Gautier  et 1998, p. 98, obs. J. Mestre  ; *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n° 129, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, 1007, obs. P. Delebecque ; JCP 1997, II, 22963, obs. B. Thuiller ;

pour une défense de la solution, V. D. Mainguy, La violation du pacte de préférence, Dr. et patrimoine 2006, p. 72 s.) et seule la Chambre commerciale avait suggéré que la substitution soit admise en cas de collusion frauduleuse (Cass. com., 7 mars 1989, D. 1989, Jur. p. 231, concl. M. Jéol).

Le 26 mai 2006, la Chambre mixte a opéré un revirement fort attendu. Elle décide que la substitution sera désormais possible (tout en rejetant en l'espèce le pourvoi, pour des questions de preuve, V. *infra*) : « *Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » (Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, D. 2006, Jur. p. 1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; RTD civ 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; AJDI 2006, p. 667 ; RDC 2006, obs. D. Mazeaud, à paraître ; JCP 2006, I, 10142, obs. L. Leveneur ; *ibid.* I, 176, obs. F. Labarthe ; Defrénois 2006, 1207, obs. E. Savaux ; H. Kenfack, Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence, RLDC, sept. 2006, n° 2173).

L'arrêt s'inspire de l'article 1106-1, alinéa 3, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (« *Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi* »), mais des différences subsistent. D'après ce texte, la substitution du bénéficiaire découle directement de l'inopposabilité du contrat conclu entre le promettant et le tiers de mauvaise foi, sans être subordonnée à l'annulation préalable du contrat. Or, cela « *paraît plus logique, dans la mesure où il est délicat d'être substitué dans les droits d'un contractant de mauvaise foi, si le contrat a été annulé* » (D. Mazeaud, obs. préc.).

Si la réalisation forcée est théoriquement possible lorsque le promettant a promis de donner la préférence, ne devrait-elle pas l'être, *a fortiori*, lorsqu'il a promis de vendre le bien ? Cette décision pourrait alors inspirer un prochain revirement de jurisprudence à propos des promesses unilatérales de vente, également suggéré par l'article 1106, alinéas 2 et 3, de l'avant-projet : « *La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis ; Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* ».

Il reste à se demander si, en exigeant que le bénéficiaire du pacte de préférence apporte la preuve que le tiers a « *eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* », la Chambre mixte n'a pas privé le principe de l'essentiel de sa portée ? Prouver la connaissance par le tiers de l'existence du pacte de préférence ne sera pas chose aisée et la publicité, facultative, n'y suffira pas. Quant à la preuve de la connaissance, par le tiers, de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, elle paraît encore plus difficile à rapporter (rapp. P.-Y. Gautier, note préc. ; comp. les obs. préc. de L. Leveneur, tout à la fois favorables à cette double preuve qui est de nature à caractériser la fraude et dubitatives quant à la portée concrète de la règle).

Depuis lors, un nouvel arrêt (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 03-18.528, D. 2006, Jur. p. 2510, note P.-Y. Gautier) rendu dans la même affaire, compense la rigueur de la précédente décision qui refusait la substitution en retenant la négligence du notaire et du tiers (censé connaître le pacte publié). La première Chambre civile considère que le notaire a manqué à son devoir de conseil et à celui d'assurer l'efficacité des actes dressés tandis que le tiers, censé connaître l'existence du pacte en raison de sa publication, avait quant à lui manqué à son obligation de s'informer. Par où l'on perçoit la volonté de compenser, sur le terrain de l'indemnisation, ce qui fût en l'espèce refusé sur celui de l'exécution forcée en nature.

A l'heure où l'on parle tant des bienfaits économiques de la *common law*, on peut légitimement s'interroger sur l'efficacité économique du principe de l'exécution forcée en nature. Dans les droits de *common law*, c'est en principe la règle inverse qui prévaut : l'exécution a lieu par équivalent, en la forme de *damages*, sauf hypothèses exceptionnelles où la *specific performance*, remède d'*equity*, est discrétionnairement prononcée par le juge (S.

Whittaker, Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation, RDC 2005, p. 49 s. ; F. Bellivier et R. Sefton-Geen, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, p. 91 ; B. Fauvarque-Cosson, Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature, RDC 2006, p. 529). Que les défenseurs de la tradition juridique française se rassurent : non seulement l'avant-projet marque son attachement au principe de l'exécution forcée en nature (l'art. 1154 suggère une modification radicale de l'art. 1142 c. civ. et propose la formule suivante : « l'obligation de faire ou de ne pas faire s'exécute si possible en nature »), mais, sur la scène européenne et internationale, ce principe est consacré, par les Principes du droit européen du contrat, art. 9 : 102 (1) et par les Principes Unidroit, art. 7-2-2, al. 1, même si ces textes l'assortissent, il est vrai, d'une importante série de tempéraments.

La Cour de cassation consacre l'exécution forcée en nature en des termes très clairs, malgré les conséquences rigoureuses que cela peut emporter : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* » (en l'espèce, le constructeur d'une maison a été condamné à la reconstruire pour 33 centimètres manquants : Cass. 3e civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, D. 2005, IR p. 1504  ; RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages  ; Contrats, conc., consom. 2005, comm. n° 187, obs. L. Leveneur ; RDC 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud). S'agissant par ailleurs de la sanction de la violation d'une obligation de ne pas faire (Cass. 1re civ., 10 mai 2005, RTD civ. 2005, p. 594, obs. J. Mestre et B. Fages  , et p. 600, obs. P. Jourdain  ; RDC 2006, p. 326, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2005, p. 1247, obs. J.-L. Aubert), elle a censuré, au visa de l'article 1145 du code civil, une cour d'appel qui avait jugé que, ne pouvant pas exercer eux-mêmes l'activité, les demandeurs n'avaient subi aucun préjudice du fait de la violation, par le défendeur, d'une clause de non rétablissement : « *Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ». La Haute juridiction s'est-elle placée sur le terrain de l'exécution forcée ou sur celui de la réparation qui suppose en principe que soit rapportée la preuve d'un préjudice ? De quel type de dommages et intérêts s'agirait-il alors puisqu'ils ne compenseraient rien (V., suggérant qu'il s'agirait de dommages-intérêts punitifs, J.-L. Aubert, obs. préc.) et surtout, le créancier a-t-il un droit à des dommages et intérêts du seul fait de l'inexécution ? Des arrêts antérieurs l'ont admis (ainsi du médecin, non dispensé de son obligation d'information sur la gravité du risque du seul fait que l'intervention était nécessaire, Cass. 1re civ., 18 juill. 2000, Bull. civ. I, n° 227 ; D. 2000, IR p. 217  , ou encore du preneur, non dispensé de l'obligation d'exécuter les réparations locatives prévues au bail alors que l'immeuble allait ensuite être détruit, Cass. 3e civ., 30 janv. 2002, D. 2003, Somm. p. 458, obs. D. Mazeaud  ; JCP 2002, I, 186, obs. G. Viney ; LPA, 18 nov. 2002, p. 10, note P. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2002, p. 321, obs. P.-Y. Gautier  et p. 816, obs. P. Jourdain  ). Toutefois, précisément en matière de bail, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation est revenue à une solution plus orthodoxe : « *des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle* » (Cass. 3e civ., 3 déc. 2003, RTD civ. 2004, p. 295, obs. P. Jourdain  ). Car les dommages-intérêts sont en principe compensatoires, ce que réaffirme du reste l'avant-projet, tout en consacrant la possibilité pour le juge d'octroyer des dommages-intérêts punitifs, dans des conditions strictement délimitées (art. 1371 de l'avant-projet).

## 2 - De l'exécution forcée en nature à la réparation en nature ?

Lorsque l'exécution ne peut plus être ordonnée, existe-t-il un droit à la réparation en nature ? Deux décisions relancent le débat. Dans l'une d'elles, rendue le 25 janvier 2006 (**Cass. 3e civ., 25 janv. 2006, n° 04-18.672**, Bull. civ. III, n° 20 ; AJDI 2006, p. 634, obs. Y. Rouquet  ; RDC 2006, p. 818, obs. G. Viney), la troisième Chambre civile approuve la Cour d'appel d'avoir jugé que « le locataire était fondé à demander au bailleur, tenu de lui assurer une jouissance paisible de la totalité des lieux loués, de restaurer le bâtiment démoli ». La démolition du hangar par le bailleur rendait l'exécution impossible. C'est donc ici une sorte de prolongement du droit à l'exécution, en la forme d'une réparation en nature, que consacrent les juges du fond, approuvés par la Cour régulatrice. Pourtant, dans une telle situation, l'indemnisation par équivalent aurait pu être admise sans que l'on puisse objecter l'atteinte

portée au droit à l'exécution du créancier car le droit à réparation intervient lorsque l'inexécution est constatée (rappr. G. Viney, obs. préc., p. 820).

En revanche, le 28 septembre 2005 (Bull. civ. III, n° 180 ; D. 2005, IR p. 2545  ; RDI 2005, p. 458, obs. P. Malinvaud  ; *ibid.* p. 442, obs. B. Boubli  ; RTD civ. p. 129, obs. P. Jourdain  ; *ibid.* p. 311, obs. J. Mestre et B. Fages  ; RDC 2006, p. 818, obs. G. Viney ; JCP 2006, II, 10010, note C. Noblot), la troisième Chambre civile avait refusé qu'un entrepreneur, responsable des désordres de construction, puisse imposer au créancier la réparation en nature du préjudice subi, en invoquant une sorte de droit à l'exécution en nature inversé ou réciproque (c'est-à-dire au profit, non plus du créancier mais du débiteur). Mais on l'aura compris : ce n'est pas ici l'exécution qui est demandée, mais la réparation des conséquences des désordres constatés à la suite des travaux. La solution est classique : l'offre d'exécution faite par le débiteur s'impose, mais non l'offre de réparation en nature. Fallait-il, pour autant, supprimer tout pouvoir d'appréciation du juge qui se voit ici imposer le choix du créancier ? Lorsque le litige porte sur les modalités de la réparation, une certaine souplesse est nécessaire afin que l'une des parties ne puisse imposer sa loi si elle s'avère trop rude pour l'autre (rappr. G. Viney, obs. préc., p. 822). Ceci est conforme à la morale contractuelle et, plus spécifiquement, à l'obligation du créancier de minimiser son dommage, dont on peut regretter qu'elle ne soit pas (encore ? V. l'art. 1373 de l'avant-projet) consacrée par le droit français.

## B - L'exonération du débiteur

### 1 - Vers une définition spécifique de la force majeure en matière contractuelle ?

Par deux arrêts d'Assemblée plénière la Cour de cassation s'est prononcée sur la notion controversée de force majeure (**Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168**, D. 2006, Jur. p. 1577, note P. Jourdain ; D. Noguéro, La maladie du débiteur cas de force majeure, Chron. p. 1566 ; BICC, n° 643, rapport Petit, avis de Gouttes ; JCP 2006, II, 10087 note P. Grosser ; Defrénois 2006, 1212, obs. E. Savaux ; RDC 2006, obs. G. Viney, à paraître). L'un concernait la responsabilité extra-contractuelle et l'autre la responsabilité contractuelle dont on s'était demandé si, en raison de sa spécificité, elle n'impliquait pas une définition distincte de la force majeure.

En l'espèce, le contrat portait sur la fabrication d'une machine spécialement conçue pour les besoins de l'activité professionnelle de l'acheteur. En raison de l'état de santé du fabricant, les parties avaient, d'un commun accord, reporté la date de livraison. Le fabricant succomba quelques mois plus tard des suites de sa maladie sans que la machine ait été livrée. L'acheteur intenta une action en dommages-intérêts contre les héritiers du fabricant. Débouté en appel, l'acheteur reprochait aux juges du fond d'avoir retenu la force majeure, alors que la maladie avait un caractère prévisible lors du report de l'échéance et que le débiteur n'avait pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de son empêchement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets. Le pourvoi fut rejeté : *« Il n'y a lieu à aucun dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure »*.

Bien que défendue par le Premier avocat général, l'idée d'une nouvelle notion de force majeure, fondée sur de nouveaux critères harmonisateurs à savoir un événement inévitable, irrésistible, insurmontable, conformément à la trilogie proposée par une partie de la doctrine (P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992) n'a pas été retenue par la Cour de cassation qui a préféré s'en tenir à la conception classique de la force majeure, quelle que soit la nature de la responsabilité. Cependant, l'arrêt précise que si l'irrésistibilité (notion qui inclut du reste « l'inévitabilité ») s'apprécie lors de l'exécution du contrat, l'imprévisibilité l'est, quant à elle, au moment de la conclusion du contrat. Cette solution, justifiée « par la nécessité de tenir compte des prévisions du débiteur », est favorable à ce dernier car elle facilite l'admission de l'imprévisibilité, particulièrement « dans les contrats qui s'exécutent sur une certaine durée » (P. Jourdain, préc., p. 1579).

Quelques incertitudes subsistent.

L'imprévisibilité devra-t-elle toujours être rapportée, en tant que condition nécessaire à la mise en oeuvre de la force majeure (la deuxième Chambre civile l'exigeait et tandis que suivant en cela la première Chambre, les autres Chambres ne l'imposaient plus nécessairement) ? Cette question n'a pas vraiment été résolue par ces arrêts de rejet : rien n'est dit, en effet, de l'hypothèse où l'imprévisibilité n'aurait pas été constatée. D'après le communiqué publié par la Cour de cassation (mais quelle en est la valeur ? V. P. Deumier, RTD civ. 2006, p. 510 s. ) , l'imprévisibilité serait toujours requise et ces arrêts réaffirmeraient la « conception classique de la force majeure » avec ses trois critères cumulés qui conservent « toute leur pertinence pour caractériser la force majeure exonératoire en matière délictuelle comme en matière contractuelle ». En réalité, les vraies questions ne concernent pas tant le nombre et la nature des critères nécessaires pour faire jouer la force majeure que leur contenu et la manière dont les juges du fond les apprécieront, sous le contrôle de la Cour de cassation (rapp. G. Viney, note préc. *in fine*). En ce qui concerne la maladie, l'arrêt retient une solution classique : en matière contractuelle, la notion de force majeure peut s'appliquer à la maladie ou au décès (Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 53 ; D. 1998, Jur. p. 539, note D. Mazeaud  ; RTD civ. 1998, p. 689, obs. P. Jourdain  ; JCP 1998, I, 185, n° 16, obs. G. Viney).

Il reste à préciser les effets de la force majeure contractuelle sur le contrat. Le 22 février 2006, la troisième Chambre civile a jugé que « *La force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé* » (D. 2006, AJ p. 782, obs. Y. Rouquet  ; RDC 2006, obs. J.-M. Laithier, à paraître). Le débiteur n'est donc pas systématiquement libéré et la force majeure peut ne produire qu'un effet suspensif et non pas extinctif. Elle peut encore, si elle est partielle, emporter la révision du contrat. Qui plus est, il résulte de l'arrêt que le débiteur doit faire tout ce qu'il peut pour que l'exécution de son obligation redevienne possible, sous peine de voir sa responsabilité mise en cause.

2 - Limitation conventionnelle de responsabilité : nouveaux épisodes de la saga *Chronopost*  
Au regard de plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation, rendus en matière de contrats de transport rapide, certains s'étaient félicités du retour en force de la liberté contractuelle en ce domaine. Las. Le 30 mai 2006, la Chambre commerciale de la Cour de cassation (**Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974**, D. 2006, Jur. p. 2288, note. D. Mazeaud et, AJ p. 1599, obs. X. Delpéch) a repris la solution, retenue dix ans plus tôt, dans le premier arrêt *Chronopost* (Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, t. 2, 11e éd., Dalloz, n° 156 et les réf. citées) : « *Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 1131 du code civil, une cour d'appel qui retient le principe et les modalités d'une indemnisation limitée en cas de perte du colis transporté, sans rechercher, comme l'expéditeur le faisait valoir, si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société Chronopost, qui n'était pas prévue par un contrat-type établi par décret, ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat* ». Les clauses limitant la réparation de celui qui manque à une obligation essentielle sont ainsi réputées non écrites sur le fondement de la cause et au visa de l'article 1131 (sur la « rénovation de la notion de cause » V. D. Mazeaud, note préc. sous cet arrêt), solution du reste consacrée par l'article 1382-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations: « *Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son co-contractant (...) par le manquement à l'une de ses obligations essentielles* »).

Entre temps, certaines décisions avaient limité la portée de l'interdiction aux seules clauses limitatives d'origine conventionnelle (V. Cass. com., 9 juill. 2002, Bull. civ. IV, n° 121 ; D. 2002, AJ p. 2329, obs. E. Chevrier, Somm. p. 2836, obs. P. Delebecque et, D. 2003, Somm. p. 457, obs. D. Mazeaud  ; RTD civ. 2003, p. 567, obs. N. Molfessis  ; RTD com. 2003, p. 362, obs. B. Bouloc  ; JCP 2002, II, 10176, note Loiseau et Billiau ; Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, Bull. ch. mixte, n° 3 et 4 ; D. 2005, Jur. p. 1864, note J.-P. Tosi, Somm. p. 2748, obs. H. Kenfack et, Somm. p. 2836, nos. obs.  ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. Jourdain  et p.

779, obs. J. Mestre et B. Fages  ; RTD com. 2005, p. 828, obs. B. Bouloc  ; Contrats, conc., consom. 2005, comm. n° 150, note L. Leveneur ; Dr. et patrimoine, oct. 2005, p. 36, note G. Viney ; JCP 2005, II, 10066, note Loiseau ; RDC 2005, p. 651, avis R. de Gouttes, p. 673, obs. D. Mazeaud, et p. 753, obs. P. Delebecque - *adde* P. Delebecque, La jurisprudence *Chronopost* : quelle portée pour le droit maritime ?, DMF 2005, p. 675 ). Cette décision du 30 mai 2006 conforte cette distinction puisqu'elle précise que la clause litigieuse « *n'était pas prévue par un contrat-type établi par décret* ».

De l'origine de la clause légale ou conventionnelle dépend donc son régime.

- Lorsqu'elles sont d'origine conventionnelle, les clauses limitatives ne sont pas valables si elles emportent manquement du débiteur à une obligation essentielle, ce qui permet de les neutraliser sans recourir à la notion de faute lourde.

- Lorsqu'elles sont prévues par un contrat-type établi par décret, ces mêmes clauses sont d'origine légale, ce qui leur confère un caractère licite et efficace (rappr. CE, 6 juill. 2005, D. 2005, Jur. p. 2094, note P. Delebecque  ; JCP 2005, II, 10154, concl. F. Donnat ; RDC 2006, p. 375, obs. crit. D. Fenouillet). Le seul moyen de les neutraliser consiste alors à établir un dol ou une faute lourde. Or, une conception stricte, subjective de la faute lourde, distincte du simple manquement à l'obligation essentielle ou fondamentale du contrat, a été retenue par la Chambre mixte en 2005 (arrêts *supra* ; sur le caractère excessif de cette dissociation, V. G. Viney, Existence d'un contrat-type approuvé par décret et définition de la faute lourde écartant les limitations de responsabilité, Rev. Lamy dr. aff., sept. 2005, p. 8, spéc. p. 11 ; D. Mazeaud, note préc., 1<sup>re</sup> partie ; comp. nos obs. *in* D. 2005, Pan. p. 2836, spéc. p. 2845 ).

Ce mouvement de « subjectivisation » de la faute lourde a depuis lors été confirmé : « *la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat-type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* » (Cass. com., 21 févr. 2006, Contrats, conc., consom. 2006, comm. n° 103, obs. L. Leveneur ; RDC 2006, p. 694, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2006, p. 322, obs. P. Jourdain  qui relève que la précision, *in fine*, amplifie ce mouvement ; V. depuis Cass. com., 13 juin 2006 ; comp. sur la faute inexcusable, telle que la définit la Convention de Varsovie, Cass. com., 21 mars 2006, RTD civ. 2006, p. 569, obs. P. Jourdain  ; JCP 2006, II, 10090, note M. Mekki).

Plus la faute lourde est difficile à rapporter et plus le fossé se creuse entre le sort des deux séries de clauses : avec un montant de limitation identique (ou même supérieur pour la clause d'origine légale), les unes, simplement parce qu'elles sont de source contractuelle, pourront être neutralisées beaucoup plus facilement que les autres, d'origine légales, pour lesquelles il faudra démontrer, non sans difficulté, l'existence d'une faute lourde. Si le principe même d'une telle distinction peut paraître justifié sur le plan formel des sources du droit, il est évidemment très contestable sur le plan de la justice contractuelle. Qu'importe en effet l'origine de la clause pour le créancier qui se voit, dans un cas mais non dans l'autre, privé de l'intérêt attendu de l'exécution de l'obligation essentielle ? Dès lors, on peut espérer qu'à l'avenir une solution unitaire sera retenue. Laquelle privilégier ? D'après certains auteurs « l'exigence de cohérence contractuelle conduit nécessairement à la suppression des clauses habilement stipulées par des débiteurs peu scrupuleux pour échapper aux conséquences des suites de l'inexécution de l'obligation essentielle qu'ils ont souscrites (D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 21 févr. 2006, RDC 2006, p. 694) et l'on serait alors tenté de généraliser la solution adoptée pour les clauses d'origine conventionnelles et d'utiliser la notion de cause pour cela. D'autres plumes font toutefois observer que le caractère limité de l'indemnisation du préjudice causé par l'inexécution d'une obligation essentielle ne serait pas en soi contraire à l'exigence de cause (L. Leveneur, obs. sous Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, préc.). A cela s'ajoutent encore deux arguments : l'un, tiré de l'article 1150 du code civil qui exclut l'indemnisation du dommage imprévisible, et l'autre, inspiré de la pensée anglo-américaine, qui conçoit les clauses contractuelles comme une manière efficace, pour les parties, de répartir les risques de l'inexécution du contrat. En réalité, loin d'être contradictoires, ces arguments doivent être entendus et pesés. Tout est question de mesure et dépend du montant de l'indemnisation prévue par la clause ainsi que des rapports de force entre les

parties. Mais une chose est sûre : mieux vaudrait trancher entre l'une ou l'autre de ces approches plutôt que de faire prévaloir l'une lorsque la clause est d'origine conventionnelle, et l'autre lorsqu'elle est de source légale.

### *Troisième partie : durée du contrat*

Curieusement, la question pourtant cruciale de la durée du contrat est ignorée par le code civil ainsi que par les projets qui ont pour ambition de le réformer. Il revient donc à la Cour de cassation de pallier cette carence législative. Le contrat peut être reconduit, parfois même tacitement, et certains de ses éléments peuvent se transformer à cette occasion (1). Dans l'hypothèse inverse où le contrat serait unilatéralement anéanti, la Cour de cassation sanctionnera certains abus (2).

#### 1 - La tacite reconduction

Une société avait conclu, pour une durée de trois ans et renouvelable par tacite reconduction, un contrat de parrainage publicitaire avec une véliplanchiste. A l'expiration de ce contrat, les relations entre les parties se sont poursuivies quelques mois puis, en raison de différends quant à la durée du contrat et au budget à allouer à la véliplanchiste, la société décida d'y mettre fin unilatéralement. Le moyen tiré de la violation de l'article 1134 du code civil est rejeté. Pour la Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 15 nov. 2005, n° 02-21.366**, D. 2006, Jur. p. 587, note M. Mekki ; RTD civ. 2006, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006, p. 696, note Y.-M. Laithier ; Contrats, conc., consom. 2006, comm. n° 43, note L. Leveneur), un contrat nouveau, de durée indéterminée est né de la tacite reconduction. Chaque partie peut donc le résilier unilatéralement : « *Sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques* ». La règle ainsi posée ne joue que sous réserve de dispositions légales protectrices, tels les articles L. 136-1 du code de la consommation ou L. 113-15-1 du code des assurances issus de la loi Chatel du 28 janvier 2005.

Non seulement le contrat reconduit est un nouveau contrat à durée indéterminée (ce qui était déjà admis quoique non encore judiciairement consacré et parfois démenti par les formules légales employées par le législateur, V. A. Bénabent, La prolongation du contrat, RDC 2004, p. 126), mais certains de ses éléments pourront encore être modifiés. Cela est plus surprenant. En effet, la logique même de la tacite reconduction n'est-elle pas de calquer le nouveau contrat sur l'ancien, sous peine de porter atteinte à la sécurité juridique et de contrevenir à la volonté des parties (rapp. Y.-M. Laithier, note préc. ; comp. J. Mestre et B. Fages, obs. préc., p. 116, qui observent qu' « *après tout (...) on peut aussi se demander si le maintien des dispositions initiales est aussi juridiquement justifié que la force de l'habitude le laisse croire* ») ? Concrètement, et puisque cet arrêt leur en laisse toute liberté (« *Sauf disposition ou volonté contraire* »), les parties seront désormais avisées soit d'interdire expressément la tacite reconduction (car même en l'absence d'une clause de tacite reconduction, celle-ci opérera à l'expiration du contrat initial en cas d'exécution), soit au contraire de l'autoriser par une clause dont la principale utilité consistera en réalité à en préciser les conditions (naissance d'un nouveau contrat - ce en quoi la reconduction se différencie de la prorogation - « *dont la durée sera identique au précédent* » voire « *en tous points semblable au précédent* »). A défaut, leurs intentions seront déduites de leur comportement, au risque de voir le fait accompli l'emporter sur leur volonté réelle, demeurée inexprimée. A vrai dire, même la volonté exprimée ne suffira pas toujours pour évincer le fait accompli : ainsi par exemple, une clause excluant la tacite reconduction pourrait être privée d'effet si, à l'expiration du contrat initial, les parties continuaient en fait leurs relations (A. Bénabent, La prolongation du contrat, RDC 2004, p. 117, spéc., p. 125).

En l'espèce « la commune intention des parties de poursuivre le principe de leurs relations contractuelles » a prévalu sur le désaccord des parties sur la durée de leurs relations contractuelles et sur le budget alloué à la véliplanchiste. Ainsi, non seulement l'exécution du contrat, après l'échéance du terme, déclenche la tacite reconduction mais le fait que les parties ne soient pas parvenues à se mettre d'accord sur des éléments essentiels du contrat

ne constitue pas un obstacle du moment qu'elles l'exécutaient déjà. Pourtant, la seule existence d'une clause de tacite reconduction ne vaut pas consentement donné par avance à un nouveau contrat et ne dispense donc pas d'apprécier la réalité de ce consentement, en l'occurrence douteuse, au moment de la conclusion du nouveau contrat. Dès lors, était-il nécessaire et opportun de passer par le biais de la tacite reconduction pour découvrir l'existence d'un contrat à durée indéterminée, à laquelle l'annonceur pouvait unilatéralement mettre fin (sous réserve de satisfaire à l'exigence d'un préavis raisonnable, condition non discutée en l'espèce) ? L'absence de consentement ne porterait-elle pas plutôt à établir un parallèle avec la phase précontractuelle des pourparlers durant laquelle chacun est libre de rompre les relations (rappr. Y.-M. Laithier, note préc., p. 700) ?

## 2 - L'expiration du contrat

La jurisprudence de la Cour de cassation rendue ces derniers mois nous offre un intéressant florilège sur le régime des modes d'anéantissement du contrat. En particulier, elle conforte sa jurisprudence passée sur l'incidence de la résiliation d'un contrat sur le contrat économiquement interdépendant du contrat anéanti (V. *supra*, obs. S. A. M.). Par ailleurs, elle redonne de la vigueur à la notion d'abus du droit de résiliation unilatérale d'un contrat indéterminée : « *Si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre* » (**Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240**, RTD civ. 2006, p. 314, obs. J. Mestre et B. Fages  ; RDC 2006, p. 704, obs. D. Mazeaud ; rappr. l'art. L. 442-6-1, 5°, c. com. qui sanctionne la rupture brutale des relations commerciales établies). Qu'on se le dise : les circonstances objectives de la résiliation unilatérale peuvent faire dégénérer l'exercice de ce droit en abus, ceci en dépit même du respect scrupuleux des modalités de la rupture et du délai contractuel de préavis ainsi que de l'absence de toute obligation de motivation (il s'agissait en l'espèce de sanctionner les manoeuvres d'un dirigeant de la société au profit de son épouse).

B. F.-C.

### Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Panorama 2005-2006