

La clause pénale et la caducité du contrat (Com., 22 mars 2011 : [Civ. 3^{ème}](#)). La nullité d'un contrat entraîne celle de la clause pénale qui pouvait y être stipulée (art. 1227 C. civ., al. 1^{er}). Mais qu'en est-il en cas de caducité du contrat ? C'est la difficulté abordée par cet arrêt. Une promesse synallagmatique de cession d'actions contient une clause pénale, sanctionnant la partie qui refuserait de réitérer la cession alors que les conditions suspensives sont réalisées. Ayant manqué à son obligation de payer le prix dans le délai convenu, le cessionnaire est assigné par les cédants en caducité de la promesse et en paiement de la clause pénale. La cour d'appel saisie du litige juge que la promesse est caduque, et avec elle la clause pénale, dont elle refuse en conséquence de faire application. Son arrêt est cassé pour le motif suivant : « *la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties* ».

La solution avait déjà été exprimée, mais dans le cadre assez particulier du droit local d'Alsace-Moselle [v. Civ. 3^{ème}, 9 juin 2010, Bull. n° 114](#)). L'arrêt du 22 mars 2011 lui confère au contraire une portée générale, en reprenant d'ailleurs une formule utilisée par une précédente décision elle aussi rendue sur le fondement de ce droit local ([Civ. 3^{ème}, 11 janv. 2011, n° 10-10038](#)). La solution semble pleinement justifiée. Certes, une fois le contrat caduc, il ne peut plus y avoir de faute contractuelle : il n'y a donc pas matière à appliquer la clause pénale. Mais il en va différemment si le manquement est intervenu alors que le contrat était encore en vigueur, à tout le moins si l'on considère que la caducité opère sans rétroactivité, ce qui est discuté. Dans cette perspective, la pénalité est due et ne peut être remise en cause par la caducité subséquente du contrat.

C'est d'ailleurs le raisonnement qui a été tenu par un arrêt récent dans le domaine, voisin, de la résiliation : « *la résiliation du contrat de construction n'ayant pas d'effet rétroactif ne fait pas obstacle à l'application au constructeur de pénalités contractuelles en cas de retard d'exécution* » ([Civ. 3^{ème}, 22 sept. 2010, Bull. n° 164](#) ; comp. [Civ. 1^{ère}, 30](#)

[mai 2006, Bull. n° 269](#), retenant une solution inverse à propos de la révocation d'un mandat). Mais la formule utilisée par l'arrêt du 22 mars 2011 renferme peut-être davantage de portée. La Cour déclare que la caducité n'affecte pas la clause *parce que celle-ci doit produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties*. En d'autres termes, il semble que la solution ne tienne pas à la non-rétroactivité de la caducité, mais plus profondément à la finalité de la clause pénale. La clause « survit » parce qu'il serait étrange qu'un manquement contractuel, qu'elle a pour objet de sanctionner, puisse au contraire lui faire barrage en entraînant la caducité du contrat. Cette différence de fondement peut avoir d'importantes incidences pratiques. Une explication basée sur la seule absence de rétroactivité conduit à exclure l'application de la clause pénale en cas de résolution, puisque celle-ci est rétroactive. Au contraire, s'il faut privilégier, à tout prix, la finalité de la clause, la résolution, bien qu'elle soit rétroactive, ne doit pas être un obstacle à son application : pourquoi empêcherait-on cette clause d'atteindre son but sous prétexte que le contrat a manqué le sien ? La survie de la clause à la résolution devient alors concevable. Il reste ensuite à expliquer que la pénalité puisse sanctionner une obligation qui a disparu rétroactivement par l'effet de la résolution. Mais, à lire l'art. 1226 C. civ., la clause pénale doit jouer « *en cas d'inexécution* ». Or, la résolution, même si elle est rétroactive, ne sanctionne-t-elle pas précisément un « *cas d'inexécution* » ? En somme, il se pourrait bien que l'arrêt du 22 mars 2011, par l'hommage qu'il fait à la finalité de la clause pénale, confirme implicitement cette opinion assez répandue ([v. C. Hugon, Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat, JCP 1994, I, 3790](#)) mais rarement relayée en jurisprudence ([v. cep. notre Lettre, sept. 2010](#)), que la clause pénale survit non seulement à la résiliation et la caducité, mais aussi à la résolution du contrat. La même perspective peut-être envisagée à propos de la rupture unilatérale, ouverte à chacune des parties à ses risques périls en cas de comportement grave de l'autre partie ([v. not. Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. n° 211](#)). Quoiqu'il en soit, l'arrêt invite à anticiper les difficultés au stade de la

rédaction du contrat. Rédiger la clause pénale en ayant à l'esprit *non seulement le temps de l'exécution du contrat, mais également celui de son extinction, et pour toutes les causes dont celle-ci peut résulter*, c'est faire l'économie de bien des discussions.

Le vendeur est tenu à un devoir général de loyauté (Civ. 3^{ème}, 16 mars 2011 : [🔗](#)). A l'image de la bonne foi, la loyauté innerve les relations contractuelles. Et gagne du terrain, comme en témoigne cet arrêt. L'acquéreur d'un pavillon découvre que celui-ci contient de l'amiante. Il assigne les vendeurs en paiement de dommages-intérêts correspondant au coût des travaux de désamiantage. Lesquels vendeurs lui objectent qu'au jour de la vente, la réglementation instaurant une obligation d'information en matière d'amiante n'était pas encore en vigueur. La cour d'appel fait néanmoins droit à la demande de l'acquéreur et en est approuvé dans les termes suivants : « *si aucune obligation légale spécifique ne pesait sur les [vendeurs] concernant la présence d'amiante dans l'immeuble vendu, le vendeur, tenu à un devoir général de loyauté, ne pouvait néanmoins dissimuler à son cocontractant un fait dont il avait connaissance et qui aurait empêché l'acquéreur, s'il l'avait connu, de contracter aux conditions prévues* ».

On reconnaît-là la physionomie de la réticence dolosive, qui, comme le dol lui-même, peut être invoquée à l'appui d'une demande en dommages-intérêts indépendamment de toute nullité. A ce strict égard, l'arrêt ne retient guère l'attention, en tout cas s'agissant du droit du contrat en général. S'il se distingue, c'est par la référence qu'il fait au « *devoir général de loyauté* » du vendeur. Ce n'est certes pas la première fois que la jurisprudence invite le vendeur, au nom de la loyauté, à communiquer à l'acquéreur des informations importantes pour ce dernier (v., parmi beaucoup d'autres arrêts : [Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, Bull. n° 101](#)). Mais jamais, semble-t-il, la Cour de cassation n'avait érigé cette prescription en « *devoir général* ». La formule est loin d'être neutre. Si la loyauté est un *devoir* (v. déjà, dans une célèbre affaire, mais à l'égard du cessionnaire de droits

sociaux, par ailleurs dirigeant de la société : [Com., 27 févr. 1996, Bull. n° 65](#)), elle doit logiquement s'imposer au-delà du strict périmètre contractuel. L'arrêt le confirme, qui approuve la condamnation du vendeur prononcée sur le terrain délictuel à raison de faits antérieurs à la conclusion du contrat. Surtout, si la loyauté est un *devoir général*, c'est que celui-ci ne se limite pas à l'information de l'acquéreur dans la période précontractuelle. Il a donc sans doute vocation à se diffuser en d'autres domaines, tantôt pour affermir des exigences déjà présentes – on pense, tout particulièrement, aux pourparlers – tantôt pour en créer de nouvelles. Rien n'exclut, notamment, d'aller au-delà de la phase précontractuelle. Mieux, pourquoi cantonnerait-on ce *devoir général* au seul contrat de vente ? La vente est un contrat dans lequel les intérêts en présence sont nettement et franchement opposés. Si la loyauté s'y impose de façon générale, pourquoi ne ferait-elle pas de même dans des relations moins antagonistes, comme par exemple dans les contrats de distribution ? C'est dire qu'il faut peut-être s'attendre à l'instauration d'un *devoir général de loyauté entre contractants* (rappr. D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges F. Terré, p. 603). Comment savoir, alors, ce qu'il y a lieu de faire pour respecter ce *devoir de loyauté* ? Qu'est-ce qu'un comportement loyal ? Un auteur (L. Aynès, L'obligation de loyauté, Arch. phil. droit, 2000, p. 195) l'oppose à la duplicité : la loyauté interdirait que l'on adopte une conduite contraire à celle qui est légitimement prévisible par autrui (ex. : cacher ses véritables intentions, changer brusquement de comportement, concurrencer un partenaire dans le cadre d'une relation de confiance, etc.). Il n'est pas sûr qu'il y ait-là un critère absolu, du moins en jurisprudence, car de telles attitudes sont souvent sanctionnées sur le fondement, distinct, de la bonne foi contractuelle (v. p. ex. [Civ. 3^{ème}, 8 avr. 1987, Bull. n° 88](#)). De fait, comme la bonne foi, la loyauté est une notion floue, peut-être indéfinissable, en tout cas très accueillante et donc facile à instrumentaliser. Mais chacun n'a-t-il pas, plus ou moins, l'intuition de ce qu'elle renferme ?