

Partie 1

Contrats et quasi-contrats

Bibliographie générale

1. Ouvrages généraux

- BÉNABENT A., *Droit civil, les obligations*, Domat Montchrestien, 15^e éd., 2016.
- CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz coll. Cours, 12^{ème} éd., 2016.
- CARBONNIER J., *Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », volume II, 2004.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Tome I, Le contrat*, PUF, coll. « Thémis », 4^e éd., 2016 ; *Tome II, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2013.
- FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2016.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, Armand Colin, 16^e éd., 2014.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 2, Le fait juridique*, Armand Colin, 14^e éd., 2011.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 9^e éd., 2015.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil*, LGDJ.
- La formation du contrat, Tome 1*, 4^e éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet).
- La formation du contrat, Tome 2*, 4^e éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet).
- Les effets du contrat* (par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau), 3^e éd., 2 001.
- HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, Larcier, coll. Paradigme, 2^{ème} éd., 2016.
- LARROUMET Ch., BROS S., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Économica, 8^e éd., 2016.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois, 8^e éd., 2016.
- MALINVAUD Ph., FENOUILLET D., MEKKI M., *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014.
- PORCHY-SIMON S., *Les obligations*, Dalloz, coll. « Hypercours », 9^e éd., 2016.
- REVET T. et F. ZENATI-CASTAING, *Cours de droit civil, Obligations, régime*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2013.
- TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd., 2013.
- TERRÉ F. et LEQUETTE Y., *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome II (obligations, contrats spéciaux, sûretés)*, Dalloz, 13^e éd., 2015.

2. Ouvrages spécialisés

- ANCEL F., FAUVARQUE-COSSON B., GEST J., *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Essai, 2017.
- ASSOCIATION H. CAPITANT, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016.
- CABRILLAC R., MAZEAUD D. et PRÜM A. (dir), *La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*, Droits 2009 n° 48, PUF.
- CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2015.



- CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La documentation française, 2006.
- CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Hors coll., 2016.
- DESHAYES O. (dir), *L'avant-contrat*, Actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008.
- JAMIN Ch. et MAZEAUD D. (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- LAITHIER Y.-M., DESHAYES O., GENICON Th., *La réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexis-nexis, 2016.
- LATINA M. (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017.
- LARDEUX G. (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.
- LARDEUX G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012.
- MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, 2013.
- MEKKI M. (dir.), Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis, LGDJ, coll. Forum, 2016.
- PECH-LE GAC S. (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016.
- PICOD Y., *Droit de la consommation*, Sirey, 3^e éd., 2015.
- Principes du droit européen du contrat*, SLC, 2003 (Commission Lando).
- RÉMY-CORLAY P. et FENOUILLET D. (dir), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., *Les contrats de consommation, Règles communes*, *Traité de droit civil*, J. Ghastin (dir.), LGDJ, 2012.
- STOFFEL-MUNCK Ph., *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.
- TERRE F. (dir.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, hors coll., 2016.
- TERRÉ F. (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.



Sous-partie 1

Contrats

Thème 1

Introduction au droit des contrats

Plan du thème

Section 1 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

§ 1. Réforme nationale

§ 2. Mouvements européens

Section 2 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

§ 2. Fondements du droit des contrats

A. Liberté contractuelle

B. Force obligatoire

C. Bonne foi

1) Loyauté

2) Coopération

§ 3. Sources du droit des contrats

Introduction au droit des contrats

Introduction

1. L'actualité du droit des contrats est toujours très forte du fait de la publication de l'**ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations »**. Un projet de loi de ratification de l'ordonnance a été déposé le 6 juillet 2016, dans les délais qu'avait imposés la loi d'habilitation. Ce projet est aujourd'hui au point mort et la période électorale risque de laisser sa valeur réglementaire à la réforme pendant encore un certain temps sans impact sur son entrée en vigueur.

D'un point de vue structurel, la réforme modifie le plan ainsi que toute la numérotation actuelle. Ce nouveau droit est entré en vigueur le **1^{er} octobre 2016** (ordon., art. 9) et s'applique désormais aux **contrats conclus après cette date**. Pour les contrats conclus antérieurement, ils resteront soumis à la loi ancienne, y compris pour les affaires en cours de jugement, qu'elles soient en appel ou en cassation (ordon., art. 9, al. 4)¹. La connaissance du droit des contrats antérieur à cette réforme est donc encore nécessaire. Seul un nouveau mécanisme introduit par la réforme est applicable dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance : les interpellations interrogatoires dans le cadre d'un pacte de préférence (C. civ., nouv. art. 1123, al. 3 et 4), d'une représentation (C. civ., nouv. art. 1158) et de la nullité (C. civ., nouv. art. 1183), présentées dans les thèmes correspondants.

Section 1 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

§ 1. Réforme nationale

2. La réforme du Titre III du Livre III a été débattue pendant longtemps et a enfin pris forme par la publication de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ». Si lors du centenaire du Code civil une vaste réflexion avait été menée sur l'opportunité d'une réforme qui ne s'est finalement pas réalisée à l'époque, deux raisons majeures ont conduit à une réforme aujourd'hui :

– tout d'abord, une raison nationale : les textes du Code civil ne reflètent plus la réalité du droit des contrats d'aujourd'hui, alors que nous sommes dans un pays de droit codifié. Il fallait donc le rendre plus lisible et compréhensible pour ses utilisateurs ;

– ensuite, une raison internationale : dans les transactions internationales, le droit anglo-saxon tend à dominer et le droit français est souvent considéré comme peu lisible et peu compétitif ; dès lors, si l'on veut que le droit français rayonne, il doit être modernisé et réformé afin d'accroître son attractivité.

3. La réforme actuelle a puisé ses **sources** dans les nombreux travaux doctrinaux français et européens. Tout d'abord, coté français, deux grandes propositions de réforme s'étaient concrétisées au cours des dix années précédant la réforme : le projet dit « Catala » et le projet dit « Terré ». Pour le premier, il s'agit d'une initiative du professeur **Pierre Catala** de réunir plusieurs universitaires afin de proposer une réforme du droit des obligations (contrat, responsabilité et régime de l'obligation), remise officiellement au Garde des Sceaux le 22 sept. 2005 (Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006). Par ailleurs, l'Académie des sciences morales et politiques a pris l'initiative de réunir une Commission sous la présidence du professeur **François Terré** afin de proposer une réforme du droit des contrats, texte remis également à la Chancellerie le 1^{er} déc. 2008 (Pour une réforme du droit des contrats, ss dir. F. Terré, Dalloz 2009 ; MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D.* 2009. 1364). Les projets européens, ensuite, ont également servi de source aux rédacteurs de la réforme (cf. infra §2), qu'il s'agisse des Principes de droit européen du contrat (PDEC) ou du Projet de cadre commun de référence (DCFR en anglais).

1. Gaudemet S., Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP* 2016, 559.



4. L'adoption du texte final est le fruit d'un **long processus** de rédaction, d'avant-projets rédigés et corrigés plusieurs fois après les avis recueillis de la société civile. En mars 2008, la Chancellerie a fait connaître sa première ébauche de réforme du droit des contrats, comportant la codification de règles jurisprudentielles mais également des innovations importantes, tant dans la structure que le contenu (Fombeur P., *La réforme du droit des contrats, D.* 2008. 1972). Après de nombreuses controverses², le texte a été remanié, sans qu'il ait été rendu public. La Chancellerie a déposé un projet de loi en novembre 2013 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, par lequel elle demande l'habilitation pour réformer par ordonnance le droit commun des contrats et le régime de l'obligation issus du Code civil. Après de longues navettes entre un Sénat réticent et une Assemblée nationale favorable, la loi d'habilitation a finalement été adoptée le 16 février 2015 (loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures), après avoir été validée par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 12 fevr. 2015, n° 2015-710 DC). Début mars 2015, le Ministère de la justice a publié sur son site internet le projet d'ordonnance en ouvrant, de manière inédite, une consultation publique en se donnant un an pour publier l'ordonnance. L'ordonnance a finalement été publiée au Journal officiel du 11 février 2016³ avec le Rapport remis au Président de la République. Maintenant qu'un projet de la loi de ratification a été déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016, la ratification attend d'être votée par le Parlement qui pourrait encore en modifier certaines de ses dispositions. En attendant, l'ordonnance conserve sa valeur réglementaire⁴.

5. Dans son **contenu**, la réforme s'inscrit dans un esprit de continuité du droit actuel avec quelques innovations notables. L'essentiel constitue une consolidation du droit jurisprudentiel, avec, parfois, à l'inverse, quelques dispositions en opposition à la jurisprudence, dont l'exemple le plus topical concerne la sanction en cas de rétractation d'une promesse unilatérale par le promettant (cf. Thème 2 n° 26 s.).

Les **changements** les plus notables sont les suivants :

- la **forme** : la législation suit désormais un plan construit qui reprend les étapes chronologiques du contrat ;
- l'introduction d'un nouveau mécanisme d' « **actions** » **interrogatoires** permettant à une partie de lever les incertitudes sur les intentions du titulaire d'un droit (pacte de préférence, nullité, représentation) ;
- l'introduction d'une série de mesures visant à **protéger la partie considérée la plus faible** au contrat : la notion de « contrat d'adhésion » (art. 1110), l'abus de dépendance (art. 1143), un mécanisme éradiquant les clauses abusives (art. 1171), la révision pour imprévision (art. 1195) ;
- l'introduction de la **cession de contrat** ;
- et bien sûr, la **disparition formelle de la cause** dont il ne reste que les fonctions, mais sans la notion.

L'esprit qui anime cette réforme est la recherche d'un équilibre entre liberté contractuelle et protection de la partie faible au contrat, équilibre entre « justice contractuelle et autonomie de la volonté » (cf. rapport remis au Président de la République).

§ 2. Mouvements européens

6. Dans le cadre de la construction européenne, de nombreux juristes européens ont travaillé à la réalisation d'un droit européen des contrats. Le travail le plus abouti est certainement celui réalisé par la Commission présidée par le professeur Ole Lando, composée d'universitaires européens. Se basant sur une méthode comparatiste, cette Commission a donné lieu à des « **Principes de droit européen du contrat** » (PDEC ou PECL en anglais)⁵. Il ne s'agit pas là de droit positif puisque ces Principes ont

2. MAZEAUD D., Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : D. 2008. 2675

3. Annexe : Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

4. Sur les conséquences de la valeur réglementaire et les contestations possibles, v. CHANTEPIE G. et LATINA M., La réforme du droit des obligations, Dalloz, n° 54 s.

5. Principes de droit européen du contrat, SLC 2003 (Commission Lando).



étaient rédigés à l'initiative d'universitaires, mais ce travail purement doctrinal, par sa qualité, a séduit de nombreux Européens au point que désormais les Conseillers à la Cour de cassation s'y réfèrent dans leurs rapports ou conclusions.

7. Parallèlement, l'Union européenne favorise le rapprochement des droits au sein des États membres, et les directives européennes sont un moyen efficace pour l'harmonisation. Dans les années 2000, la Commission européenne, encouragée par le Parlement, a proposé l'édification d'un code européen des contrats, mais cette hypothèse fut rejetée de manière très vive par la majorité des États membres. La Commission s'est d'abord orientée vers ce qu'elle a appelé un « **cadre commun de référence** » (CCR ou CFR en anglais), à l'usage du législateur européen, et destiné à contenir des définitions, des principes directeurs et des règles modèles ayant pour but d'améliorer la cohérence des textes communautaires existants et à venir. Un premier travail académique a été remis à la Commission fin 2009, connu sous le nom de « *Draft Common Frame of Reference* » ou « *DCFR* »⁶ (sur cet historique, cf. not. Aubert de Vincelles C., Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D., Rochfeld J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », *in* Dossier Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine n° 165, déc. 2007, p. 40).

8. Ensuite, la Commission s'est orientée vers une autre voie d'harmonisation du droit des contrats en Europe : la création d'un « **instrument optionnel** » institué par voie de règlement qui a pris forme le 11 oct. 2011 à travers une proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (cf. Aubert de Vincelles C., *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente*, *JCP* 2011. 1376). Il s'agissait d'un régime complet de droit européen des contrats, mêlant droit commun des contrats et règles spéciales de vente, pour lequel les contractants pourraient opter au moment de contracter afin de s'y soumettre (sur les différentes étapes, cf. ; C. Aubert de Vincelles, Droit européen des obligations, *RTD eur.* 2 010. 695-705). Cette proposition de droit nouveau ne devait s'appliquer qu'aux contrats transfrontaliers, tout en laissant la possibilité aux États membres de l'étendre aux contrats nationaux. Devant l'opposition de plusieurs États européens, la Commission européenne souhaite aujourd'hui remettre à plus tard ce projet, abandonné pour le moment. Cette orientation vers une harmonisation plus forte et plus étendue reste cependant un objectif pour l'Union européenne qui continue d'inscrire en ce sens ses nouveaux projets.

Section 2 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

9. Le contrat est l'une des quatre **sources d'obligation** présentées par le nouvel art. 1100 du Code civil (cf. anc. 1370), en tête désormais du Titre III du Livre II intitulé « Des sources d'obligations ». Il faut comprendre de ce nouvel article que les contrats sont une source d'obligation en ce qu'ils sont des « actes juridiques » aux côtés des faits juridiques, de la loi et des quasi-contrats. Le contrat est **défini** au nouvel art. 1101 comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Disparaît de cette nouvelle définition, ainsi d'ailleurs que de l'entièvre réforme, la référence antérieure aux types d'obligations (donner, faire, ne pas faire).

10. Un contrat est un **accord de volontés** impliquant la présence d'au moins deux personnes, ce qui le distingue des actes unilatéraux et des **engagements unilatéraux**. Ces derniers ne sont pas reconnus comme générant, par eux-mêmes, des obligations, la jurisprudence passant alors plutôt par la notion d'obligation naturelle qui se nove en obligation civile (par ex. : Civ.1, 4 janv. 2005, n° 02-18904, D. 2005. 1393 note G. Loiseau ; *JCP*. 2005. II. 10159, note M. Mekki, *RTDciv.* 2005. 397, obs. J. Mestre et B. Fages).

6. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, prepared by the Study Group on a European Civil code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), éd. Sellier 2009.





Actualité

La Cour de cassation a qualifié une promesse d' « engagement unilatéral à durée indéterminée », tout en lui faisant subir le régime du contrat en la considérant caduque pour perte de cause. Indépendamment de la question intéressante de la perte de cause (sur ce point, cf. Thème 6 n° 23), se pose celle d'une telle qualification : soit il s'agit d'un engagement unilatéral et il ne peut bénéficier de certains éléments de régime du contrat qu'en passant par la qualification d'obligation naturelle, soit il s'agit d'un contrat. **Civ.1, 10 sept. 2015, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud**⁷ ; RDC 2016. 11, note Th. Génicon.

Le contrat est également un accord qui a pour objet des **obligations**, qu'elles pèsent sur l'une des parties ou les deux (distinction entre le contrat unilatéral ou synallagmatique), soit pour les créer, soit pour les modifier, les transmettre ou les éteindre.

11. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats introduit de **nouvelles définitions** dans la classification des contrats. Aux côtés des types classiques (synallagmatique, unilatéral, à titre onéreux, à titre gratuit, etc...), se trouvent désormais les contrats à **exécution successive et instantanée** (nouv. art. 1111-1), le **contrat-cadre** (nouv. art. 1111) et surtout le **contrat d'adhésion** dont la définition, plusieurs fois remaniée, n'est toujours pas très satisfaisante du fait principalement de l'interprétation aléatoire des « conditions générales » qui doivent être soustraites à la négociation (art. 1110 al. 2).

§ 2. Fondements du droit des contrats

12. Le Code civil de 1804 ne faisait mention d'aucun principe fondateur ; pourtant, certains y étaient présents et ont irrigué non seulement le droit issu du Code civil mais également l'évolution jurisprudentielle, comme la liberté contractuelle et la bonne foi. C'est pourquoi la réforme du droit des contrats les a intégrés dans des « dispositions liminaires », non comme des principes directeurs de manière à leur laisser une simple valeur interprétative et non normative.



À noter

La **réforme** du droit des contrats a donné lieu à une controverse quant à la nécessité de préciser, dans la loi, des « **principes directeurs** » du droit des contrats. Certains droits européens en mentionnent et la première version connue de la réforme du droit des contrats prévoyait une section entière dédiée aux « principes directeurs », parmi lesquels résidaient au moins la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi, mettant ainsi en valeur les principes de liberté, de sécurité et de loyauté contractuelle. Les commentateurs étaient soit enthousiastes, soit très critiques, les uns y voyant une démarche moderne et européenne, les autres au mieux des textes inutiles, au pire des moyens laissés à l'arbitraire du juge pour intervenir dans le contrat.

La proposition de réforme émanant du groupe présidé par M. Terré mentionne également des dispositions préliminaires reprenant quelques principes transversaux au droit des contrats, comme la liberté contractuelle, le respect de l'ordre public et des droits fondamentaux, la bonne foi ainsi que l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (art. 3 à 6).

Le projet d'ordonnance⁸ puis l'ordonnance ont suivi la démarche du projet Terré en abandonnant la notion de principes directeurs pour les noyer dans un chapitre général intitulé « Dispositions liminaires » au sein duquel se retrouvent des définitions (contrat, contrat synallagmatique, à titre onéreux, etc.) et désormais trois principes généraux : la liberté contractuelle (nouv. art. 1102), la force obligatoire rajoutée dans l'ordonnance finale (nouv. art. 1103), et la bonne foi (nouv. art. 1104). Comme le souligne le rapport remis au Président de la République, « ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté ».

7. Civ.1, 10 sept. 2015, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud

8. cf. M. Mekki, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, D. 2015. 816.



A. Liberté contractuelle

13. La philosophie de laquelle s'est inspiré le Code civil en 1804 est profondément individualiste et libérale ; l'homme est libre de ses choix et de ses décisions, et donc libre de contracter. Cette liberté, dont la **valeur constitutionnelle** a été reconnue ouvertement comme découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. const. 13 juin 2013⁹. V. ég. Cons. const. 19 déc. 2000¹⁰. Contraire à : Cons. const. 3 août 1994, *JCP* 1995. II. 22404 ; *RTD civ.* 1996. 15 obs. Mestre) se manifeste traditionnellement à travers trois réalités, **désormais mentionnées dans l'ordonnance de réforme** du droit des contrats (nouv. art. 1102). La première est la **liberté de contracter** ou de ne pas contracter. La deuxième est celle de **choisir son cocontractant** qui a donné lieu à plusieurs décisions de la Cour de cassation dans le cadre de l'adhésion à une association : d'abord, une association est libre de choisir ses adhérents (Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, n° 09-66.969, *D.* 2010. 1279, obs. Delpech ; *D.* 2010. 2413, note Helleringer ; *RTD civ.* 2010. 556, obs. Fages) ; et les adhérents potentiels d'une association sont, ensuite, libres d'adhérer ou de ne pas adhérer, un contrat ne pouvant ainsi obliger les contractants à adhérer à une association (ainsi, « la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue ») : Civ. 1^{re}, 20 mai 2010, n° 09-65.045, *JCP* 2010. 925 note Planckeel ; *JCP* 2010. 983, obs. Mekki ; *RDC.* 2010. 1185 obs. Pérès). Enfin, la troisième manifestation de cette liberté est celle de **déterminer le contenu du contrat** c'est-à-dire des obligations auxquelles il va se soumettre (ainsi les parties sont libres de créer conventionnellement un droit réel démembré, au-delà de ceux prévus par la loi, comme un droit réel de jouissance spéciale conventionnel, confirmant ainsi l'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux : « il résulte des articles 544 et 1134 du Code civil que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, *JCP* 2012. 1400, note Testu ; *D.* 2013. 53, note d'Avout et Mallet-Bricout ; *JCP* 2013. 124, n° 2 obs. Mekki).

14. La **limite** de la liberté contractuelle est **l'ordre public** (nouv. art. 1102 al. 2). Le nouveau droit des contrats ne fait plus aucune référence aux « bonnes mœurs », comme le faisait l'ancien art. 6 du Code civil, la notion étant jugée « désuète » et « abandonnée » de la jurisprudence contemporaine (cf. rapport remis au Président de la République).



Actualité

Le projet d'ordonnance proposait d'ajouter aux côtés de l'ordre public, le **respect des droits et libertés fondamentaux** comme le faisait le projet Terré (*Projet ord.*, art. 1102 al. 2 : *Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché*). Cependant, l'ordonnance finale a supprimé cette référence, ce qui peut être regretté. En effet, la limite des droits et libertés fondamentaux s'appréhende différemment de l'ordre public en ce qu'ils nécessitent une mise en balance des intérêts : ceux protégés par le droit fondamental et celui susceptible de justifier l'atteinte portée au droit. Cette suppression paraît en porte-à-faux tant avec le débat actuel de réforme de la Cour de cassation cherchant à mieux intégrer les droits et libertés fondamentaux¹¹ qu'au regard de sa nouvelle jurisprudence intégrant le contrôle de proportionnalité (pour un arrêt très remarqué en droit de la famille mais dont le raisonnement est transversal : Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTDciv.* 2015. 825, obs. Marguénaud).

9. n° 2013-672 DC : *JCP* 2013. 839 note Duchange ; *JCP* 2013. 929, note Ghustin ; *JCP* 2013. 974, obs. Mekki ; *RDC* 2013. 1285, note Pérès.

10. n° 2000-437 ; 13 janv. 2003, n° 2002-465, *RDC.* 2003. 9 obs. Revet ; 19 nov. 2009, n° 2009-592, *D.* 2010. Pan. 1508 ; 18 mars 2009, n° 2009-578.

11. P. Puig, L'excès de proportionnalité (A propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes), *RTDciv.* 2016. 70



15. En 1804, la justice contractuelle était comprise comme l'écho de la liberté : dès lors que la volonté de l'homme s'exprime librement, le contrat auquel elle donne naissance est un contrat nécessairement **juste et équilibré** (« Qui dit contractuel dit juste »). La justice contractuelle était laissée à l'appréciation des parties ; le juge ne tenait donc qu'une place limitée sans pouvoir jouer de rôle dans cet équilibre du contrat voulu par les parties et fruit de leur liberté. Mais cette approche contractuelle, fondée en partie sur l'autonomie de la volonté, s'est révélée insuffisante et fausse. Le **monde contractuel changeant** du xx^e siècle et surtout de l'après-guerre, nécessita l'établissement de correctifs, limitant les excès de la liberté contractuelle. La transformation des rapports contractuels a engendré des disparités profondes entre les contractants, certains disposant d'une puissance économique, d'un accès au savoir, à la connaissance juridique et technique, alors que d'autres en étaient démunis. Cette disparité s'est révélée entre professionnels et profanes, mais également entre professionnels qui peuvent, pour certains, être en situation de dépendance économique. Le droit du Code civil est apparu insuffisant pour protéger les contractants en situation de faiblesse. Leur volonté n'est libre qu'en apparence, et qui dit contractuel ne dit plus forcément juste ; dans les rapports inégaux, l'application de l'autonomie de la volonté conduit le fort à opprimer le faible. À la formule de Fouillée, on a opposé celle de Lacordaire : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit la loi qui affranchit ». Le **législateur** a réagi en renforçant le cadre contraignant, c'est-à-dire des règles impératives encadrant le contrat (par ex. législation sur les baux d'habitation ; sur le travail ; et souvent en dehors du Code civil par des règles spéciales (par ex. le droit de la consommation). Quant au **juge**, il a utilisé les outils classiques du Code civil pour les adapter à cette évolution (évolution du dol ; obligation d'information ; obligation de sécurité ; forçage du contrat ; évolution de la cause). On a parlé alors de « crise du contrat » : quel équilibre trouver entre le libéralisme excessif et le dirigisme contraignant ?



Actualité

Les pouvoirs du juge¹² sont encore renforcés par le nouveau droit des contrats qui ouvre de nouvelles occasions d'interventionnisme judiciaire, soit directement par le contrôle du contenu du contrat (révision pour imprévision, clauses abusives), soit indirectement par le recours à des notions mouvantes et nécessitant une interprétation judiciaire (recours aux notions de « raisonnable », « excessif », « significatif », « légitime », ...).

B. Force obligatoire

16. L'ancien article 1134 du Code civil a été **scindé** en trois articles par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. L'alinéa 1 relatif à la force obligatoire du contrat fait désormais l'objet d'un article à part entière au sein des dispositions liminaires au **nouvel article 1103** : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (pour l'al. 2 de l'anc. art. 1134, cf. Thème 7 n° 15 ; pour l'al. 3, cf. *infra* n° 19). La force obligatoire du contrat avait fait l'objet d'un principe directeur dans le premier avant-projet de réforme de la Chancellerie, puis avait disparu de cette place symbolique pour rester cantonnée aux seuls effets du contrat. L'ordonnance finale le fait donc ressusciter au même rang que la liberté et la bonne foi. Ses manifestations sont précisées aux nouveaux articles 1193 à 1195 du Code civil au sein d'une sous-section intitulée « Force obligatoire » (cf. Thème 7 n° 2 s.).

17. Illustrant la **sécurité contractuelle**, cette disposition, hissée au rang de fondement, est une manière de rappeler l'importance de la parole donnée pour le droit français, c'est-à-dire la nécessité pour les parties d'exécuter le contrat selon les termes promis (« *pacta sunt servanda* »). Il revient donc au juge de faire respecter la volonté des parties exprimée par le contrat (pour un ex : Civ. 1^{re}, 3 mars 2011, n° 09-70.754, *JCP* 2011. 566 n° 14 obs. Ghustin). Cette affirmation se fonde aussi bien sur des considérations morales tenant au respect de la parole donnée que sur l'existence même d'un contrat appréhendé comme un acte de prévision (nécessitant donc de la sécurité juridique).

12. cf. L. Aynès, *Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?*, in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016 n°Hors-série, p. 14.



Exemple

Par un arrêt dont le commentaire peut concerner tous les aspects de la force obligatoire du contrat, la Cour de cassation a rappelé que l'art. 1134 al. 1 et l'intangibilité du contrat interdisent au juge de modifier les obligations contractuellement prévues, en l'absence de clause l'y autorisant : **Civ. 3^e, 18 mars 2009**¹³.

Il s'agissait d'un bail prévoyant l'exécution d'une obligation en nature devenue impossible. Décidant de transformer cette obligation par un équivalent monétaire, l'arrêt d'appel est cassé au visa de l'art 1134 al. 1 au motif que « le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat ». Il est intéressant de noter que la Cour de cassation a elle-même mentionné au bulletin que cet arrêt se plaçait dans la continuité de celui rendu par Com. 10 juill. 2007 (cf. *infra* n° 24). Ainsi le juge ne peut-il pas remettre en cause la substance des obligations.

18. Mais la force obligatoire, comprise traditionnellement comme prenant sa source dans la volonté des parties, subit des **atteintes**. Ces atteintes peuvent venir de la loi lorsqu'elle ajoute, par ex. des obligations au contrat par le prisme de l'ordre public, mettant ainsi de côté la volonté des parties. Elles peuvent également venir du juge lorsqu'il met de côté l'intention des parties pour privilégier des considérations de loyauté ou de sécurité. On peut s'étonner de voir ce principe réapparaître à un tel rang dans la réforme alors qu'elle atténue pour la première fois en droit français le droit à l'exécution forcée en nature qui puise sa force précisément dans la force obligatoire (cf. Thème 8 n° 22 s.).

C. Bonne foi

19. Après la liberté et la sécurité, la réforme du droit des contrats hisse la **loyauté** contractuelle, à travers l'exigence de bonne foi, au rang de fondement du droit français des contrats, comme l'avaient suggéré le projet Terré ainsi que les **travaux académiques** européens et internationaux (art. 1 : 201 PDEC ; art. 1.7 Principes Unidroit relatifs au commerce international). Désormais affirmée au **nouvel article 1104** du Code civil, la bonne foi est officiellement élargie à toutes les phases contractuelles, de la négociation à l'exécution du contrat en passant par la formation. Elle quitte donc son cantonnement à l'exécution du contrat de l'ancien article 1134 al. 3. Afin qu'il n'y ait aucun doute possible, il est désormais précisé que «cette disposition est d'ordre public» (nouv. art. 1104 al. 2). Cette notion agit comme un correctif à la liberté contractuelle permettant d'en éviter les excès ; elle nécessite de prendre en compte le rapport contractuel dans lequel s'inscrit cette liberté, et donc d'une certaine manière son cocontractant. Le fait qu'elle soit désormais officiellement inscrite au titre des fondements du droit des contrats, peut inciter le juge à en faire des applications nouvelles.

20. Certains auteurs souhaiteraient que le droit français aille encore plus loin dans cette approche sociale du contrat en faisant prévaloir, au-delà de la bonne foi, des devoirs de collaboration et de prise en compte de l'intérêt d'autrui. C'est le mouvement appelé du « **solidarisme contractuel** », c'est-à-dire considérer que le contrat n'est pas que le fruit de deux individualismes égoïstes, mais qu'il forme la rencontre d'un accord où seraient pris en compte les intérêts de l'autre, à l'image d'une société (not Jamin Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* Études J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *in* Mélanges Terré, Dalloz, 1999, p. 603). Si le juge est plutôt réticent, il peut parfois reconnaître dans certains contrats de longue durée des liens de confiance justifiant un tel devoir.

21. Souvent assimilée à la loyauté, la bonne foi n'a jamais été définie et peut recouvrir au moins deux réalités différentes : la loyauté et la coopération.

13. n° 07-21.260, *RTD civ.* 2009. 528 obs. Fages ; *RDC.* 2009. 1358 obs. Mazeaud, *D.* 2010. 224 obs. Fauvarque-Cosson.



1) Loyauté

22. L'exigence de bonne foi signifie que les parties doivent avoir un comportement loyal dans toutes les phases contractuelles. Sans définition générale, la loyauté ne peut se comprendre qu'à travers la casuistique des arrêts rendus par la Cour de cassation. Si l'ancien article 1134 al. 3 la cantonnait à la seule phase d'exécution du contrat, la Cour de cassation en a fait une application diversifiée y compris lors de la formation du contrat. Ainsi, dès la phase de **négociation** contractuelle, les parties doivent se comporter de bonne foi (Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n° 98-17494, *RJDA* 2000 n° 949 : « *la loyauté doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle* », cf. infra Thème 2, n° 16). Lors de la **formation** du contrat, la loyauté fonde un certain nombre d'évolutions jurisprudentielles, comme l'obligation précontractuelle d'information ou le **dol** (cf. Thème 3), et la Cour de cassation n'hésite pas, parfois, à l'identifier clairement (par ex. : Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991¹⁴).

23. Les applications les plus fréquentes sont en matière **d'exécution** du contrat (anc. art. 1134 al. 3). Ainsi, est de mauvaise foi le bailleur d'immeuble qui nie connaître l'existence d'une dette d'eau alors que celle-ci lui est fournie malgré l'omission d'émission de facture (Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996¹⁵). La jurisprudence est particulièrement abondante concernant le contrôle de l'application des clauses résolutoires : le créancier doit invoquer l'usage de cette clause loyalement, c'est-à-dire sans exploiter abusivement cette clause pour en tirer profit (cf. Thème 8 n° 37). Au-delà des clauses résolutoires, les illustrations sont également nombreuses : une clause de caducité contenue dans une promesse synallagmatique de vente doit être invoquée de bonne foi (Civ. 3^e, 4 nov. 2010, n° 09-69.777), une réclamation portant sur la régularisation de charges locatives « juridiquement recevable et exacte dans son calcul » mais « déloyale et brutale » est « constitutive d'une faute dans l'exécution du contrat » (Civ. 3^e, 21 mars 2012, n° 11-14.174), ou encore manque à ses « obligations d'information et d'exécution de bonne foi des conventions conclues avec des investisseurs » la société de conseil qui dissimule des informations déterminantes (**Com.**, 10 mars 2015, n° 13-23.859 et 14-10.221, CCC 2015, comm. 38).

24. Un arrêt particulièrement important tente de préciser le **pouvoir donné au juge** dans le contrôle de la bonne foi. Au visa des al. 1 et 3 de l'art. 1134, la Cour de cassation a décidé que : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », **Com.**, 10 juill. 2007¹⁶). Malgré une distinction confuse entre « prérogative contractuelle » et « substance » des droits convenus, la Cour de cassation semble vouloir exprimer que la bonne foi ne peut être utilisée par le juge que pour contrôler l'usage d'un droit mais non sa substance. Ainsi, la force obligatoire du contrat (anc. al. 1 art. 1134, nouv. art. 1103) oblige les parties, indépendamment de toute bonne ou mauvaise foi, à respecter le contenu de leurs engagements (la substance) et donc autorise le créancier à se prévaloir de ses droits fondés sur eux. Cependant, lorsqu'il se prévaut de son droit, le créancier doit en faire un usage loyal (anc. al. 3 art. 1134, nouv. art. 1104). Pour faire un parallèle avec la clause résolatoire, il faudrait comprendre de cet arrêt que le créancier conserverait toujours son droit de résoudre le contrat unilatéralement (substance de son droit, anc. art. 1134 al. 1, nouv. art. 1103), mais lorsqu'il s'en prévaut, le juge peut se réserver la faculté de contrôler la loyauté de cet usage (anc. art. 1134 al. 3, nouv. art. 1104).

14. N° 89-16975, *Bull. civ.* III, n° 108, CCC. 1991 n° 133 obs. Leveneur ; *Defrénois* 1991. 1265 obs. Aubert. – Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 92-17.907

15. n° 93-21.414, *Bull. civ.* I, n° 36, D. 1997. 571 note Soustelle.

16. *GAJC* Tome 2 n° 164 ; D. 2007. 2839 note Stoffel-Munck et 2844 note Gautier ; *JCP* 2007. II. 10154 note Houtcierff ; *Defrénois* 2007. 1454 obs. Savaux ; *RDC* 2007. 1107 obs. Aynès et 1110 obs. Mazeaud. Voir depuis : Civ. 3^e, 18 mars 2009, n° 07-21.260, *RTD* 2009. 528 obs. Fages ; *RDC*. 2009. 1358 obs. Mazeaud, D. 2010. 224 obs. Fauvarque-Cosson. – Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, D. 2010. 476 note Billemont ; *RDC*. 2010 p. 561 obs. Laithier, p. 564 obs. Mazeaud, p. 666 obs. Seube. – Civ. 3^e, 26 mars 2013, n° 12-14.870, *RTD* civ. 2013. 606, obs. Barbier, CCC. 2013. comm. 128, obs. Leveneur ; *RDC*. 2013. 888, note Laithier. À propos de la bonne foi dans l'exercice du droit de résilier, cf. **Com.**, 8 oct. 2013, n° 12-22.952, D. 2013. 2617, note Mazeaud ; D. 2014. 630, obs. Mekki ; CCC 2014, comm. 1, obs. Leveneur.





À noter

Plusieurs arrêts illustrent la déloyauté dans l'usage d'un droit tout en montrant la porosité de la frontière avec la substance.

Civ. 3^e, 21 mars 2012 (n° 11-14174, RDC. 2012. 763, obs. Laithier ; idem. 806, obs. Deshayes) : après cinq ans, un bailleur demande à son preneur de régulariser les charges qui s'avèrent être de plus du triple de la somme provisionnée. Considérant que le bailleur, par une telle demande « juridiquement recevable et exacte dans son calcul », fait pour autant un usage « déloyal et brutal » de son droit, la Cour de cassation admet la responsabilité du bailleur pour faute dans l'exécution du contrat, entraînant des dommages-intérêts d'une valeur égale à la valeur de la créance du bailleur fautif. Par une telle allocation, on peut s'interroger sur la préservation de la substance du droit du créancier.

Com., 7 oct. 2014, n° 13-21086, JCP 2015, doctr. 306, obs. Ghestin et Virassamy ; RDC 2015. 18, obs. Savaux : cas particulier et nouveau de l'exécution d'un préavis au mépris de la bonne foi, à la suite d'une rupture unilatérale. Pendant le préavis, l'auteur de la rupture avait drastiquement diminué ses commandes, bien que le contrat ne contenait aucune exigence quant au volume des commandes. La cour a jugé qu'ainsi l'auteur de la rupture avait manqué à la bonne foi dans l'exécution du préavis pour avoir imposé unilatéralement et brutalement « une remise en cause de l'équilibre du contrat ».

25. La loyauté peut ponctuellement prendre les traits d'une exigence de **cohérence**. Certains auteurs souhaitent que cette notion, venue d'outre-Atlantique, soit reconnue en tant que telle en droit français, notamment à travers *l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*. Le projet de réforme émanant de la Commission présidée par M. Terré propose l'introduction d'un tel principe. La jurisprudence donne parfois quelques exemples de l'introduction timide de cette notion en matière contractuelle, mais toujours sous couvert de bonne foi (Civ. 3^e, 28 janv. 2009¹⁷ : cassation au visa de l'art. 1134 al. 3 d'un arrêt d'appel qui avait refusé de reconnaître comme fautif un assureur ayant eu un comportement contradictoire avec son client).

2) Coopération

26. La coopération se distingue de la loyauté en ce qu'elle s'adresse plutôt au créancier de l'obligation : le devoir de coopération exige du créancier de l'obligation qu'il participe, lorsque c'est nécessaire et possible, à la bonne exécution de l'obligation par le débiteur. Il s'agit alors d'une certaine collaboration entre parties, souvent utile pour les contrats de longue durée (par ex. les parties peuvent, au cours du contrat, devoir s'informer l'une l'autre, faciliter l'exécution du contrat par l'autre, etc).

27. Deux illustrations jurisprudentielles sont désormais traditionnelles, où la Cour de cassation a exigé, sur le fondement de la bonne foi, qu'un fournisseur (**Com, 3 nov. 1992**, Huard¹⁸) et un mandant (**Com., 24 nov. 1998**¹⁹) devaient pratiquer des prix concurrentiels. Ainsi appliquée, l'exigence de bonne

17. n° 07-20.891, *D.* 2009. 2008 note Houtcief, *RTD civ.* 2009. 316 s. obs. Fages, *RDC.* 2009. 999 obs. Mazeaud ; *RDC.* 2009. 1019 obs. Viney, *D.* 2010. 224 obs. Fauvarque-Cosson.

18. *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *RTD civ.* 1993. 124 obs. Mestre ; *JCP* 1993. II. 22164 note Virassamy.

19. *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *JCP* 1999. II. 12210 note Picod ; *JCP* 1999. I. 143 n° 6 obs. Jamin ; *Defrénois* 1999. 371 obs. Mazeaud.



foi permet indirectement de condamner les contractants qui refuseraient de renégocier leur contrat lorsqu'un changement de circonstances extérieures au contrat modifie son équilibre (cf. Thème 7 n° 20). On a pu alors se demander si sur le terrain de la bonne foi, il ne serait pas possible d'obliger, de manière générale, une partie à renégocier le contrat afin de l'adapter aux circonstances nouvelles (pour une interprétation divergente, cf. Civ. 1^{re}, 16 mars 2004²⁰).

§ 3. Sources du droit des contrats

28. Les sources du droit des contrats deviennent **constitutionnelles** depuis que le Conseil constitutionnel reconnaît une certaine valeur constitutionnelle à plusieurs principes contractuels, comme la liberté contractuelle dérivée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (cf. *supra* n° 12), la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, la responsabilité civile, la liberté d'association ou encore la liberté d'entreprendre. Ces sources constitutionnelles prennent une ampleur considérable depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, *JO* du 24 juillet 2008 ; L. org. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JO* du 11 décembre 2009). Alors que ces questions se multiplient, le droit des contrats n'est pas épargné du fait précisément de l'existence de ces principes déjà reconnus par le Conseil constitutionnel par le prisme desquels les lois contractuelles peuvent être appréciées. La première QPC touchant le droit des contrats était relative à l'article L. 442-6 I 2^e du code de commerce, concernant l'interdiction de « soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties », déclaré conforme au principe de légalité des crimes et des délits (**Cons. constit., 13 janv. 2011**, n° 2010-85, QPC, Darty, *D.* 2011. 415, note Y. Picod ; *JCP* 2011. 274, note D. Mainguy ; **Com., 15 oct. 2010**, n° 10-40.039, *D.* 2 010. 2508, obs. Chevrier. Pour un rejet d'une nouvelle QPC sur cette même disposition : **Com., 25 juin 2015**, n° 14-28013, CCC 2015, comm. 232, obs. N. Mathey. Sur la constitutionnalité du paragraphe III relatif aux amendes civiles : Cons constit, 18 mai 2016, n° 2016-542, QPC, *D.* 2016. 1076. Cf. Thème 5 n° 32).

29. Elles sont également **internationales** (certaines conventions internationales ont une influence très importante comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) et européennes. En effet, le droit **européen** des contrats s'est essentiellement développé, pour le moment, en droit de la consommation, accentuant ainsi la recherche de protection de la partie faible au contrat. Si ces directives européennes ont été transposées dans le code de la consommation, et non le Code civil pour la matière contractuelle, elles participent à cette approche renouvelée du contrat, influençant tant le législateur que le juge. De plus, autre source européenne, la **Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales joue un rôle de plus en plus important en droit des contrats, contribuant ainsi à une certaine « fondamentalisation » du droit des contrats. Cette fondamentalisation du droit des contrats se manifeste à deux égards : d'abord par l'anéantissement de certaines dispositions contractuelles contraires à la CEDH (pour les exemples, cf. Thème 4, n° 8 s.), mais également, ensuite, par la mise à l'écart de certaines dispositions législatives dans le cadre du contrôle de conventionnalité exercé par les tribunaux nationaux.

30. Évidemment, la source principale est **législative**, non seulement à travers le **Code civil** de 1804 (Titre III du Livre III), mais également à travers des législations spéciales qui exercent une forte influence, qu'il s'agisse du **droit de la consommation** ou du **droit de la concurrence** (cf. not. Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, n° 47).

31. Enfin, le rôle du **juge** est déterminant dans l'évolution du droit des contrats, d'autant plus qu'il a dû adapter un droit vieux de deux siècles, conçu dans une société rurale, à une société moderne. Une nouvelle évolution est désormais à venir avec l'interprétation que les juges feront des nouvelles dispositions issues de la réforme.

20. D. 2004.1754 note D. Mazeaud ; *JCP* 2004. I. 173 note J. Ghestin.





Mémo

Le contrat est un **accord de volontés** par lequel deux ou plusieurs personnes **s'obligent** par un rapport de droit.

La **réforme** du droit des contrats a intégré dans le Code civil **trois fondements** du droit des contrats : la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi.

Le contrat s'est principalement bâti sur la **liberté contractuelle**, encadrée par l'**ordre public**. Si cette liberté garantissait la **justice contractuelle** dans la vision des Lumières, l'époque contemporaine a mis en exergue la nécessité d'outils permettant de rééquilibrer les parties aux contrats, par un cadre législatif plus contraignant et une jurisprudence inventive. La **bonne foi** a été l'un de ces moyens utilisés par le juge pour rétablir une certaine justice contractuelle.

La diversification des sources est d'une actualité toujours renouvelée. Les deux sources importantes faisant naître un contentieux d'actualité sont les **sources constitutionnelles**, qui prennent une part de plus en plus grandissante avec la question prioritaire de constitutionnalité, et les **sources européennes** à travers la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.



Bibliographie sur ce thème

I. Lectures incontournables (non reproduites)

Lectures générales

JAMIN Ch., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* Études J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.

BÉNABENT A., AYNÈS L., Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016. 434 (cf. Annexe).

Dossier, Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC avril 2016, Hors série.

Lectures thématiques

1. Sources des obligations (*et la caducité*)

Civ. 1, 10 sept. 2015, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud (reproduit en annexe).

2. Bonne foi

Com., 10 juill. 2007 : GAJC Tome 2 n° 164 ; D. 2007. 2839 note Stoffel-Munck et 2844 note Gautier ; JCP 2007. II. 10154 note Houtchieff ; *Defrénois* 2007. 1454 obs. Savaux ; RDC 2007. 1107 obs. Aynès et 1110 obs. Mazeaud.

Com, 3 nov. 1992, Huard : *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *RTD civ.* 1993. 124 obs. Mestre ; JCP 1993. II. 22164 note Virassamy.

Com., 24 nov. 1998 : *Bull. civ.* IV, n° 277 ; JCP 1999. II. 12210 note Picod ; JCP 1999. I. 143 n° 6 obs. Jamin ; *Defrénois* 1999. 371 obs. Mazeaud.

3. Sources constitutionnelles

Cons. constit., 13 janv. 2011, n° 2010-85, QPC, Darty, D. 2011. 415, note Y. Picod ; JCP 2011. 274, note D. Mainguy.

II. Pour aller plus loin

1. Généralités

ABADIE L., Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel, *in* Dossier « L'utilisation de la CEDH dans la pratique des affaires », Droit et patrimoine 2010 n° 194.

AUBERT DE VINCELLES C., FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D., ROCHFELD J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », *in* Dossier Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine n° 165, déc. 2007, p. 40.

AUBERT DE VINCELLES C., Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, JCP 2011. 1376.

BÉNABENT A., Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ?, D. 2016. 137.

CANIVET G., Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la « discrétion », *Mélanges Larroumet*, Économica 2009, p. 75.

GAUTIER P.-Y., Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, D. 2015. 2189.



- GHESTIN J., La notion de contrat, *D.* 1990. Chron. 147.
- JAMIN Ch., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *Mélanges J. Ghéstin*, 2001, p. 441.
- MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *Mélanges Terré*, 1999, p. 603.
- MAZEAUD D., Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat, *D.* 2007. 2959.
- OPPETIT B., L'engagement d'honneur, *D.* 1979. Chron. 106.
- PÉRÈS C., La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC*. 2010. 539.
- PICOD Y., L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988. I. 3318.
- PUIG P., L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes), *RTDciv.* 2016. 70.
- RIPERT G., L'ordre économique et la liberté, in *Mélanges Geny*, tome II, Sirey, 1934, p. 347.
- Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, P. Rémy Corlay et Fenouillet (dir), Dalloz, 2003.
- Les prérogatives contractuelles (Actes du colloque du 30 nov. 2 010), *RDC*. 2011. 639 s. (débats). Les principes directeurs du droit des contrats, *RDC* 2013. 311 s. (débats).
- « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », actes du colloque, Paris le 10 mai 2012, *RDC* 2012. 1393 s. (rubrique Débats).

2. La réforme des contrats

- BOFFA R., Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, *D.* 2015. 335.
- BRENNER Cl., Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ?, *JCP* 2016. 524.
- CARTWRIGHT J., Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats, *RDC* 2015. 691.
- DEUMIER P., Le Code civil, la loi et l'ordonnance, *RTD civ.* 2014. 597.
- DISSAUX N. et JAMIN Ch., Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, *Dalloz* 2015.
- Dossier, Projet de réforme du droit des contrats : regards croisés, *Droit et patrimoine* 2015, n° 247.
- FRANÇOIS Cl., Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, *D.* 2016. 506.
- FRION J.-J., Le juge et la réforme du droit des contrats, *RLDC* 2015 n° 132 Supplément.
- GAUDEMEST S., Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP* 2016. 559.
- GHESTIN J. (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, *LPA* n° sp. n° 176-177, 3-4 sept. 2015.
- HAFTEL B., Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge, *D.* 2015. 1378.
- Le projet de réforme du droit des contrats, Colloque publié à la *RDC* 2015, p. 615 s.
- MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D.* 2009. 1364.



MEKKI M., L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire, D. 2016. 494.

MEKKI M., L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup, D. 2016. 608.

MEKKI M., Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, D. 2015. 816.

MEUNIER G., Droit des contrats : les enjeux d'une réforme : D. 2016, p. 416 (Reproduit en Annexe).

PÉRÈS C., La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), D. 2009. 381.

PÉRÈS C., Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, JCP 2016. 454.

STOFFEL-MUNCK Ph. (dir.), Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015 BÉNABENT A., AYNÈS L., Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016. 434 (reproduit en annexe).

TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz 2009.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006 (disponible en ligne à l'adresse URL suivante : <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>).

Dossier, Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC avril 2016, Hors série.

III. Aperçu des publications de l'année

1. Généralités

DISSAUX N., Les mystères du contrat-cadre, AJ Contrat 2017. 104.

LE GAC-PECH S., Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction, JCP 2016, doctr. 991.

SUDRE F., Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?, JCP 2017, doctr. 289.

TADROS A., « L'adhésion » du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?, D. 2017. 171.

2. Sur la réforme des contrats (articles généraux¹)

BARBIER H., Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTDciv. 2016. 247 (reproduit en annexe).

BRETZNER J.-D., BARRAL G., Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats, AJ Contrat 2016. 415.

CHANTEPIE G., L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats, AJ Contrat 2016. 412.

CHÉNEDÉ F., Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, JCP 2016, 776.

DE FONTMICHEL M., Les nouvelles actions interrogatoires, D. 2016. 1665.

FONTAINE M., Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA, D. 2016. 2008.

1. Les articles plus spécifiques sur des notions particulières de la réforme seront cités à l'occasion des différents thèmes.



- HOUTCIEFF D., Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats, D. 2016. 2183.
- JEULAND E., Les actions interrogatoires en question, JCP 2016. 737.
- KNETSCH J., L'europeanisation de la responsabilité civile : mythe ou réalité ?, D. 2017. 18.
- LOISEAU G., Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats, CCE 2016, étude 15.
- MAINGUY D., Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats, D. 2016. 1762.
- MESTRE J., Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations : RLDC avr. 2016, p. 16 ; RLDC mai 2016, p. 13.
- MOURY J. et FRANÇOIS B., De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, D. 2016. 2225.
- REVET Th., Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du Code civil, D. 2016. 1771.
- VINEY F., L'expansion du «raisonnable» dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ?, D. 2016. 1940.
- Le nouveau discours contractuel, colloque sous la dir. Chatepie G. et Dissaux N., RDC 2016. 571 s.



Annexes

Annexe 1 – Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

Annexe 2 – BÉNABENT A., AYNÈS L., Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016. 434

Annexe 3 – MEUNIER G., Droit des contrats : les enjeux d'une réforme : D. 2016, p. 416

Annexe 4 – BARBIER H., Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 : RTDciv. 2016. 247

Annexe 5 – Civ.1, 10 sept. 2015, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud

Annexe 1 – Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

Monsieur le Président de la République,

La présente ordonnance est prise en application de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. A ce titre, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme, le Gouvernement est autorisé, selon les termes de l'habilitation, à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour :

1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence ;

2° Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ;

3° Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions, en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat ;

4° Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat ;

5° Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ;

6° Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ;

7° Clarifier les règles relatives à la durée du contrat ;

8° Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ;

9° Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause ;

10° Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles ; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible ; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion ;



11° Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation ; consacrer, dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi ; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation ; consacrer la cession de dette et la cession de contrat ; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat ;

12° Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ;

13° Aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1° à 12°.

Genèse de la réforme

Alors que de nombreuses parties du Code civil des Français issu de la loi du 30 ventôse an XII, devenu par la suite code Napoléon puis Code civil, ont, au cours des dernières années, fait l'objet d'adaptation et de modernisation, le droit commun des obligations, à l'exception de quelques textes issus de la transposition de directives communautaires, n'a pas été modifié depuis plus de deux siècles. Ces règles ont certes été depuis complétées par une jurisprudence abondante, mais cette dernière est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension. La seule lecture du Code civil ne permet plus dans ces conditions de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif qui, devenu en grande partie prétorien, a changé depuis 1804, la jurisprudence ayant tenu compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques.

Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.

Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre Code civil, en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du Code civil français passait par sa rénovation.

Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique : les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français.

Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés : les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.

Il est donc apparu nécessaire, conformément au voeu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du Code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles.

Plusieurs projets académiques ont ainsi été élaborés ces dernières années : celui du groupe de travail réuni autour de Pierre Catala puis celui du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques sous l'égide de François Terré. Par la publicité donnée à ces projets, les acteurs de la vie économique et juridique ont été mis en mesure d'émettre des observations. La Chancellerie a également préparé des avant-projets qui ont été largement diffusés et commentés. Enfin, à la suite de l'habilitation accordée au Gouvernement pour procéder à cette réforme par voie d'ordonnance, un nouveau texte, nourri de l'ensemble de ces travaux, a été soumis à consultation publique. Celle-ci a permis de recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique qui, complétées par les nombreux articles de doctrine publiés sur le sujet, ont permis au Gouvernement d'aboutir à un texte répondant aux objectifs fixés de modernisation, de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations, et susceptible de répondre aux attentes des praticiens.



Objectifs de la réforme

La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le Code civil, quasiment inchangé depuis 1804, ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit.

Le style du Code civil, dont l'élégance n'est pas contestable, n'est toutefois plus facilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens, et certaines formulations sont aujourd'hui désuètes. L'ordonnance rend ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le Code civil.

Ensuite, l'ordonnance propose de simplifier le plan du livre III du Code civil en adoptant un plan plus pédagogique. Le plan actuel, qui repose notamment sur des distinctions depuis discutées, doit être entièrement repensé et restructuré aux fins de conférer à chaque texte un champ d'application bien déterminé et d'en renforcer la clarté. L'ordonnance fait ainsi le choix de modifier les titres III à IV bis du livre III, pour les consacrer respectivement aux différentes sources d'obligations, au régime général des obligations, et à la preuve des obligations. Chacun de ces titres est également restructuré, l'exposé du droit commun des contrats suivant par exemple un plan chronologique, de la formation du contrat jusqu'à sa fin.

Par ailleurs, l'ordonnance abandonne certaines notions présentes dans le code actuel et historiquement très ancrées dans le droit français, mais qui ne sont pas définies, dont le régime n'est pas déterminé par la loi, et dont le maintien ne paraît pas nécessaire, telles que les obligations de faire, de ne pas faire, et de donner. A l'inverse, il est apparu nécessaire de consacrer certains mécanismes juridiques essentiels pour les praticiens. Par exemple, l'ordonnance définit et prévoit le régime juridique de notions bien connues de la pratique mais absentes du Code civil actuel, comme l'offre ou la promesse unilatérale de contrat.

La sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, a contrario, voire contra legem. La compréhension de nombreuses dispositions passe ainsi nécessairement par la consultation des décisions rendues par les tribunaux, voire par l'interprétation qu'en fait la doctrine. Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental. L'ordonnance prévoit notamment de reconnaître expressément la réticence dolosive aux côtés du dol comme cause de vice du consentement, la faculté de fixation unilatérale du prix, ou encore l'enrichissement injustifié. L'ordonnance met également fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique, en déterminant par exemple à quelle date se forme le contrat.

Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. À cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées.

L'ordonnance propose également de consacrer dans la loi certains mécanismes juridiques issus de la pratique, en leur conférant un régime juridique précis et cohérent, tels que la cession de contrat ou la cession de dette. L'ordonnance simplifie en outre d'autres dispositifs pour en favoriser l'utilisation : ainsi est-il prévu d'alléger la procédure des offres réelles, longue et coûteuse, qui permettait de faire obstacle au créancier refusant l'exécution de l'obligation, en la remplaçant par une mise en demeure dont les conséquences sont détaillées, ou encore d'assouplir les formalités nécessaires à l'opposabilité de la cession de créance. L'ordonnance introduit enfin des solutions innovantes, qui permettront aux parties de mettre fin à une incertitude pesant sur le contrat, telles que les actions interrogatoires relatives à l'existence d'un pacte de préférence, à l'étendue des pouvoirs du représentant conventionnel ou encore à la volonté du cocontractant de se prévaloir de la nullité du contrat.

Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution. Cette partie du Code civil ne sera plus « le symbole du temps arrêté » (selon l'expression de Jean Carbonnier « Le Code civil », dans P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2.2) et sa refondation répondra aussi à une forte attente en dehors de nos frontières.



Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché. Ainsi, conformément aux 1^o et 2^o de l'article 8 de la loi d'habilitation, l'ordonnance propose des solutions propres à assurer un équilibre des droits et devoirs entre les parties. Sont ainsi consacrés à titre autonome dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires », destinés à servir de cadre de référence au droit commun des contrats, les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. L'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle.

Présentation générale

Conformément aux termes de l'habilitation, la présente ordonnance modifie en profondeur la structure des titres III, IV, et V du livre III du Code civil, relatifs aux contrats et obligations conventionnelles et aux engagements formés sans convention.

L'intitulé, le plan, et le contenu de ces titres sont entièrement restructurés afin de répondre notamment aux exigences des 10^o et 12^o de l'article 8 de la loi d'habilitation, tendant à l'introduction d'un régime général des obligations d'une part, et à la clarification et la simplification des règles applicables à la preuve des obligations d'autre part.

Le titre III s'intitule désormais « Des sources d'obligations », le titre IV « Du régime général des obligations », et le titre IV bis « De la preuve des obligations ».

Il en résulte une restructuration complète des titres concernés qui permet l'instauration d'un régime général des obligations et de règles probatoires dédiées, autonomes au regard de la source de l'obligation, qui n'est pas nécessairement contractuelle. Cette présentation didactique à forte visée pratique clarifie les règles applicables aux obligations, dont la jurisprudence avait étendu le champ d'application au-delà des obligations nées d'un contrat, jusqu'alors seules visées par les textes, puisque les dispositions relatives à leur régime et leur preuve sont intégrées au titre III du Code civil actuel intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ».

Présentation des articles

L'ordonnance comprend quatre titres et dix articles. Le titre Ier traite du fond de la matière conformément à l'article 8 précité de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, et les titres II, III, et IV regroupent des dispositions de coordination, d'application outre-mer et transitoires.

Titre Ier : DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Le titre Ier modifie les dispositions relatives au livre III du Code civil. Il est composé de quatre articles.

L'article 1^{er} modifie l'intitulé des titres, ainsi que la répartition des articles les composant, du livre III du Code civil.

L'article 2 est relatif aux sources des obligations et répond aux 1^o à 9^o ainsi qu'à une partie du 11^o de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1100 à 1303-4 du Code civil.

L'article 3 a trait au régime général des obligations et met en œuvre les 10^o et 11^o de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il se rapporte aux articles 1304 à 1352-9 du Code civil.

L'article 4 est relatif aux règles applicables à la preuve des obligations et répond au 12^o de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1353 à 1386-1 du Code civil.

I. – L'article 1^{er} modifie substantiellement le plan du livre III du Code civil en modifiant les titres III, IV, et IV bis. Les titres Ier et II ne sont en revanche pas modifiés.

Le titre III est ainsi remplacé par un nouveau titre III intitulé « Des sources d'obligations », comportant les articles 1100 à 1303-4 du Code civil.

Le titre IV est remplacé par un nouveau titre IV intitulé « Du régime général des obligations », comportant les articles 1304 à 1352-9 du Code civil.

Le titre IV bis est remplacé par un nouveau titre IV bis intitulé « De la preuve des obligations », comportant les articles 1353 à 1386-1 du Code civil.

II. – L'article 2 traite du titre III relatif aux sources des obligations. Il se divise désormais en trois sous-titres qui correspondent chacun aux différentes sources d'obligations. Le sous-titre Ier est ainsi consacré au contrat, le sous-titre II à la responsabilité extracontractuelle, et le sous-titre III aux autres sources d'obligations.



L'adoption d'un tel plan, qui traduit formellement les prescriptions des 10° et 12° de la loi d'habilitation permet de distinguer clairement les règles qui relèvent des obligations en général, de celles qui relèvent des contrats en particulier.

Les sous-titres sont précédés de trois articles préliminaires, les articles 1100 à 1100-2, dressant la liste des différentes sources d'obligations, y compris la loi. Ces textes répondent à une demande récurrente exprimée dans le cadre de la consultation publique. Ils permettent notamment de consacrer la distinction traditionnelle entre les actes juridiques et les faits juridiques.

L'article 1100 précise en son premier alinéa que les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques, ou de l'autorité de la seule loi. Son deuxième alinéa consacre quant à lui la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transformation de l'obligation naturelle (définie comme « un devoir de conscience envers autrui ») en obligation civile, lorsque le débiteur d'une obligation naturelle prend l'engagement d'exécuter ou commence à exécuter cette obligation.

L'article 1100-1 définit en son premier alinéa la notion d'acte juridique. Ce texte, en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci. En outre, le second alinéa rappelle que la validité et les effets des actes juridiques, unilatéraux comme conventionnels, relèvent, « en tant que de raison », des règles gouvernant les contrats (c'est-à-dire dans la mesure où ces règles ont du sens pour ces catégories d'actes).

L'article 1100-2 définit les faits juridiques et précise en son second alinéa que leurs régimes juridiques sont prévus par les sous-titres relatifs à la responsabilité extracontractuelle et aux autres sources d'obligations.

Ces notions d'actes et de faits juridiques sont bien connues en doctrine et en jurisprudence, et sont très usitées par les praticiens du droit, même s'il peut exister des controverses quant à leurs définitions et contours exacts, pour qualifier un comportement et lui appliquer le régime juridique adéquat. L'instauration de ces articles préliminaires consacre ainsi des notions fondamentales en droit des obligations, et permet d'annoncer de façon pédagogique la structure du titre III.

Sous-titre Ier : Le contrat

Le sous-titre Ier intitulé « Le contrat » se subdivise en quatre chapitres, relatifs aux dispositions liminaires (chapitre Ier), à la formation du contrat (chapitre II), à son interprétation (chapitre III), et à ses effets (chapitre IV). Le plan adopté se veut donc clair, simple, et chronologique, pour garantir une accessibilité et une compréhension plus aisée que dans le Code civil actuel, dont les règles relatives au contrat sont dispersées dans cinq chapitres. À l'instar des PDEC et des principes Unidroit, ce plan chronologique, qui reflète l'entièvre vie juridique du contrat, de sa formation à sa fin, facilite également la compréhension et l'application des règles énoncées.

Chapitre Ier : Dispositions liminaires

Le chapitre Ier, intitulé « Dispositions liminaires », est composé des articles 1101 à 1111-1 du Code civil, soit douze articles.

Le choix du titre de ce chapitre au regard de son contenu, notamment en ce qu'il pose les principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la bonne foi tant lors de la négociation que de l'exécution du contrat, résulte d'importantes réflexions.

Contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats. Le choix a été fait de s'inspirer du titre de l'actuel chapitre Ier du titre III du Code civil, intitulé « Dispositions préliminaires », afin de signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1° de l'article 8 de la loi d'habilitation, bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes. L'adjectif « liminaire » a toutefois été préféré, compte tenu de l'importance des dispositions situées dans ce chapitre. Par ailleurs, le titre de ce chapitre correspond parfaitement à son contenu, qui dépasse les seuls grands principes du droit des contrats pour proposer des définitions du contrat en général et de différents types de contrats.

L'article 1101 propose tout d'abord une définition modernisée du contrat, inspirée de l'actuel article 1101 : abandonnant la référence aux notions classiques mais discutées d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire (ces catégories étant essentiellement descriptives), l'ordonnance recentre la définition sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés, et sur ses effets résidant en la création mais également la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations (contrairement à la convention, notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit).



Les articles 1102, 1103 et 1104 énoncent ensuite les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. Ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté.

Si ces principes étaient déjà exprimés de façon diffuse dans le Code civil, ils n'avaient jusqu'alors pas été mis en avant au titre de dispositions préliminaires pour le principe de bonne foi et le principe de force obligatoire, ni même exprimé explicitement s'agissant du principe de liberté contractuelle.

L'article 1102 est consacré à la liberté contractuelle, principe dont le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment consacré la valeur constitutionnelle (Cons. const., 13 juin 2013, 2013-672 DC). Il s'inspire de l'article 6 du Code civil, sans toutefois maintenir l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs. Cette notion apparaît en effet désuète au regard de l'évolution de la société, et la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu.

L'article 1103 reprend, pour énoncer le principe de la force obligatoire du contrat, les termes de l'actuel premier alinéa de l'article 1134 du Code civil, dont la comparaison avec l'autorité de la loi a force symbolique. Seul le terme « convention » est remplacé par celui de « contrat », conformément au choix opéré à l'article 1101.

L'article 1104 étend l'exigence de bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat, désormais régie par les articles 1112 et suivants, et non plus seulement à la phase d'exécution comme le fait l'actuel troisième alinéa de l'article 1134, solution déjà consacrée en jurisprudence. L'ordonnance soumet à ce devoir tant la négociation du contrat que la formation entendue au sens strict comme la phase de rencontre des volontés. La présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire, le deuxième alinéa précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public.

L'article 1105 définit quant à lui les contrats nommés et innommés et reprend dans ses deux premiers alinéas l'actuel article 1107. Le troisième alinéa introduit en revanche une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation.

Les derniers articles de ces dispositions liminaires proposent des définitions, en s'inspirant pour certaines de l'actuel Code civil, et en ajoutant des définitions de types de contrats nés de la pratique, tels que le contrat-cadre ou le contrat d'adhésion.

L'ordonnance définit ainsi les contrats synallagmatiques et unilatéraux (article 1106), les contrats à titre onéreux et à titre gratuit (article 1107), les contrats commutatifs et aléatoires (article 1108), les contrats consensuels, solennels, et réels (article 1109), les contrats de gré à gré et d'adhésion (article 1110), les contrats-cadres (article 1111), et les contrats à exécution instantanée et à exécution successive (article 1111-1).

En revanche, dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations).

Chapitre II : La formation du contrat

Le chapitre II relatif à « la formation du contrat » aborde successivement la conclusion du contrat, sa validité, sa forme et enfin les sanctions.

Section 1 : La conclusion du contrat

Le Code civil se distingue par l'absence de toute disposition légale sur le processus de conclusion du contrat, à quelques exceptions près. Ainsi les négociations précontractuelles, l'offre et l'acceptation ou encore les contrats préparatoires ou avant-contrats, ne relèvent d'aucun texte. Le droit commun applicable à la conclusion du contrat est entièrement prétorien.

La présente ordonnance vise ainsi à renforcer la sécurité juridique, en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique. Ces modifications répondent aux attentes des milieux économiques, et permettent d'améliorer la connaissance du droit positif français, notamment à l'étranger.



Dans un souci de logique, est abordée dans un premier temps la question des négociations (sous-section 1), en principe préalables à l'offre ferme et définitive de contracter, avant d'étudier la formation du contrat à strictement parler, qui survient en principe par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (sous-section 2). Sont ensuite traités les deux avant-contrats les plus fréquents que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale (sous-section 3), avant que ne soient exposées les règles particulières applicables aux contrats conclus par voie électronique (sous-section 4).

Sous-section 1 : Les négociations

Le Code civil est totalement muet sur la question des négociations précontractuelles. Par voie de conséquence, de nombreuses règles ont été élaborées par la jurisprudence.

Cette sous-section vise en premier lieu à fixer les principes régissant la phase précontractuelle, en codifiant les solutions jurisprudentielles établies : principe de liberté des négociations précontractuelles jusque dans leur rupture, fondé sur le principe de liberté contractuelle ; principe de bonne foi devant gouverner ces négociations précontractuelles (et rappel de son caractère d'ordre public) ; sanction de la faute commise dans l'initiative, le déroulement ou la rupture des négociations par l'engagement de la responsabilité de son auteur (article 1112). Cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture. Au regard des divergences entre les juges du fond, il est apparu préférable dans un souci de sécurité juridique, de préciser dans la loi l'étendue du préjudice réparable : est donc consacrée la jurisprudence de la Cour de cassation excluant du préjudice réparable les avantages que permettait d'espérer la conclusion du contrat, y compris la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat (article 1112 alinéa 2). Une telle solution se justifie pleinement : sur le plan de la causalité tout d'abord, la rupture des pourparlers est un acte juridique génératrice d'un certain nombre de dommages mais pas nécessairement de la non conclusion du contrat puisque la faute sanctionnée est la faute dans l'exercice du droit de rupture et non la rupture en elle-même ; en application du principe de liberté contractuelle, ensuite, qui a pour corollaire la liberté de ne pas contracter ; enfin, indemniser le profit escompté de la conclusion du contrat, même sous la forme atténuée d'une perte de chance, conduirait à donner indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu.

Est ensuite introduite l'existence d'un devoir général d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général. Une telle obligation générale est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats. Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (alinéa 2). Il est en outre subordonné à plusieurs conditions : l'importance déterminante de l'information pour le consentement de l'autre partie (la notion d'information déterminante étant définie à l'alinéa 3) ; la connaissance de l'information par le créancier ; l'ignorance de l'information par l'autre partie, cette ignorance devant être légitime et pouvant tenir aux relations de confiance entre les cocontractants (ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information). La règle de preuve posée au quatrième alinéa correspond à la solution dégagée en jurisprudence, les praticiens souhaitant consacrer explicitement dans la loi ce rappel du droit commun de la preuve. Le cinquième alinéa précise que le devoir d'information est une règle d'ordre public.

Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement – erreur ou dol. En effet, un tel manquement pourra dans certaines hypothèses ne pas provoquer de vice du consentement, par exemple dans celle où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié pendant des mois avec une autre, et découvrira tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (ex : frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.).

Cet alinéa permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive consacrée à l'article 1137 du texte. L'exigence que l'information retenue ait été d'une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, rapproche les conditions du devoir précontractuel d'information de celles du dol par réticence, mais s'en distingue par un élément essentiel : ainsi, ce n'est que si la violation de l'obligation d'information a été faite intentionnellement pour tromper l'autre contractant, qu'elle sera constitutive d'un dol entraînant la nullité du contrat, comme le prévoit l'article 1137 alinéa 2. En l'absence d'intention de tromper, le défaut d'information, qui peut ne résulter que d'une simple négligence, ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages



et intérêts. A l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable).

Il est enfin apparu important, dans le cadre d'un droit commun des contrats rénové, de poser une obligation de confidentialité pesant sur les parties négociatrices (article 1112-2), en s'inspirant des projets d'harmonisation européens. La jurisprudence l'admet d'ailleurs dans certaines circonstances, et une clarification textuelle était sollicitée des praticiens (notamment afin de viser la divulgation, c'est-à-dire l'hypothèse où l'information est en réalité utilisée par un tiers à qui le négociateur a transmis l'information).

Sous-section 2 : L'offre et l'acceptation

En l'absence de disposition légale sur le processus de conclusion du contrat, et plus particulièrement sur la rencontre de l'offre et l'acceptation, les règles appliquées en droit commun des contrats sont de source jurisprudentielle. Or ces solutions sont parfois incertaines, en particulier sur le moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation valant formation du contrat, alors qu'elles sont pourtant tout à fait importantes en pratique.

La présente ordonnance propose un énoncé cohérent des solutions jurisprudentielles consacrées au fil du temps en matière de formation des contrats. Après un article définissant la formation du contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (article 1113), sont successivement abordées l'offre puis l'acceptation. Les articles 1114 à 1117 concernent l'offre : sa définition et ses conditions, que sont la volonté ferme d'être lié et la précision des éléments essentiels du contrat (article 1114) ; la libre rétractation de l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire (article 1115) ; l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par son auteur ou à défaut pendant un délai raisonnable (article 1116 alinéa 1^{er}) ; la sanction d'une rétractation de l'offre pendant ce délai par l'engagement de la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat (article 1116 alinéas 2 et 3). Cette disposition est discutée en doctrine, mais propose une solution claire qui mettra fin aux ambiguïtés de la jurisprudence, et qui résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat. En revanche, l'ordonnance prévoit une solution différente pour sanctionner la rupture de la promesse unilatérale (article 1124) : lorsque les volontés se sont rencontrées par la signature de la promesse, la force de l'engagement doit prévaloir. Les dispositions suivantes concernent l'acceptation : définition de l'acceptation et principe de sa libre rétractation tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant (article 1118) ; rappel du principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, et de ses exceptions (article 1120).

Le texte ne se limite toutefois pas à une codification à droit constant.

Ainsi, il est désormais affirmé que l'offre est caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur avant son acceptation, et ce en toute hypothèse, peu importe notamment l'existence d'un délai (article 1117) : cette question était discutée en doctrine et n'était pas réglée clairement en jurisprudence. Il est apparu qu'une solution contraire serait de nature à soulever des difficultés dans les contrats conclus en considération de la personne du contractant, à engendrer des problèmes d'application complexes en considération de la législation sur les incapables et les successions, et à créer des contentieux.

Surtout, le moment auquel le contrat se forme est clairement fixé, ce qui permettra de mettre fin à une jurisprudence fluctuante (article 1121) : le texte fait le choix du moment où l'acceptation parvient à l'offrant, conformément à la théorie dite de la réception, et non de celui où l'acceptation est émise par le destinataire de l'offre, ni davantage de celui où l'offrant prend effectivement connaissance de l'acceptation, dont la preuve est plus difficile à rapporter. Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique sur la date de formation du contrat. Elle est conforme à celle retenue dans différents projets d'harmonisation européens.

Compte tenu de leur importance pratique, un texte sur les conditions générales (article 1119) reprend en substance la jurisprudence existante, sur la nécessaire acceptation de ces conditions générales (alinéa 1), sur le conflit entre les conditions générales incompatibles élaborées par chacune des parties, résolu par leur neutralisation – puisqu'il ne peut y avoir rencontre des consentements dans cette hypothèse (alinéa 2), et sur la discordance entre conditions générales et conditions spéciales, réglée par la primauté de ces dernières (alinéa 3).

La présente ordonnance rappelle enfin l'existence possible d'un délai de réflexion ou de rétractation prévu par la loi ou par le contrat, et en donne une définition (article 1122). Si ces délais concernent quasi exclusivement des conventions déterminées par des lois spéciales, essentiellement en droit de la consommation, il est apparu important de rappeler dans le Code civil l'incidence sur les règles de droit commun de tels délais prévus par des droits spéciaux, dans un souci de complète intelligibilité de notre droit.

Sous-section 3 : Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

Le Code civil ne comporte que très peu d'articles consacrés aux contrats préparatoires, pourtant très fréquents en pratique. Pour mettre fin aux inconvénients résultant des fluctuations jurisprudentielles sur certaines



questions majeures, comme les conséquences de la révocation d'une promesse, sont introduites des dispositions codifiées sur les pactes de préférence et les promesses unilatérales.

L'article 1123 définit le pacte de préférence (alinéa 1) puis expose les sanctions de sa violation : il distingue selon que le tiers est de bonne ou de mauvaise foi, et consacre la jurisprudence sur l'option entre nullité du contrat et substitution au tiers de mauvaise foi – outre l'octroi de dommages et intérêts – lorsqu'est violé un pacte de préférence avec un tiers qui en connaissait l'existence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (alinéa 2), ce qui est de nature à assurer la pleine efficacité de ce type de convention. Il est enfin proposé d'ajouter une disposition destinée à permettre au tiers de faire cesser une situation d'incertitude, en lui offrant la possibilité de mettre en demeure le bénéficiaire d'avoir à confirmer ou non l'existence d'un pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir (alinéas 3 et 4) : cette action « interrogatoire » a ainsi vocation à mettre fin aux situations juridiques ambiguës.

L'article 1124, après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (alinéa 1), prévoit la sanction de la révocation de cette promesse, avant la levée de l'option, par l'exécution forcée du contrat (alinéa 2). Cette solution met fin à une jurisprudence très critiquée : la Cour de cassation refuse en effet la réalisation forcée du contrat lorsque la levée de l'option par le bénéficiaire intervient postérieurement à la rétractation du promettant, et limite la sanction à l'octroi de dommages et intérêts. La nouvelle solution adoptée, conforme aux projets européens d'harmonisation, tend à renforcer la sécurité et l'efficacité de la promesse unilatérale. L'ordonnance propose donc un ensemble cohérent en prévoyant une gradation des sanctions en fonction de l'intensité de l'engagement : révocation de l'offre sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts excluant la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu, et révocation de la promesse unilatérale sanctionnée par la conclusion « forcée » du contrat. Le texte codifie par ailleurs la solution jurisprudentielle actuelle sur la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence (alinéa 3).

Sous-section 4 : Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

Le Code civil dans sa rédaction actuelle contient des textes consacrés aux « contrats sous forme électronique » regroupés au sein d'un même chapitre aux articles 1369-1 à 1369-9, qui sont la transposition de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

Ces textes sont rassemblés dans une unique sous-section, afin de tenir compte de la spécificité des modalités de conclusion des contrats conclus par voie électronique. Ils reprennent quasiment à l'identique les textes actuels du Code civil, sous réserve de quelques modifications terminologiques et précisions, comme le rappel de l'obligation de proposer la langue française dans l'offre proposée par voie électronique (article 1127-1) qui résulte déjà de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

Section 2 : La validité du contrat

Le Code civil exige actuellement comme conditions de validité du contrat, aux côtés du consentement et de la capacité, un objet certain et une cause licite. La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause « subjective », ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause « objective », ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat.

C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion.

L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité : le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais « un contenu licite et certain » (article 1128).

Les trois sous-sections abordent successivement ces trois conditions.

Sous-section 1 : Le consentement

Le Code civil traite actuellement du consentement au travers de plusieurs dispositions consacrées aux vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence.



La présente ordonnance reprend donc pour l'essentiel le droit positif actuel, tel qu'il ressort du Code civil mais également de son interprétation par la jurisprudence, afin d'assurer une meilleure lisibilité de notre droit.

Paragraphe 1 : L'existence du consentement

Le paragraphe 1, relatif à l'existence du consentement, rappelle dans un article unique la condition de santé mentale nécessaire à l'existence du consentement (article 1129). L'absence de trouble mental est en effet une condition de formation du contrat, indépendamment de toute question relative à l'existence d'une mesure de protection.

Paragraphe 2 : Les vices du consentement

Le paragraphe 2, relatif aux vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, s'ouvre par un article mettant en évidence une exigence qui leur est commune : le caractère déterminant du vice (article 1130). Il précise ensuite la sanction qui leur est commune, compte tenu du caractère privé des intérêts protégés : la nullité relative, conformément au droit positif (article 1131).

L'ordonnance transcrit les règles en vigueur relatives à l'erreur. Celle-ci doit porter sur les qualités substantielles de la prestation ou sur celles du cocontractant dans les contrats conclus en considération de la personne ; il peut s'agir d'une erreur de droit ou de fait, mais elle n'est sanctionnée que si elle est excusable (articles 1132 et 1134). L'erreur sur les motifs est indifférente, à moins que les parties n'en aient fait « expressément » un élément déterminant de leur consentement – réserve étant faite toutefois du cas des libéralités, pour lesquelles il est rappelé que l'erreur sur le motif est bien une cause de nullité, ce qui permet d'appréhender les situations qui étaient auparavant sanctionnées sur le fondement de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit (article 1135). L'erreur sur la valeur demeure indifférente (article 1136). Le texte tranche également plusieurs questions qui avaient pu être discutées en doctrine, mettant fin à certaines incertitudes : ainsi les qualités essentielles sur lesquelles porte l'erreur sont celles qui ont été convenues et en considération desquelles les parties ont contracté, ce qui correspond à une analyse objective permettant de circonscrire le champ de la nullité pour erreur (article 1133 alinéa 1). Par ailleurs, l'erreur peut porter sur sa propre prestation (article 1133 alinéa 2), et l'acceptation d'un aléa chasse l'erreur (article 1133 alinéa 3).

S'agissant du dol, le droit positif est pour l'essentiel repris : exigence d'un comportement intentionnel (article 1137 alinéa 1), prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice (article 1138), caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol, et admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif lorsqu'elle est provoquée par un dol (article 1139). La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper.

S'agissant de la violence, l'ordonnance reprend l'essentiel du droit positif en vigueur, quant à sa définition (article 1140), la menace de l'usage de voies de droit (article 1141) ou la violence émanant d'un tiers au contrat (article 1142). L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles. Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte.

Enfin, les règles relatives au point de départ de la prescription sont conformes aux règles actuelles (article 1144).

Sous-section 2 : La capacité et la représentation

Paragraphe 1 : La capacité

Le paragraphe 1, consacré à la capacité, reprend les textes du titre du Code civil relatif aux contrats qui ont trait à la capacité et à l'action en rescission pour lésion, en les regroupant dans une même sous-section, sous réserve de quelques simplifications de rédaction afin de les rendre plus lisibles. Ces dispositions ont été maintenues au sein du titre consacré au droit des obligations, dès lors que la capacité est une condition de validité des conventions, même si la question de la capacité demeure plus précisément traitée dans le livre 1^{er} relatif au droit des personnes, qui n'est pas concerné par la présente réforme.

L'article 1145, qui rappelle le principe de capacité des personnes physiques (alinéa 1), a été complété par un nouveau texte sur la capacité des personnes morales (alinéa 2), afin de répondre aux demandes des milieux économiques. Les articles suivants reprennent l'essentiel du contenu des textes du Code civil sur la capacité et sur l'action en rescission pour lésion : incapacité d'exercice des mineurs non émancipés et des majeurs protégés, dans la mesure définie par la loi (article 1146) ; sanction de cette incapacité par la nullité relative du contrat (article 1147) sauf pour



les actes courants (article 1148). L'article 1149 reprend les règles de droit positif spécifiques au mineur : nullité des actes courants s'ils sont lésionnaires ; indifférence de la déclaration de majorité faite par le mineur ; maintien des engagements pris par le mineur dans l'exercice de sa profession. L'article 1150 renvoie quant à lui pour les majeurs protégés aux textes spécifiques du livre premier. L'article 1151 rappelle qu'il peut être fait obstacle à l'action en nullité si l'acte est utile et non lésionnaire ou s'il a tourné au profit de la personne protégée, et en cas de confirmation de l'acte par le cocontractant devenu ou redevenu capable. L'article 1152 reprend les règles de droit positif sur le point de départ de la prescription.

L'actuel article 1314, qui fait application du principe selon lequel est valable un acte accompli par un mineur non émancipé ou un majeur protégé conformément aux prescriptions légales, est apparu inutile et a été supprimé.

Les règles de l'actuel article 1125-1 du Code civil, frappant d'une incapacité spéciale ceux qui exercent une fonction dans un établissement hébergeant des personnes dépendantes ou dispensant des soins psychiatriques, sont déplacées dans le code de l'action sociale et des familles et dans le code de la santé publique, leur portée étant étendue par rapport au texte actuel, outre le conjoint, au partenaire d'un pacte civil de solidarité et au concubin.

Paragraphe 2 : La représentation

Le paragraphe 2 insère dans le Code civil des dispositions relatives à la représentation, qui s'inspirent des principes européens d'harmonisation du droit, et permettent de définir un régime général de la représentation, quelle que soit sa source (conventionnelle, légale ou judiciaire). En effet, le Code civil ne comporte actuellement que des dispositions éparses sur les diverses formes de la représentation (et en particulier le mandat, aux articles 1984 et suivants), sans en définir le cadre général.

Ainsi, l'article 1153 précise d'emblée que le représentant tire ses pouvoirs de la loi, du juge ou de la convention, et qu'il n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés. L'article 1154 reprend la distinction classique entre la représentation dite parfaite lorsque le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, et la représentation dite imparfaite, lorsque le représentant dit agir pour le compte d'autrui mais contracte en son nom. L'article 1155 distingue les actes que le représentant peut accomplir selon que le pouvoir est général ou spécial. Ainsi, lorsque le pouvoir est défini en termes spéciaux, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité, mais aussi ceux dont dépend la réalisation de ces actes. L'article 1156 vient ensuite clarifier les sanctions du dépassement de pouvoir, encore incertaines en jurisprudence. La première sanction retenue n'est pas la nullité de l'acte accompli mais son inopposabilité à l'égard du représenté (alinéa 1), afin d'éviter que le représentant puisse se dégager de ses obligations alors que seul le pseudo représenté doit avoir la possibilité de contester la portée de l'acte conclu ou de le ratifier. Dans un souci de sécurité juridique, ce texte prévoit toutefois une exception à cette sanction, en consacrant la théorie de l'apparence développée par la jurisprudence : si, en principe, le représenté n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire que le représentant agissait en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir. L'article 1156 prévoit une seconde sanction en cas de dépassement de pouvoir : le tiers contractant peut, quant à lui, agir en nullité lorsqu'il ne savait pas que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir (alinéa 2). Ces sanctions ne sont applicables qu'en l'absence de ratification du représenté (alinéa 3). L'article 1157 vient ensuite préciser la sanction du détournement de pouvoir, c'est-à-dire lorsque le représentant agit bien dans la limite de ses pouvoirs mais qu'il utilise ceux-ci dans un autre but que celui convenu ou prévu par la loi. Le texte opte pour la nullité en faveur du représenté, à condition que le tiers soit de mauvaise foi (s'il a eu connaissance ou n'a pu ignorer le détournement). Par ailleurs, à l'instar des projets d'harmonisation européens et de certaines législations étrangères, l'article 1158 introduit une action interrogatoire en faveur du tiers, afin de purger les doutes qu'il peut avoir sur l'étendue des pouvoirs du représentant, ce qui vise à assurer une plus grande sécurité juridique. L'article 1159 traite des effets de la représentation sur le représenté, en distinguant la représentation légale ou judiciaire, de la représentation conventionnelle. L'article 1160 évoque l'incapacité ou l'interdiction pouvant frapper le représentant. L'article 1161 clarifie enfin les règles applicables en cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers, conformément à ce qui est admis dans les projets européens.

Sous-section 3 : Le contenu du contrat

Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le Code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été – plus ou moins artificiellement – rattachées à la notion de cause. Les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section, de même que la portée des deux autres conditions de validité (consentement et capacité) ne se comprend que par les dispositions de chacune des sous-sections qui y sont attachées.



En premier lieu, la nécessaire conformité du contrat à l'ordre public est réaffirmée et précisée. L'interdiction de déroger à l'ordre public s'applique tant aux stipulations elles-mêmes – ce qui était anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de l'objet – qu'au but – anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de la cause subjective. Par ailleurs est reprise la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat est nul lorsque l'une des parties poursuit un but illicite, même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but (article 1162).

Il est ensuite rappelé, conformément au droit positif, que l'objet de l'obligation peut être présent ou futur, et qu'il doit être possible, déterminé ou déterminable, conformément aux principes actuels du Code civil (article 1163).

Les dispositions suivantes s'intéressent plus particulièrement au prix. Pour tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 (n° 91-15578, n° 91-15999, n° 91-19653 et n° 93-13688) sur la fixation du prix, il est précisé que dans les contrats-cadres, le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu, conformément à ce que permettent la plupart des Etats européens, à charge de le motiver (c'est-à-dire exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties) en cas de contestation. Compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats, le champ de ce texte a été limité aux contrats-cadres (contrats de longue durée qui fixent un cadre général aux relations entre les parties), dans lesquels ce mécanisme est particulièrement important. Il est néanmoins prévu la possibilité pour le cocontractant de saisir le juge pour obtenir, en cas d'abus, des dommages et intérêts et/ou la résolution du contrat (article 1164), ce qui correspond à la jurisprudence actuelle.

Consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, l'ordonnance autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise, lorsque les parties ne l'ont pas fixé avant l'exécution. De même, il est prévu que l'abus est sanctionné par des dommages et intérêts (article 1165).

L'ordonnance introduit ensuite une nouvelle disposition inspirée des projets européens d'harmonisation du droit : en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, celle-ci doit correspondre à la qualité que le créancier pouvait raisonnablement espérer en fonction des circonstances (article 1166). L'article 1167 reprend par ailleurs la jurisprudence sur la faculté de substitution d'un nouvel indice à un indice disparu, et ce dans un souci légitime de sauvetage du contrat.

Les dispositions suivantes veillent à l'équilibre du contrat. Il est rappelé que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat, sauf lois particulières admettant la lésion (article 1168). Toutefois les articles qui suivent apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause.

Ainsi, l'ordonnance codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire, étant observé que le champ de cet article dépasse celui des contrats synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux (article 1169). L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.

Enfin l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le Code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats : en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.



Section 3 : La forme du contrat

Actuellement, le Code civil ne contient aucune partie autonome consacrée à la forme du contrat. Les règles sur la forme figurent pour l'essentiel dans la partie relative à la preuve des obligations et, lorsqu'elles sont exigées à peine de validité, sont traitées à l'occasion de l'examen de chaque contrat. Afin de rendre le droit positif plus lisible, il est donc inséré une section nouvelle dédiée à la forme du contrat, découpée en deux sous-sections fixant des dispositions générales (Sous-section 1) puis les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique (Sous-section 2)

Sous-section 1 : Dispositions générales

Au sein des dispositions générales qui font l'objet de la sous-section 1, un premier article consacre le principe du consensualisme (article 1172 alinéa 1), principe que l'on retrouve dans les différents outils d'harmonisation européens, mais qui n'est pas formulé expressément dans le Code civil et ne ressort qu'à contrario des textes sur les conditions de validité du contrat, puis précise ses limites : les contrats solennels et les contrats réels (article 1172 alinéas 2 et 3). Dans un souci pédagogique, est également rappelée la différence entre les formalités exigées à peine de nullité et les formalités simplement requises aux fins de preuve ou d'opposabilité (article 1173).

Sous-section 2 : Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

La sous-section 2 sur les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique, reprend à droit constant les articles 1108-1 et 1108-2 du Code civil relatifs à la validité de l'écrit électronique (article 1174), sauf exceptions (article 1175), puis les articles 1369-10 et 1369-11 de ce même code qui concernent l'équivalence des formalités lors de la conclusion des contrats sous forme électronique, figurant actuellement dans les dispositions relatives à la preuve. Lorsque sont exigées des « conditions particulières de lisibilité ou de présentation », le support électronique doit répondre à des exigences équivalentes, et l'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite dès lors qu'il est possible d'y accéder par un procédé électronique et de le renvoyer par cette même voie (article 1176). Enfin l'exigence d'un envoi d'un écrit en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite par la possibilité que détient chaque partie de l'imprimer (article 1177).

Section 4 : Les sanctions

Cette dernière section consacrée aux sanctions (nullité et caducité du contrat) clôt le chapitre consacré à la formation du contrat en complétant les dispositions actuelles relatives à la nullité des contrats. Quant à la notion de caducité, si elle n'est pas définie dans le code, elle existe néanmoins en droit positif et est utilisée par la jurisprudence. Toutefois en l'absence de texte, son régime reste incertain. L'ordonnance vise donc à codifier les solutions du droit positif en matière de nullité (sous-section 1) et de caducité (sous-section 2), afin d'améliorer la lisibilité de notre droit.

Sous-section 1 : La nullité

S'agissant des nullités, qui sanctionnent les conditions de validité du contrat, et sont traitées dans la sous-section 1, leur régime est conforme aux solutions du droit positif.

Deux modes de nullité sont instaurés : la nullité judiciaire et la nullité consensuelle, laquelle consiste à permettre aux parties de constater d'un commun accord la nullité du contrat (article 1178 alinéa 1). Cette faculté permet ainsi d'éviter dans les cas les plus simples la saisine d'un juge et il a paru opportun de la consacrer pour des raisons de simplicité et d'efficacité. L'alinéa 2 de l'article 1178 rappelle que le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Cet anéantissement rétroactif du contrat implique la restitution des prestations déjà exécutées, conformément aux solutions en vigueur (article 1178 alinéa 3). La nullité ne fait évidemment pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'une des parties, dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle (article 1178 alinéa 4).

Les articles qui suivent consacrent ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités (par opposition à la théorie dite classique), qui distingue la nullité absolue de la nullité relative : la nullité absolue est celle qui sanctionne la violation d'une règle d'intérêt général tandis que la nullité est relative lorsque l'intérêt protégé est seulement un intérêt particulier (article 1179). La détermination du régime de chacune de ces nullités correspond aux solutions adoptées en jurisprudence. Sanctionnant la violation de règles qui visent à sauvegarder l'intérêt général, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt. Par ailleurs est consacrée expressément la possibilité pour le ministère public d'invoquer une nullité absolue. Enfin la nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation (article 1180). Quant à la nullité relative, qui sanctionne la transgression d'une règle



protectrice des intérêts privés, elle ne peut être invoquée que par celui ou ceux que la loi protège et qui peuvent y renoncer en confirmant l'acte vicié (article 1181). Les conditions de la confirmation, par laquelle celui qui peut demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché, sont à cette occasion précisées, ainsi que ses effets (article 1182).

Comme en matière de pacte de préférence et de représentation, est introduite à l'article 1183 une action interrogatoire, afin de pouvoir purger le contrat de ses vices potentiels et de limiter le contentieux : elle permet à une partie d'enjoindre à son cocontractant de prendre position dans un délai de six mois entre une action en nullité et la confirmation du contrat.

L'article 1184 précise l'étendue de la nullité lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, le Code civil étant lacunaire sur cette question, contrairement à d'autres législations européennes : le texte pose le principe de la nullité partielle de l'acte dont certaines clauses seulement sont viciées, sauf preuve du caractère déterminant de cette ou de ces clauses. Le contrat est également maintenu en cas de clauses réputées non écrites par la loi ou lorsque l'objectif poursuivi par la règle méconnue exige son maintien, ce qui correspond à la jurisprudence actuelle.

Enfin, l'article 1185 rappelle le caractère perpétuel de l'exception de nullité lorsqu'elle porte sur un contrat qui n'a pas été exécuté, conformément à la jurisprudence.

Les actuels articles 1339 et 1340 du Code civil sur la confirmation des donations sont déplacés dans un nouvel article 931-1 créé dans le titre II relatif aux libéralités, où ils trouvent plus naturellement leur place.

Sous-section 2 : La caducité

Dans la sous-section 2, la caducité est désormais définie : conformément à la conception de la doctrine et à la jurisprudence, elle sanctionne la disparition d'un de ses éléments essentiels, postérieurement à la formation du contrat (article 1186 alinéa 1). Les alinéas 2 et 3 sont consacrés aux contrats interdépendants, qui sont ignorés du Code civil et donnent lieu à un contentieux nourri et fluctuant, la jurisprudence hésitant entre une conception subjective (recherchant la volonté des parties et vérifiant la connaissance par le cocontractant des autres contrats de l'ensemble lors de la conclusion du contrat) et une conception objective de l'interdépendance des contrats (fondée sur l'opération économique réalisée). Le texte prévoit que la résolution ou l'annulation de l'un des contrats emporte l'anéantissement de l'ensemble contractuel lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération. La caducité des contrats interdépendants est toutefois limitée à deux hypothèses : lorsque l'anéantissement du contrat rend impossible l'exécution du ou des autres contrats (consacrant ainsi une conception objective de l'interdépendance), et lorsque l'exécution du contrat anéanti était une condition déterminante du consentement d'une partie. Toutefois il n'y a caducité que si le contractant auquel on l'oppose connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Enfin, l'article 1187 traite des effets de la caducité, qui donnent lieu à discussion : compte tenu de la variété des situations auxquelles s'applique la caducité, ils peuvent varier en pratique selon la date à laquelle l'élément essentiel disparaît et selon le type de contrat. L'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat, mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : celle-ci n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce.

Chapitre III : L'interprétation du contrat

Le 5° de l'article 8 de loi d'habilitation autorise le Gouvernement à clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et à spécifier celles propres au contrat d'adhésion.

Les rédactions retenues s'inspirent donc largement des textes actuels et des solutions dégagées par la jurisprudence. Ont cependant été abandonnés dans le but de clarification poursuivi, les articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 actuels, peu ou pas employés par la jurisprudence, et dont l'utilité n'est pas avérée.

Ainsi, l'article 1188 reprend en son premier alinéa l'actuel article 1156, qui rappelle que le contrat doit d'abord s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant à sa lettre. Le second alinéa, inspiré des PDEC, du DCFR et des principes Unidroit, précise qu'à défaut de pouvoir déterminer la commune intention des parties, le sens du contrat s'interprète selon un standard, celui du contractant moyen dénommé « personne raisonnable » (notion généralisée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, pour remplacer l'expression désuète de « bon père de famille », mais présente dans le code depuis 1804, l'actuel article 1112 disposant « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. »), placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu.



L'article 1189 reprend en son premier alinéa l'article 1161 actuel sur l'interprétation des stipulations contractuelles au regard de la cohérence de l'acte entier. L'alinéa 2 étend cette règle aux ensembles contractuels, conformément à la jurisprudence.

L'article 1190 distingue la méthode d'interprétation d'une clause ambiguë selon que le contrat est ou non un contrat d'adhésion, puisque dans ce dernier cas il s'interprétera contre celui qui l'a proposé.

L'article 1191, qui favorise l'effectivité des stipulations contractuelles, reprend l'article 1157 dans une rédaction légèrement simplifiée.

Enfin, l'article 1192 consacre la jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation qui sanctionne la dénaturation de clauses claires et précises, par laquelle le juge refait le contrat en équité au prétexte de l'interpréter. Cette disposition rappelle l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties.

Chapitre IV : Les effets du contrat

Le chapitre IV traite des effets du contrat conformément au 6° de l'article 8 de la loi d'habilitation, qui autorise le Gouvernement à préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers. Il est divisé en quatre sections respectivement consacrées aux effets du contrat entre les parties, aux effets du contrat à l'égard des tiers, à la durée du contrat et à l'inexécution du contrat. Ce plan chronologique répond à l'objectif d'amélioration de l'intelligibilité des textes.

Section 1 : Les effets du contrat entre les parties

La section 1 traitant des effets du contrat entre les parties est divisée en deux sous-sections portant sur sa force obligatoire d'une part (sous-section 1) et son effet translatif d'autre part (sous-section 2).

Sous-section 1 : Force obligatoire

La sous-section 1 relative aux effets du contrat entre les parties est composée des articles 1193 à 1195.

L'article 1103 de l'ordonnance ayant mis en exergue l'importance du principe de la force obligatoire du contrat en reprenant la formule symbolique et historique de l'actuel article 1134 alinéa 1^{er} (cf. supra), l'article 1193 de l'ordonnance reprend ici simplement l'alinéa 2 de cet article 1134 qui constitue une déclinaison de ce principe essentiel. Le texte complète ces dispositions pour expliciter que les parties peuvent également modifier le contrat d'un commun accord, ce qu'une interprétation a fortiori de l'article 1134 permettait déjà. Le dernier alinéa de l'article 1134 relatif à l'exécution de bonne foi a lui aussi été érigé en article autonome dans les dispositions liminaires (cf. supra).

L'article 1194 reprend de même quasi intégralement l'actuel article 1135, à l'exception du remplacement du terme de « convention » par celui de « contrat ».

L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 6° de l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « la possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. L'alinéa 1^{er} pose les conditions de ce nouveau dispositif : l'imprévision est subordonnée à un changement de circonstances « imprévisible », qui doit rendre l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie, et celle-ci ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque. Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat. L'alinéa 2 précise ensuite les conséquences d'un refus ou d'un échec des négociations : les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. A l'issue d'un délai raisonnable, l'une des parties peut également saisir seule le juge qui pourra alors réviser le contrat ou y mettre fin. L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier.

Sous-section 2 : Effet translatif

La sous-section 2 relative à l'effet translatif du contrat est composée des articles 1196 à 1198, et permet de régler la question de l'articulation entre le droit commun des contrats et le droit des biens. L'article 1196 affirme le



principe selon lequel, dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou d’un autre droit, le transfert s’opère solo consensu, c’est-à-dire par le seul échange des consentements des parties caractérisant la conclusion du contrat, sans aucune exigence de forme. Conséquence de l’abandon en amont de la distinction entre les obligations de donner, de faire, et de ne pas faire, le transfert de propriété est érigé en effet légal du contrat, consécutif à l’échange des consentements, selon l’énoncé du titre de la sous-section 2. Dans son contenu, le texte reprend le principe traditionnel du transfert de propriété solo consensu, déjà affirmé à l’article 1138 actuel du Code civil, en adoptant une formulation plus explicite que celle fondée sur la distinction entre l’obligation de donner et l’obligation de livrer la chose. Le deuxième alinéa rappelle le caractère supplétif de ce texte, auquel la volonté des parties ou la loi peut déroger, ou la nature des choses s’opposer. Le troisième alinéa consacre la règle selon laquelle le propriétaire supporte la perte de la chose (connue sous la locution latine « *res perit domino* »), en prévoyant que le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose, et en rappelle les limites : la mise en demeure de délivrer une chose met les risques de la chose à la charge du débiteur non propriétaire (le vendeur), comme le prévoit l’article 1344-2 de l’ordonnance, mais sous réserve des dispositions de l’article 1351-1 du texte (en vertu duquel après mise en demeure, le débiteur est libéré s’il prouve que la perte de la chose se serait produite même si celle-ci avait été délivrée). L’article 1197 fait peser sur le débiteur de l’obligation de délivrance de la chose, dont la propriété a déjà été transférée par la conclusion du contrat, une obligation de conservation de la chose jusqu’à sa délivrance, en y apportant les soins d’une « personne raisonnable » (cf. supra).

L’article 1198 règle quant à lui le conflit des droits d’acquéreurs successifs d’un même meuble en son alinéa 1^{er}, reprenant l’actuel article 1141, et étend cette règle aux immeubles dans son alinéa second.

Section 2 : Les effets du contrat à l’égard des tiers

La section 2 aborde ensuite les effets du contrat à l’égard des tiers. Elle est divisée en deux sous-sections, la première étant relative aux dispositions générales en la matière, et la seconde traitant spécifiquement du porte-fort et de la stipulation pour autrui.

Sous-section 1 : Dispositions générales

Le principe de l’effet relatif des contrats est ainsi rappelé en sous-section 1 à l’article 1199 dans une formulation modernisée de l’actuel article 1165, tandis que l’opposabilité aux tiers fait désormais l’objet d’une disposition séparée à l’article 1200, afin de mieux distinguer ces deux questions. Il n’a pas été jugé utile de rappeler dans le Code civil l’existence de règles particulières relatives à l’opposabilité du transfert de certains droits réels (telles que celles relatives à la publicité foncière en matière de droits réels immobiliers), compte tenu de la règle générale posée à l’article 1105 de l’ordonnance.

L’article 1201 traite de la simulation. Il reprend l’actuel article 1321 en le clarifiant. Il n’évoque que l’effet de la contre-lettre entre les parties et son inopposabilité à l’égard des tiers, en rappelant qu’ils peuvent s’en prévaloir.

L’article 1202 est une reprise de l’actuel article 1321-1 du Code civil, identique aux termes de l’article 1840 du code général des impôts abrogé par l’ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l’harmonisation et l’aménagement du régime des pénalités.

Sous-section 2 : Le porte-fort et la stipulation pour autrui

La sous-section 2 traite spécifiquement du porte-fort et de la stipulation pour autrui. Est d’abord réaffirmé le principe selon lequel on ne peut s’engager en son propre nom que pour soi-même à l’article 1203. La rédaction de ce texte s’éloigne de la lettre actuelle de l’article 1119 du Code civil sur deux points : la prohibition de principe de la stipulation pour autrui est abandonnée, compte tenu du développement de la pratique de la stipulation pour autrui (et en particulier de l’assurance-vie) depuis 1804, et de la jurisprudence en ayant élaboré le régime juridique (désormais codifié aux articles 1206 à 1210 de l’ordonnance) ; la formule « *en général* », qui voulait faire de ce texte une introduction des exceptions à venir, le porte-fort et la stipulation pour autrui, est abandonnée car il ne s’agit pas en réalité d’exceptions, le tiers n’étant pas engagé dans la promesse de porte-fort, et la stipulation pour autrui ne pouvant pas faire naître de créance ou d’obligation à la charge du bénéficiaire sans son accord.

Le porte-fort est déjà prévu à l’actuel article 1120 du Code civil, mais l’article 1204 de l’ordonnance en clarifie le régime. L’alinéa 1^{er} en propose tout d’abord une définition ouverte, incluant aussi bien le « *porte-fort de ratification* » (c’est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d’obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le porte-fort dit « *de conclusion* » (lorsque dans un acte le promettant s’engage auprès du bénéficiaire à ce qu’un tiers conclue un autre acte juridique), que le « *porte-fort d’exécution* » (c’est-à-dire lorsqu’il s’engage à ce qu’un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de « *garantie* »). L’alinéa 2 précise les effets du porte-fort : le promettant est libéré en cas d’exécution par le tiers du fait promis (le bénéficiaire pouvant lui



réclamer réparation dans le cas contraire). Le dernier alinéa est propre au porte-fort de ratification : dans cette hypothèse l'acte conclu par le promettant (sans pouvoir) est rétroactivement validé par la ratification du tiers. Si le porte-fort ne portait que sur la conclusion d'un nouvel acte juridique ou l'exécution d'une obligation, l'exécution du fait promis par le tiers n'a pas à produire d'effet rétroactif.

La stipulation pour autrui fait ensuite l'objet de cinq articles, les articles 1205 à 1209, qui remplacent et étoffent le seul article 1121 du Code civil, qui ne régit pas tous les rapports juridiques que l'opération fait naître entre les trois intéressés. Ces dispositions ont donc pour objet de codifier les apports jurisprudentiels, en précisant les conditions de révocation et d'acceptation de la stipulation pour autrui. L'article 1205 définit ainsi la stipulation pour autrui, tandis que l'article 1206 précise ses effets à l'égard du bénéficiaire (droit direct à la prestation) et à quel moment la révocation est possible. L'article 1207 détaille quant à lui les conditions et les effets de cette révocation. L'article 1208 consacre la jurisprudence sur la forme (expresse ou tacite) de l'acceptation de la promesse, qui peut émaner du bénéficiaire ou de ses héritiers, et qui peut également intervenir après le décès du stipulant ou du promettant. Enfin, l'article 1209 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle, malgré la naissance d'un droit propre et direct du bénéficiaire contre le promettant, le stipulant conserve également le droit d'exiger du promettant qu'il exécute sa promesse à l'égard du bénéficiaire.

Section 3 : La durée du contrat

La section 3 est consacrée à la durée du contrat. Cette section composée de six articles est une innovation de l'ordonnance répondant au 7^e de l'article 8 de la loi d'habilitation, autorisant le Gouvernement à clarifier les règles relatives à la durée du contrat.

Le Code civil actuel ne comporte en effet aucune disposition générale sur la durée des contrats et n'envisage que la question du terme dans la théorie générale (articles 1185 et suivants), alors qu'il existe un contentieux important relatif à la durée des contrats à durée déterminée. Le régime juridique de la durée du contrat s'est donc esquisse progressivement au gré de la jurisprudence, de la pratique contractuelle, et des dispositions spéciales.

L'ordonnance propose donc d'introduire dans le Code civil des règles générales sur la durée du contrat, qui doivent permettre de clarifier les différences entre des notions proches en ce qu'elles concernent toutes la prolongation des contrats dans le temps, mais qui n'en sont pas moins différentes : renouvellement, prorogation et tacite reconduction.

Tout d'abord, l'article 1210 alinéa 1^{er} entérine dans son premier alinéa la règle de la prohibition des engagements perpétuels. Ce principe, consacré par la jurisprudence à partir de textes d'application spéciaux tels que l'article 1780 alinéa 1 (interdiction du louage de services à vie), l'article 1838 (interdiction de sociétés de plus de 99 ans), l'article 1709 (interdiction du bail perpétuel), l'article 1944 (interdiction du dépôt à durée illimitée), ou encore l'article 2003 (interdiction du mandat perpétuel), n'est pas affirmé actuellement à titre autonome par le Code civil. Il s'agit donc d'une codification du droit positif. Le second alinéa tire les conséquences de cette interdiction, en offrant aux cocontractants (en pratique le contractant lésé) la possibilité de résoudre le contrat comme un contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire en ramenant les effets d'un engagement perpétuel à ceux d'un contrat à durée indéterminée.

L'article 1211 consacre ensuite la possibilité pour les contractants de mettre unilatéralement fin à un contrat à durée indéterminée sous réserve d'un préavis suffisant. Conséquence logique de la prohibition des engagements perpétuels, cette règle fait écho au principe de la liberté contractuelle affirmé précédemment dans les dispositions liminaires, un cocontractant ne pouvant pas être indéfiniment lié par un contrat. Cette faculté unilatérale de résiliation des contrats à durée indéterminée, moyennant le respect d'un délai de préavis, a d'ailleurs été reconnue comme une règle à valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le pacte civil de solidarité (Cons. Const., 9 novembre 1999, DC n° 99-419) : « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ». Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a incité le législateur à préciser les règles ou les « causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ». C'est ce que fait la présente ordonnance par cet article 1211, en réservant aux contractants une faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée, sous réserve du respect d'un délai de préavis contractuellement prévu, ou à défaut raisonnable. Dans le silence du texte, les règles de la responsabilité civile de droit commun trouveront à s'appliquer en cas de faute commise par le cocontractant, conformément à la jurisprudence constitutionnelle précitée.

Les articles suivants sont ensuite consacrés au contrat à durée déterminée, dont la force obligatoire du terme est rappelée à l'article 1212, les conditions de sa prorogation étant envisagées à l'article 1213, de son renouvellement à l'article 1214, et de sa tacite reconduction à l'article 1215.



Section 4 : La cession de contrat

La section 4 introduit dans le Code civil la cession de contrat, dont elle détaille le régime juridique. En effet, bien que ponctuellement reconnue par le législateur, aucune théorie générale de la cession de contrat, née des besoins de la pratique des entreprises, n'existe dans le Code civil actuel. Traduisant le souhait de la présente ordonnance de moderniser le droit des contrats en s'inspirant des apports de la pratique, la cession de contrat entre dans le Code civil.

L'ordonnance consacre une conception unitaire de la cession de contrat, qui n'est pas la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance, mais qui a pour objet de permettre le remplacement d'une des parties au contrat par un tiers, sans rupture du lien contractuel. La cession de contrat prend logiquement place au sein de la section dévolue aux effets du contrat, entre les dispositions relatives à sa durée et celles relatives à son inexécution, puisqu'elle a justement pour objet de permettre le maintien du contrat, voire d'en prévenir l'inexécution.

L'article 1216 définit ainsi la cession de contrat comme la cession de sa qualité de partie au contrat par le cédant, et énonce les conditions de validité de cette cession : le contrat ne peut être cédé qu'avec l'accord du cocontractant, conformément à la jurisprudence, et la cession doit faire l'objet d'un écrit. Cette définition permet aux parties à un contrat d'envisager la cession du contrat dès sa conclusion : en effet l'accord du cédé pourra intervenir à l'avance, y compris dans le contrat lui-même, ou au moment de la cession. Si le cédé n'intervient pas à l'acte pour consentir à la cession (parce qu'il aura donné son consentement à l'avance), celle-ci devra lui être notifiée, ou il devra en prendre acte, pour qu'elle lui soit opposable. L'article 1216-1 précise ensuite les effets de la cession de contrat à l'égard du cédé et du cédant : le cédant n'est libéré pour l'avenir qu'avec l'accord du cédé ; dans le cas contraire, il reste solidairement tenu à l'exécution du contrat. Pour répondre aux inquiétudes des professionnels, l'ordonnance rappelle ici expressément que cette disposition est supplétive de volonté, même s'il s'agit du choix général opéré pour l'ensemble de l'ordonnance. Les deux articles suivants complètent le régime de la cession de contrat par des règles relatives à l'opposabilité des exceptions (article 1216-2) et au sort des sûretés accessoires au contrat cédé (article 1216-3), en cohérence avec celles applicables à la cession de créance et à la cession de dette.

Section 5 : L'inexécution du contrat

La section 5 est consacrée à l'inexécution du contrat, pour laquelle le 8° de l'article 8 de la loi d'habilitation a donné mission au Gouvernement de regrouper les règles applicables, et d'introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification.

En effet, le régime de l'inexécution contractuelle constitue assurément l'une des carences du Code civil, dont les règles en la matière sont éparses et incomplètes : l'exécution en nature par exemple est traitée avec les obligations de faire et de ne pas faire, et les obligations de donner ; les textes sont muets sur l'exception d'inexécution ; enfin la résolution est évoquée à l'occasion des obligations conditionnelles.

L'ordonnance se propose par conséquent de regrouper l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle en une seule section, divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux différentes sanctions de l'inexécution, et présentées à titre liminaire à l'article 1217.

Cet article énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée. L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation. D'ailleurs, le dernier alinéa règle l'articulation entre ces différents remèdes qui peuvent se cumuler s'ils ne sont pas incompatibles et rappelle que les dommages et intérêts sont toujours compatibles avec les autres sanctions si les conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Cette présentation des sanctions de l'inexécution contractuelle clarifie les règles applicables et en permet une appréhension globale, jusqu'alors complexe.

En outre, avant de se consacrer à l'étude des dispositions spécifiques à chaque remède à l'inexécution, l'ordonnance définit en son article 1218 la force majeure en matière contractuelle, cause d'exonération de responsabilité et cause de libération du débiteur de ses obligations. Il n'existe pas dans le Code civil actuel de définition de la force majeure, dont les contours et les effets ont été dessinés par la jurisprudence de la Cour de cassation, et ce de façon parfois inconstante. Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. L'imprévisibilité tout d'abord, doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat (contrairement à la matière extracontractuelle, où ce critère doit être apprécié au jour du fait dommageable) : en effet, si l'événement était prévisible au moment de la formation du contrat, le débiteur a entendu supporter le risque de ne pas pouvoir exécuter son obligation. L'événement doit également être irrésistible, tant dans sa survenance (inévitable) que dans ses effets (insurmontables).



Le second alinéa de l'article 1218 envisage les conséquences de la force majeure, en distinguant selon le caractère temporaire ou définitif de l'empêchement. En cas d'empêchement temporaire, l'exécution de l'obligation sera suspendue sauf si le retard en résultant justifie la résolution du contrat (exemple d'une prestation ne pouvant être délivrée utilement à un jour autre que celui déterminé pour un événement non reportable), tandis qu'en cas d'empêchement définitif le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs engagements dans les conditions des articles 1351 et 1351-1, auxquels il est expressément renvoyé. Il s'agit d'une codification de solutions dégagées par la jurisprudence.

Sous-section 1 : L'exception d'inexécution

La sous-section 1 est consacrée à l'exception d'inexécution, mécanisme aujourd'hui absent du Code civil mais reconnu par la jurisprudence.

L'article 1219 définit l'exception d'inexécution comme la possibilité offerte à une partie de ne pas exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Le texte pose toutefois une condition importante : cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée. L'usage de mauvaise foi de l'exception d'inexécution par un créancier face une inexécution insignifiante constituera dès lors un abus ou à tout le moins une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

L'article 1220 quant à lui va plus loin que la jurisprudence consacrée par l'article 1219, puisqu'il introduit la possibilité pour le créancier d'une obligation, avant tout commencement d'exécution du contrat, de suspendre l'exécution de sa prestation s'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas. Il s'agit d'une faculté de suspension par anticipation de sa prestation par le créancier avant toute inexécution, qui permet de limiter le préjudice résultant d'une inexécution contractuelle, et qui constitue un moyen de pression efficace pour inciter le débiteur à s'exécuter. Ce mécanisme est toutefois plus encadré que l'exception d'inexécution, puisqu'outre l'exigence de gravité suffisante de l'inexécution, la décision de suspension de la prestation doit être notifiée dans les meilleurs délais à l'autre partie.

Sous-section 2 : L'exécution forcée en nature

La sous-section 2 poursuit l'édification du régime des différentes sanctions à l'inexécution en précisant celui de l'exécution forcée en nature.

L'article 1221 pose tout d'abord le principe selon lequel le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature. Ce texte rompt avec la lettre de l'actuel article 1142 du Code civil, dont la Cour de cassation avait déjà retenu une interprétation contraire au texte et qui était également contredit par la procédure d'injonction de faire prévue par les articles 1425-1 à 1425-9 du code de procédure civile. L'ordonnance retient les exceptions consacrées par la jurisprudence : l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité (matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur). Il propose également une nouvelle exception inspirée des projets européens d'harmonisation du droit des contrats : l'exécution en nature ne peut non plus être poursuivie s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit. Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue.

L'article 1222 propose une alternative au créancier en lui permettant, au lieu de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation concernée, de faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été mal exécuté après mise en demeure du débiteur, et de solliciter ensuite du débiteur le remboursement des sommes exposées pour ce faire. Ce mécanisme n'est pas nouveau, puisqu'il reprend en substance les articles 1143 et 1144. Toutefois, l'article 1222 facilite la faculté de remplacement par le créancier lui-même, puisqu'il supprime l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable pour faire procéder à l'exécution de l'obligation, le contrôle du juge n'intervenant qu'à posteriori en cas de refus du débiteur de payer ou de contestation de celui-ci. En revanche, l'ordonnance maintient la nécessité d'une autorisation préalable du juge pour obtenir la destruction de ce qui a été réalisé en contravention de l'obligation, compte tenu du caractère irrémédiable d'une telle destruction afin d'éviter les abus de la part du créancier. Enfin, le second alinéa du texte complète le dispositif conformément au droit positif, en permettant au créancier de solliciter la condamnation du débiteur à faire l'avance des sommes nécessaires à l'exécution ou la destruction en cause.



Sous-section 3 : La réduction du prix

La sous-section 3, composée du seul article 1223, propose de généraliser une sanction connue du Code civil, la réduction du prix, inspirée des projets d'harmonisation européens. Si le Code civil ne prévoit pas de façon générale la possibilité pour le créancier d'accepter une exécution non conforme du débiteur, en contrepartie d'une réduction proportionnelle du prix, cette faculté existe en droit positif à titre spécial, par exemple en matière de garantie des vices cachés par l'action estimatoire de l'article 1644, ou en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième (articles 1617 et 1619). À la différence de ces textes spéciaux toutefois, l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix. Le créancier devra préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation. Le texte n'est pas destiné à remettre en question l'exception admise en jurisprudence en cas d'urgence. Le créancier devra ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. S'il a déjà payé le prix, il demandera remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix opposée. Le texte prend soin de préciser que la réduction du prix sollicitée par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée doit être proportionnelle à la gravité de cette inexécution. Il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu.

Sous-section 4 : La résolution

La sous-section 4 est consacrée à la plus radicale des sanctions de l'inexécution, la résolution, puisque celle-ci met fin au contrat. Elle comprend sept articles, les articles 1224 à 1230, et est organisée autour des trois modes de résolution du contrat déjà bien connus en droit positif : la clause résolutoire, la résolution unilatérale, et la résolution judiciaire. En effet, il est apparu essentiel de traiter de la résolution du contrat parmi les différents remèdes à l'inexécution, et non pas seulement à l'occasion des articles relatifs à la condition résolutoire qui serait toujours sous-entendue dans les contrats selon l'article 1184 actuel.

Ainsi l'article 1224 énonce les trois modes de résolution du contrat précités, la résolution unilatérale et la résolution judiciaire étant soumises à une condition de gravité suffisante de l'inexécution, par opposition à la clause résolutoire dont l'effet est automatique dès lors que les conditions prévues au contrat sont réunies.

L'article 1225 définit en son premier alinéa la notion de clause résolutoire, bien connue en doctrine et surtout de la pratique, comme la clause désignant les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat, tandis que l'alinéa 2 en soumet l'application à une mise en demeure préalable du débiteur mentionnant expressément la clause résolutoire en cause. Le texte étant supplétif, il précise que cette exigence n'est requise que si les parties n'ont pas convenu que la clause résolutoire jouerait du seul fait de l'inexécution.

L'article 1226 introduit dans le Code civil la résolution unilatérale par notification du créancier de l'obligation non exécutée, visée expressément par le 8^e de l'article 8 de la loi d'habilitation. Ce texte constitue une nouveauté qui vise à consacrer un mécanisme absent du Code civil mais reconnu par la jurisprudence et les projets d'harmonisation européens. La Cour de cassation avait en effet déjà défini les contours de la résolution unilatérale par notification, en considérant que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » et que « cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » (civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21485) « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (civ. 28 octobre 2003, n° 01-03662).

Le texte proposé consacre cette faculté. La résolution unilatérale n'est cependant plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose en effet sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers. La sécurité juridique et la protection du débiteur ne sont pas sacrifiées pour autant à l'impératif économique puisque cette faculté est très encadrée. Ainsi, seul le créancier de l'obligation dont l'inexécution est « suffisamment grave » pourra s'en prévaloir. De plus, un formalisme protecteur est imposé, puisque la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable. En outre, l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale. Dans un souci de pragmatisme, et conformément à la jurisprudence, il réserve toutefois expressément le cas d'urgence, qui dispense le créancier de mettre en demeure son cocontractant. Enfin, le dernier alinéa du texte permet au débiteur de contester la résolution en saisissant le juge. Cette possibilité est conforme à la jurisprudence actuelle, selon laquelle la résolution unilatérale



se fait aux « risques et périls » du créancier, condition reprise par le premier alinéa du texte. Il appartiendra alors au créancier de prouver la gravité de l'inexécution, en application de la condition posée à l'article 1224 de l'ordonnance. Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence.

Ensuite, l'article 1227 rappelle la possibilité de saisir le juge pour solliciter la résolution du contrat, même si une clause résolutoire a été prévue au contrat, ou même si une procédure de résolution par notification a été engagée, conformément à la jurisprudence. Le texte n'entend pas remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renonciation judiciaire : en effet ces clauses ne font en principe que limiter les modalités de l'exécution de l'obligation sans priver le créancier du droit d'obtenir l'exécution de sa créance par l'un des autres remèdes énumérés par l'article 1217 de l'ordonnance (tels que l'exécution forcée en nature). Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.

En cas de saisine du juge, l'article 1228 vient préciser l'objet de son office. En effet, le juge, pourra selon les circonstances, soit constater la résolution du contrat s'il intervient a posteriori pour contrôler la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou d'une résolution unilatérale par notification, soit la prononcer, s'il est saisi en ce sens, en cas d'inexécution suffisamment grave. Il pourra également, s'il ne prononce pas la résolution, ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai de grâce au débiteur. Le texte rappelle que le juge peut aussi, notamment si le manquement n'est pas suffisamment grave pour justifier une résolution, n'allouer que des dommages et intérêts, conformément à l'article 1217 de l'ordonnance. Les pouvoirs du juge s'exerceront toutefois dans le cadre délimité par les demandes des parties en application du principe dispositif qui préside au procès civil.

Le régime des différents modes de résolution ayant été dressé, l'article 1229 précise la date d'effet de la résolution et ses conséquences.

Le premier alinéa du texte rappelle l'effet principal de la résolution : celle-ci rompt le lien contractuel entre les parties en mettant fin au contrat.

Le deuxième alinéa indique le moment auquel la résolution prend effet, selon son mode opératoire : à la date prévue par les parties en cas de jeu de la clause résolutoire, à la date de la réception par le débiteur de la notification en cas de résolution unilatérale, et à la date fixée par le juge ou à défaut au jour de l'assignation en cas de résolution judiciaire. L'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions. Celles-ci sont en effet traitées au troisième alinéa, et n'ont lieu que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu, la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu. Lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif. De nombreux praticiens du droit y étant très attachés, le terme de « résiliation », couramment utilisé en matière contractuelle, a été réintroduit, sans modifier la conception unitaire de l'ordonnance : le troisième alinéa précise désormais que lorsque la résolution ne donne pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu de contrepartie, elle est qualifiée de résiliation. La résiliation est donc simplement un cas déterminé de résolution aux contours clairement délimités par le texte, applicable tant aux contrats instantanés qu'aux contrats à exécution successive, et se caractérisant par son absence de restitution.

La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi.

Enfin, le dernier alinéa renvoie aux articles 1352 à 1352-9 sur les modalités de mise en œuvre des restitutions.

L'article 1230 parachève le régime de la résolution en prévoyant expressément que survivent à la résolution les clauses de règlement des litiges et toutes clauses destinées à produire effet même après la disparition du contrat, telles que les clauses de confidentialité ou de non-concurrence. Cette disposition est directement inspirée de la pratique des affaires, et les PDEC et le code Gandolfi la prévoient également.

Sous-section 5 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat

La sous-section 5 consacrée à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat est une reprise à droit constant de la section 4 du chapitre III de l'actuel titre III du Code civil, avec quelques ajustements formels. En effet, la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait génératriceur, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait génératriceur en matière contractuelle, et que la présente ordonnance ne modifie pas. Le régime de la responsabilité



contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes. Le maintien de ces textes ne doit donc pas être interprété comme une remise en cause de la jurisprudence autorisant par exemple la réparation en nature du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle.

Ainsi l'article 1231 réécrit l'actuel article 1146 pour tenir compte de l'abandon par l'ordonnance de la distinction entre les obligations de donner et de faire. Il précise que les dommages et intérêts ne sont dus qu'après une mise en demeure qui doit laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter, mais prévoit une exception : cette formalité n'est pas obligatoire lorsque l'inexécution est définitive (auquel cas la résolution est de plein droit). La précision de l'actuel article 1146 relative à la forme de la mise en demeure est reprise à l'article 1344 dans le cadre du régime général des obligations, puisqu'elle n'est pas propre aux contrats.

L'article 1231-1 reformule le célèbre article 1147, pour l'alléger et remplacer la référence à la cause étrangère par la force majeure, que la jurisprudence lui assimile, et qui est désormais définie à l'article 1218 de l'ordonnance. C'est d'ailleurs également la raison pour laquelle l'actuel article 1148 n'est pas ici repris, la force majeure en matière contractuelle étant traitée dans cet article 1218.

L'article 1231-2 reprend à l'identique l'actuel article 1149.

Les articles 1231-3 et 1231-4 sont conformes aux articles 1150 et 1151, mais consacrent en outre la jurisprudence assimilant la faute lourde au dol, la gravité de l'imprudence délibérée dans ce cas confinant à l'intention. L'article 1231-3 rappelle l'une des spécificités les plus importantes de la responsabilité contractuelle : le contrat étant avant tout un instrument de prévisibilité, il est logique d'en limiter la réparation aux dommages qui ont été prévus ou qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat, sauf dol ou faute lourde. Même dans cette hypothèse, l'article suivant indique que seules les suites immédiates et directes de l'inexécution peuvent être indemnisées.

L'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales. L'ordonnance n'a pas retenu les définitions posées par les articles 1226 et 1229 al. 1^{er}, apparues inutiles, ni les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 al. 2 qui paraissent évidentes. Par ailleurs, les règles posées par les articles 1232 et 1233 relèvent du régime des obligations et non du droit des contrats. Le texte maintient la possibilité pour le juge de réviser à la hausse comme à la baisse le montant de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire, et ajoute deux nouveaux alinéas. L'alinéa 2 est complété par la reprise de l'actuel article 1231, et un nouvel alinéa 5 vient préciser que sauf inexécution définitive, le jeu de la clause pénale est soumis à une mise en demeure préalable. Seuls les alinéas 2 et 3 présentent un caractère impératif, les parties pouvant librement déroger au dernier.

L'article 1231-6 reprend les dispositions de l'actuel article 1153 mais en modernise et simplifie la formulation. Sont ainsi abandonnées les références aux règles particulières au commerce et au cautionnement, les conflits étant désormais arrêtés selon la règle de conflit interne posée à l'article 1105 de l'ordonnance. Sont également abandonnées les précisions relatives à la forme et au contenu de la mise en demeure, qui trouvent désormais leur place dans la théorie générale des obligations à l'article 1344. Est en revanche rappelé expressément le caractère supplétif du texte.

L'article 1231-7 est quant à lui une stricte reprise de l'actuel article 1153-1 du Code civil.

Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle

Le sous-titre II intitulé « La responsabilité extracontractuelle » reproduit in extenso des articles 1382 à 1386-18 du Code civil, avec des adaptations légistiques à la nouvelle structure du sous-titre, scindé en deux chapitres, l'un relatif à la responsabilité extracontractuelle en général, et l'autre à la responsabilité du fait des produits défectueux.

La réforme de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle fera l'objet d'un projet de loi ultérieur qui sera débattu devant le Parlement, en raison des enjeux politiques et sociaux qui sont liés à ce domaine du droit.

Sous-titre III : Autres sources d'obligations

Le sous-titre III traite, en suite du contrat et de la responsabilité extracontractuelle, d'autres sources d'obligations. Il s'agit ici non pas de traiter de toutes les autres sources d'obligations (telles que la loi ou l'engagement unilatéral de volonté), mais seulement des quasi-contrats connus en droit positif : la gestion d'affaires et le paiement de l'indu régis par les articles 1371 à 1381 actuels du Code civil, et l'enrichissement sans cause (requalifié d'injustifié par l'ordonnance), créé de longue date par la jurisprudence pour combler le vide juridique laissé par les deux précédents.

Les quasi-contrats n'étant pas les seules autres sources d'obligations que le contrat et la responsabilité extracontractuelle, l'intitulé du sous-titre III est donc « Autres sources d'obligations », et non « Des quasi-contrats ».



Ce sous-titre est divisé en trois chapitres, respectivement consacrés à chaque quasi-contrat régi par l'ordonnance.

L'article 1300 donne une définition du quasi-contrat en son alinéa 1^{er} et annonce dans son deuxième alinéa la subdivision du sous-titre en trois chapitres. Cette définition est suffisamment souple pour permettre au juge, le cas échéant, d'appréhender des comportements qui devraient entraîner des obligations d'indemnisation à la charge de leurs auteurs, en dépit du silence de la loi. En effet, l'énumération non exhaustive des quasi-contrats dans le second alinéa implique qu'il puisse exister des quasi-contrats innommés, dont le régime juridique n'est pas prévu par le Code civil.

Chapitre Ier : La gestion d'affaires

Le chapitre Ier est consacré à la gestion d'affaires, dont le régime est décrit aux articles 1301 à 1301-5.

L'article 1301 donne une définition modernisée de la gestion d'affaires par rapport à celle de l'actuel article 1372, mais conforme au droit positif. Ce texte définit la gestion d'affaires comme un quasi-mandat, et suppose que le gérant d'affaires ait agi sciemment, sans que le maître n'en soit informé. Ce texte reprend les critères jurisprudentiels de l'utilité de l'intervention du gérant, permettant de distinguer les interventions bienvenues, ouvrant droit à indemnisation, des interventions intempestives, et celui de l'absence d'opposition du maître de l'affaire. En outre, il précise conformément à la jurisprudence que la gestion peut consister en la réalisation d'actes juridiques comme d'actes matériels.

L'article 1301-1 énonce les obligations du gérant, qui est assimilé au mandataire de cette affaire, et précise les conséquences de ses fautes de gestion sur son indemnisation : le gérant doit gérer l'affaire d'autrui comme une personne raisonnable, et mener l'affaire avec diligence et persévérance. Il peut engager sa responsabilité à l'égard du maître de l'affaire en cas de faute, mais sa responsabilité peut être atténuée, dans la mesure où il rend service. Il s'agit d'une reprise à droit constant des actuels articles 1373 et 1374 du Code civil.

L'article 1301-2 reprend en ses deux premiers alinéas l'article 1375, dont il modernise la formulation. Il énonce les conséquences de la gestion d'affaires au regard des obligations qu'elle fait naître à la charge du maître de l'affaire : respecter les engagements contractés dans son intérêt (premier alinéa), et rembourser au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemniser des dommages subis à l'occasion de sa gestion (deuxième alinéa). Le troisième alinéa ajoute une précision conforme à la jurisprudence selon laquelle, par analogie avec l'article 2001 du Code civil relatif aux avances faites par le mandataire, les sommes avancées par le gérant portent intérêt au jour du paiement.

L'article 1301-3 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle le maître qui ratifie, en connaissance de cause, la gestion est tenu par les engagements pris par le gérant. Le Code civil actuel est muet sur ce point. Cette disposition est particulièrement utile lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies.

L'article 1301-4 consacre en son premier alinéa la jurisprudence selon laquelle il peut y avoir gestion d'affaires, bien que la gestion ne soit pas entreprise dans l'intérêt exclusif du maître, c'est-à-dire si le gérant y est également intéressé. Dans ce cas, le second alinéa règle la question de la répartition des charges, dépenses et dommages engendrés par la gestion, qui se fait à hauteur des intérêts respectifs de chacun dans cette affaire commune.

Enfin, l'article 1301-5 permet l'indemnisation du gérant sur le fondement de l'enrichissement injustifié, lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies, mais que l'action du gérant aura procuré un enrichissement au maître, à l'exemple du cas dans lequel le gérant n'aura pas « sciemment » géré l'affaire du maître.

Chapitre II : Le paiement de l'indu

Le chapitre II est consacré au paiement de l'indu, dont le régime est régi par les articles 1302 à 1302-3 de l'ordonnance.

L'article 1302 reprend l'actuel article 1235, disposition qui figure parmi les textes consacrés au paiement, mais remplace le terme « répétition » par celui de « restitution », la répétition désignant étymologiquement la demande, tandis que la restitution en est le résultat. L'alinéa 1^{er} rappelle simplement que tout paiement suppose une dette, et que ce qui a été reçu sans être dû doit être restitué. L'alinéa 2 mentionne une exception à ce principe : l'obligation naturelle (évoquée au second alinéa de l'article 1100) fait obstacle à la répétition de l'indu.

L'article 1302-1 reprend à droit constant l'actuel article 1376 relatif à l'indu objectif, cas de la personne qui paie une dette inexistante, et à l'un des cas d'indu subjectif, lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont elle est bien la débitrice, mais entre les mains du mauvais créancier.

L'article 1302-2, reprenant à droit constant l'actuel article 1377, règle le second cas d'indu subjectif, c'est-à-dire lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont il n'est pas le débiteur, entre les mains du bon créancier, soit du fait d'une erreur, soit à cause d'une contrainte. Il s'inspire de la jurisprudence pour en préciser le régime : le droit à remboursement cesse si le créancier a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance, afin qu'il ne pâtisse pas d'une erreur dont il n'est pas responsable et qu'il puisse retrouver la situation dans laquelle



il se trouvait avant le paiement. Le second alinéa du texte consacre la jurisprudence s'appuyant jusqu'alors sur l'enrichissement injustifié, pour reconnaître à celui qui a payé un droit d'action directe contre celui dont la dette a été acquittée par erreur.

Enfin, l'article 1302-3 renvoie aux règles relatives aux modalités de restitution, placées dans un chapitre dédié du titre IV relatif au régime des obligations. Le second alinéa du texte revient sur la jurisprudence qui déduit de la somme répétée les dommages et intérêts auxquels celui qui a payé est condamné en réparation du préjudice causé à celui qui a reçu le paiement, lorsque le paiement procède d'une faute : la rédaction retenue est plus souple et permet au juge, le cas échéant, de tenir compte de la gravité de la faute pour réduire le montant des restitutions, et non pas seulement de l'importance du préjudice subi.

Chapitre III : L'enrichissement injustifié

Le chapitre III traite en dernier lieu de l'enrichissement sans cause, qui est renommé enrichissement injustifié, par souci de clarté et par cohérence avec l'abandon du concept de cause dans l'ordonnance.

Le Code civil actuel ne comporte aucun article consacré à l'enrichissement injustifié, bien qu'il connaisse des applications de ce principe, selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui, à l'exemple de son article 555 relatif aux constructions faites sur le terrain d'autrui.

La consécration de l'enrichissement sans cause comme source autonome d'obligation résulte d'une décision de la Cour de cassation du 15 juin 1892, qui affirme que lorsqu'une personne a procuré à une autre un avantage que ne justifie aucune cause légale ou contractuelle, elle a une action pour se faire restituer au nom du principe supérieur selon lequel « nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui ». Le 9° de l'article 8 de la loi d'habilitation donne expressément compétence au Gouvernement pour introduire ce principe dans le Code civil.

L'article 1303 rappelle le caractère subsidiaire par rapport aux autres quasi-contrats, de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (action connue sous sa dénomination latine de *in rem verso*), et en décrit l'objet : compenser un transfert de valeurs injustifié entre deux patrimoines, au moyen d'une indemnité que doit verser l'enrichi à l'appauvri. Il consacre la jurisprudence bien établie selon laquelle l'action ne tend à procurer à la personne appauvrie qu'une indemnité égale à la moins élevée des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement : ainsi, l'appauvri ne peut s'enrichir à son tour au détriment d'autrui en obtenant plus que la somme dont il s'était appauvri, et il ne peut réclamer davantage que l'enrichissement car une telle action constituerait en réalité une action en responsabilité qui lui est par hypothèse fermée (conformément à l'article 1303-3 de l'ordonnance).

L'article 1303-1 énonce simplement quand un enrichissement doit être qualifié d'injustifié : lorsqu'il ne résulte ni de l'exécution d'une obligation par l'appauvri, ni d'une intention libérale.

L'article 1303-2 contribue à fixer les contours de l'enrichissement injustifié, en prévoyant les cas dans lesquels l'indemnisation de l'appauvri est exclue ou modérée. Est ainsi exclue l'indemnisation de celui dont l'appauvrissement procède d'un acte effectué en vue de son seul profit personnel, et peut être modérée, voire supprimée, l'indemnisation de celui dont l'appauvrissement résulte d'une faute. Ces règles sont directement issues de la jurisprudence en la matière.

L'article 1303-3 consacre, d'une façon plus générale que le rappel formulé à l'article 1303, le caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso* affirmé par la jurisprudence. Ainsi cette action ne peut ni servir à contourner les règles d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale dont l'appauvri dispose, ni suppléer une autre action qu'il ne pourrait plus intenter suite à un obstacle de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore en raison de l'autorité de chose jugée.

Enfin, l'article 1303-4 pose les modalités d'évaluation de l'indemnisation de l'appauvri : l'existence de l'appauvrissement est constatée au jour de la dépense, celle de l'enrichissement au jour de la demande, et leur évaluation est en revanche faite au jour le plus proche du versement de l'indemnité, soit au jour du jugement. Cette solution, qui fait de l'indemnité de restitution une dette de valeur, prend le contre-pied d'une jurisprudence critiquée en doctrine. Elle est en outre conforme à celle retenue par le Code civil dans les cas d'enrichissement injustifiés qu'il régit spécialement aux articles 549, 555, 566, 570, 571, 572, 574 et 576. Le second alinéa vient apporter une exception aux modalités de détermination de l'indemnité de l'appauvri en cas de mauvaise foi de l'enrichi : la plus forte des deux valeurs sera retenue, à titre de sanction.

III. – L'article 3 de l'ordonnance introduit dans le Code civil un titre consacré au régime général des obligations. En effet, actuellement, le code ne lui consacre aucune partie. Il ne contient que des dispositions disséminées, de surcroît lacunaires, sur cette question d'une importance pratique considérable. L'ordonnance crée donc un titre IV qui traite en cinq chapitres des modalités de l'obligation, des opérations sur obligations, des actions ouvertes au créancier, de l'extinction des obligations, et des restitutions. Selon la même logique que celle retenue dans le titre II



consacré aux contrats, le plan retenu permet ainsi de traduire au mieux les différentes phases de la vie des obligations : les aménagements dont elles peuvent faire l'objet depuis leur naissance ; la circulation ou les modifications auxquelles elles peuvent donner lieu ; leur protection qui en assurent l'effectivité au créancier ; l'extinction des obligations et enfin les restitutions qu'entraîne leur anéantissement.

Chapitre Ier : Les modalités de l'obligation

Ce chapitre est divisé en trois sections dédiées respectivement à l'obligation conditionnelle, l'obligation à terme et l'obligation plurale.

Section 1 : L'obligation conditionnelle

De multiples dispositions sont aujourd'hui consacrées à l'obligation conditionnelle dans le Code civil, dont nombre apparaissent inutiles. La présente ordonnance s'emploie donc à simplifier les règles du code, en supprimant les dispositions tombées en désuétude et en modernisant la rédaction des textes pour faciliter leur compréhension, sans néanmoins remettre en cause les solutions jurisprudentielles acquises.

L'article 1304 commence ainsi par donner une définition générale de l'obligation conditionnelle, qui s'inspire des textes actuels du Code civil et de la doctrine majoritaire, puis définit la condition suspensive et la condition résolutoire. Ainsi, en présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple. En présence d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement et produit tous ses effets, mais son anéantissement est subordonné à l'accomplissement de la condition. La typologie des conditions qui figure aujourd'hui dans le Code civil (condition casuelle, potestative, mixte), dénuée de portée pratique, est en revanche abandonnée.

L'article 1304-1 reprend les dispositions actuelles du Code civil sur l'exigence de licéité de la condition, à peine de nullité de l'obligation. Il abandonne en revanche, à l'instar de droits étrangers, l'exigence de possibilité, superflue, voire inopportune. En effet, si la condition suspensive porte sur une chose impossible, l'obligation qui en dépend ne peut prendre naissance, faute pour la condition de pouvoir se réaliser, et elle n'est donc pas nulle, et à l'inverse, lorsque la condition résolutoire est impossible, la condition ne s'accomplira pas et les effets du contrat ne seront pas remis en cause, sans qu'une nullité de l'obligation ne se justifie.

Les articles 1304-2 et 1304-3 reprennent les règles du Code civil. Le premier traite de la nullité des obligations contractées sous une condition purement potestative de la part du débiteur, qu'il s'agisse d'une condition suspensive ou résolutoire. Le second considère la condition comme réputée accomplie (en cas de condition suspensive) ou défaillie (s'il s'agit d'une condition résolutoire), lorsque son accomplissement a été empêché (condition suspensive) ou provoqué (condition résolutoire) par la partie qui y avait intérêt. L'article 1304-4 consacre quant à lui la règle jurisprudentielle selon laquelle la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée, peut y renoncer tant que celle-ci n'est pas accomplie. Il en résulte a contrario qu'une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive, ce qui met fin à la controverse doctrinale et aux incertitudes jurisprudentielles sur ce point. L'ordonnance privilégie ici une conception classique et objective de la condition : le contrat est automatiquement anéanti lorsque défaillie la condition suspensive, afin d'éviter la remise en question du contrat bien après cette défaillance. Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant.

L'article 1304-5, précisant les droits et obligations des parties lorsque la condition est pendante, rappelle les droits du créancier prévus par l'actuel article 1180 et complète le Code civil en indiquant que le débiteur obligé sous condition suspensive doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation. L'alinéa 2 précise, conformément au droit positif, que l'on peut demander la restitution de ce qui a été payé tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie, ce qui permet de distinguer la condition suspensive du terme (cf. article 1305-2 de l'ordonnance).

L'article 1304-6 clarifie les effets de la réalisation de la condition suspensive : il ne reprend pas le principe de l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive, actuellement prévu dans le Code civil et source de complexité, mais prévoit au contraire que l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition, tout en rappelant que cette règle n'a qu'un caractère supplétif. Le caractère rétroactif de la condition suspensive est en effet inutile, puisque cette condition ne produit pas réellement d'effet tant qu'elle est pendante (pendante condition) : le créancier ne dispose que d'un droit conditionnel et le débiteur se comporte en pratique comme le propriétaire, les risques de la chose demeurant à sa charge comme le rappelle l'alinéa 2. Le dernier alinéa dispose explicitement, ce que ne fait pas le Code civil dans sa rédaction actuelle, qu'en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.



L'article 1304-7 aborde enfin les effets de l'accomplissement de la condition résolutoire, et opte à l'inverse pour sa rétroactivité, ce qui correspond à l'analyse dominante actuelle, en précisant toutefois qu'il n'affecte pas les actes conservatoires et d'administration. En effet, contrairement à la condition suspensive, la condition résolutoire produit tant qu'elle est pendante les effets d'une obligation pure et simple ; la rétroactivité en cas de réalisation de cette condition permettra donc une annulation des actes passés et des restitutions, pour retrouver la situation où se trouvaient les parties avant la conclusion de l'obligation. Le deuxième alinéa réserve la convention contraire des parties et écarte la rétroactivité si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. Cette solution est cohérente avec celle retenue à l'article 1229 relatif aux effets de la résolution du contrat.

Section 2 : L'obligation à terme

Cette section reprend les solutions du droit positif sur le terme suspensif.

L'article 1305 donne une définition de l'obligation à terme qui reprend celle communément admise par la doctrine. L'article 1305-1 alinéa 1^{er} précise que le terme peut être exprès ou tacite. L'alinéa 2 prévoit, à défaut d'accord des parties sur le terme, la possibilité pour le juge de le fixer en tenant compte de la nature de l'obligation et de la situation des parties. Une telle intervention judiciaire, qui permet de maintenir le contrat, est déjà consacrée par la jurisprudence – en dehors même du contrat de prêt pour lequel elle est prévue aux articles 1900 et 1901 du Code civil.

Les articles 1305-2 à 1305-4 reprennent en substance les textes actuels du Code civil, tels que complétés par la jurisprudence, sur l'absence d'exigibilité avant terme et le sort du paiement effectué avant terme, sur la détermination du bénéficiaire du terme et la renonciation au bénéfice du terme, sur la déchéance du terme en l'absence de constitution des sûretés promises par le débiteur ou en cas de diminution des sûretés qui garantissent l'obligation. L'article 1305-5 consacre enfin la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur l'inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés, même solidaires (ce qui inclut les garants), dans la mesure où la déchéance est par nature une sanction personnelle.

Section 3 : L'obligation plurale

Cette section traite successivement de la pluralité d'objets et de la pluralité de sujets.

Sous-section 1 : La pluralité d'objets

Le Code civil ne régit actuellement que les obligations alternatives, par lesquelles le débiteur s'engage à fournir une prestation parmi plusieurs déterminées, à son choix ou au choix du créancier suivant les cas. Or deux autres types d'obligations à objet plural, connues depuis longtemps et dont le régime est désormais bien arrêté, doivent trouver leur place dans un Code civil rénové : l'obligation cumulative, qui a pour objet plusieurs prestations également dues, et l'obligation facultative, qui ne comporte qu'une seule prestation due, mais dont le débiteur peut se libérer en fournissant une autre prestation, déterminée d'avance. Par ailleurs, les articles 1192 à 1195 du Code civil relatifs à l'obligation alternative sont inutilement longs et complexes et il est donc proposé une simplification de ces textes.

Ainsi, l'article 1306 donne désormais une définition de l'obligation cumulative, qui permet d'en déterminer le régime : l'obligation cumulative est celle en vertu de laquelle le débiteur est cumulativement tenu de plusieurs obligations ; elle ne s'éteint que lorsque le débiteur a fourni toutes les prestations, contrairement à l'obligation alternative.

L'article 1307 définit ensuite l'obligation alternative. L'article 1307-1 reprend la règle du Code civil selon laquelle le choix entre les différentes prestations appartient au débiteur, puis règle la situation, sur laquelle le Code civil actuel reste silencieux, dans laquelle le titulaire de l'option ne ferait pas connaître son choix, dans le délai fixé ou dans un délai raisonnable, en permettant à l'autre partie, après mise en demeure, d'exercer ce choix ou de résoudre le contrat. Il reprend enfin dans son dernier alinéa la solution jurisprudentielle sur le caractère définitif du choix exercé. Les articles 1307-2 à 1307-4 sont relatifs aux conséquences de l'impossibilité d'exécution d'une prestation. Dans l'hypothèse où la prestation a été choisie, l'impossibilité d'exécuter par force majeure libère le débiteur (article 1307-2). Lorsque le choix de la prestation n'a pas encore été effectué, la solution varie selon que le choix de la prestation appartenait au débiteur (article 1307-3) ou au créancier (article 1307-4). L'article 1307-5 envisage l'hypothèse où toutes les prestations deviennent impossibles.

L'article 1308 introduit enfin dans le Code civil l'obligation facultative, dont la définition et le régime soulèvent peu de discussion. Dès lors que l'option pour une autre prestation appartient au seul débiteur, contrairement à l'obligation alternative, il est apparu cohérent que l'impossibilité d'exécuter la prestation principale convenue par suite d'un cas de force majeure libère ce dernier, sans qu'il soit tenu d'effectuer la prestation subsidiaire.



Sous-section 2 : La pluralité de sujets

Cette sous-section regroupe les règles gouvernant les obligations comportant au moins deux créanciers ou deux débiteurs.

L'article 1309 affirme en introduction le principe essentiel de division des obligations –dette ou créance – entre les parties initiales, comme entre les héritiers de chaque partie, et ce par parts égales conformément à une règle traditionnelle. Cette règle de division entre les successeurs s'applique d'ailleurs également aux obligations solidaires. Dans un souci de simplification du vocabulaire utilisé, il a été fait le choix de ne pas introduire dans le code l'expression doctrinale « conjointe » pour désigner l'obligation à pluralité de sujets, une telle qualification étant dénuée de portée pratique et source de confusion. Ce texte préliminaire annonce par ailleurs les tempéraments qui font l'objet des deux paragraphes qui suivent : la solidarité (§1) et l'obligation indivisible (§2).

Paragraphe 1 : L'obligation solidaire

Au sein du paragraphe 1 consacré aux obligations solidaires, l'article 1310 pose uniquement une règle générale, qui existe déjà dans le Code civil : la solidarité résulte du contrat ou de la loi, et ne se présume pas, qu'elle soit active ou passive. Le texte ne procède, à dessein et dans un souci de clarté pour les praticiens, à aucune qualification théorique de cette solidarité, laquelle est source d'importants débats doctrinaux.

Les articles 1311 et 1312 sont ensuite consacrés à la solidarité entre créanciers (solidarité active) et s'inspirent des textes actuels du Code civil : ils rappellent que chaque créancier solidaire peut exiger mais également recevoir le paiement de toute la dette, lequel libère le débiteur à l'égard de tous ; que le débiteur est libre de payer le créancier de son choix tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux ; et que l'acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

Les articles 1313 à 1319 sont quant à eux consacrés à la solidarité entre débiteurs (solidarité passive). L'article 1313 définit les effets de la solidarité passive, sans modifier le droit positif. L'article 1314 reprend l'actuel article 1207 du Code civil sur le point de départ des intérêts. L'article 1315 précise, en adoptant une formulation clarifiée, les règles gouvernant l'opposabilité des exceptions par un codébiteur solidaire, en opérant une distinction entre les exceptions communes à tous les codébiteurs, celles qui sont personnelles au codébiteur poursuivi, qu'il peut opposer, et celles qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, qu'il ne peut opposer au créancier mais dont il peut se prévaloir pour faire réduire le montant total de la dette si elles ont eu pour effet d'éteindre la part divise d'un autre codébiteur. Il a été fait le choix, dans un souci de meilleure lisibilité de notre droit, de donner les principaux exemples d'exceptions concernées, qui ne sont toutefois pas exhaustifs. L'article 1316 reprend la règle existante dans le Code civil, relative au maintien de la créance sur les autres codébiteurs solidaires en cas de remise de solidarité consentie par le créancier à l'un seulement des codébiteurs. La libération des autres codébiteurs à hauteur de la part de celui qui a été déchargé, ne vaut néanmoins que si la remise de solidarité s'est accompagnée d'un paiement du débiteur. A contrario le créancier conserve dans le cas contraire son action pour le tout contre les autres codébiteurs. L'article 1317 reprend en un seul texte les différentes règles contenues dans le Code civil sur la contribution à la dette entre codébiteurs. L'article 1318 maintient la règle actuelle du Code civil selon laquelle le débiteur qui a payé n'a pas de recours contre le codébiteur solidaire non intéressé à la dette, ce dernier ayant en revanche un recours pour le tout s'il a payé. Enfin l'article 1319 introduit une disposition nouvelle dans notre droit positif visant à régler la question pratique des conséquences sur les codébiteurs, de l'inexécution de l'obligation imputable à l'un ou plusieurs d'entre eux seulement, en distinguant les relations des codébiteurs envers le créancier, de la charge définitive de cette inexécution entre codébiteurs.

Paragraphe 2 : L'obligation à prestation indivisible

Le paragraphe 2 est composé d'un article unique consacré à l'obligation à prestation indivisible (article 1320), remplaçant les articles 1217 à 1225 du Code civil. Ce texte répond à un objectif de simplification : il rappelle que l'indivisibilité peut résulter de la nature de la prestation ou de la convention des parties et qu'elle se caractérise par le droit pour chaque créancier d'exiger et de recevoir le paiement du tout, et de l'obligation pour chacun des débiteurs de payer le tout. Le troisième alinéa rappelle que les mêmes règles valent pour les successeurs des créanciers et débiteurs, afin d'éviter le fractionnement de la dette, ce qui constitue la principale particularité de l'obligation indivisible par rapport à la solidarité.

Chapitre II : Les opérations sur obligations

Par souci de clarté, ce chapitre regroupe sous son intitulé générique, des opérations qui, bien que diverses, présentent des liens de parenté évidents. Les deux premières sections sont consacrées aux opérations translatives d'obligations que sont la cession de créance et la cession de dette – la cession de contrat figurant dans le chapitre relatif aux effets du contrat, pour les raisons précédemment exposées. Les deux suivantes traitent de deux autres figures classiques du droit des obligations que sont la novation et la délégation.



Section 1 : La cession de créance

L'ordonnance propose de moderniser le régime de la cession de créance, pour faciliter la transmissibilité des obligations, conformément au vœu des acteurs économiques, et adapter les textes devenus inadaptés à une époque où la circulation des obligations n'est plus un phénomène marginal mais est devenue d'application quotidienne. Actuellement présentée dans les contrats spéciaux (dans le titre consacré à la vente), la cession de créance trouve plus logiquement sa place au sein des textes sur le régime général des obligations, dans la mesure où elle peut porter sur tout type d'obligations.

L'article 1321 définit tout d'abord la cession de créance (alinéa 1^{er}) et en fixe le champ d'application : créance présente ou future, déterminée ou déterminable, conformément à la jurisprudence (alinéa 2), puis rappelle le principe de la transmission des accessoires de la créance (alinéa 3). Conformément à la jurisprudence, l'alinéa 4 ne fait pas du consentement du débiteur une condition, mais il introduit une exception, lorsque la créance a été stipulée inaccessible. L'ordonnance exige un écrit, requis pour sa validité, pour constater la cession, contrairement au droit positif, et à l'instar de ce qui est prévu pour le nantissement de créance (article 1322). En contrepartie de cette nouvelle exigence, il facilite conformément aux attentes l'opération. Unanimement critiquée comme trop coûteuse et inutile, la formalité particulièrement lourde de la signification par huissier ou de l'acceptation du débiteur par acte authentique, aujourd'hui prévue par l'article 1690 du Code civil pour l'opposabilité aux tiers, est supprimée. L'article 1323 prévoit désormais un transfert immédiat entre les parties, et une opposabilité immédiate aux tiers, à la date de l'acte, ce qui permet d'aligner le régime de la cession de créance de droit commun sur celui du nantissement de créance, de la cession de créance réalisée dans le cadre d'une fiducie et de la cession de créance professionnelle. Le texte prévoit également une disposition spécifique pour la cession de créance future, qui n'opère quant à elle qu'au jour de la naissance de la créance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. Enfin, pour être opposable au débiteur, la cession doit lui avoir été notifiée ou il doit en avoir pris acte, ces conditions étant très assouplies par rapport à l'actuel article 1690. Le texte précise également qu'une telle notification est inutile dans l'hypothèse où le débiteur aurait consenti à la cession (cet accord n'étant nullement une condition de la cession de créance, comme le rappelle expressément l'article 1321 alinéa 4) (article 1324).

Le régime de la cession de créance est par ailleurs précisé par de nouvelles dispositions qui ne figurent pas dans le Code civil et permettent une meilleure lisibilité du mécanisme : sur les exceptions opposables par le débiteur, avec un souci de précision et d'illustration répondant à un objectif de sécurité juridique, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et celles nées des rapports du débiteur avec le cédant avant que la cession lui soit opposable (article 1324 alinéa 2), sur la charge des frais de la cession (article 1324 alinéa 3), sur la règle de conflit en cas de concours entre des cessionnaires successifs d'une créance (article 1325) et sur la garantie du cédant (article 1326).

Il convient de souligner que l'ordonnance ne propose pas la suppression de la procédure de retrait litigieux, qui permet d'éviter la spéculation, en mettant un terme au litige en cours portant sur les droits cédés, par le remboursement au cessionnaire (acquéreur du droit) du prix que celui-ci avait payé au cédant. Ce dispositif figure en effet toujours aux articles 1699 à 1701 du Code civil relatifs au contrat de vente, lesquels ne sont pas supprimés et que l'article 1701-1 créé par la présente ordonnance rend a contrario applicable aux cessions de créance.

Section 2 : La cession de dette

La cession de dette, absente du Code civil, a été créée par la pratique et permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. Compte tenu de l'importance de cette opération pour les praticiens, d'ailleurs connue dans de nombreuses législations étrangères, et admise en droit interne par la jurisprudence, il est apparu essentiel de l'introduire dans le Code civil. Le texte présenté vise également à en aménager précisément le régime, pour éviter les incertitudes jurisprudentielles qui existent aujourd'hui quant à sa portée et ainsi garantir une plus grande sécurité juridique.

Le texte tranche une première difficulté quant au régime de la cession de dette, en faisant apparaître dans sa définition qu'elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé, compte tenu de l'importance évidente de la personne du débiteur pour le créancier (article 1327). Cet accord du créancier peut intervenir au moment de la cession mais également par avance. Le texte précise que le créancier cédé, s'il avait donné son accord à l'avance et n'est pas intervenu à l'acte de cession, ne peut s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée, ou auquel il en a pris acte (article 1327-1). Le texte précise ensuite l'effet libératoire de la cession de dette, qui exige également un consentement du créancier : la libération du débiteur, pour l'avenir, a lieu seulement si le créancier consent expressément à cette libération, à défaut, le débiteur cédant reste engagé, solidairement avec le débiteur cessionnaire (article 1327-2). Est ensuite exposé le régime de l'opposabilité des exceptions, par le débiteur substitué et le débiteur originaire, le cas échéant, au créancier, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles article 1328). Enfin, est fixé le sort des sûretés, réelles et personnelles, qui garantissaient la créance, selon que le débiteur originaire a été ou non déchargé par le créancier (article 1328-1).



Section 3 : La novation

Si une partie de la doctrine conteste l'utilité de cette opération, la jurisprudence importante en la matière, parfois incertaine, témoigne de la persistance de son utilisation et invite à la maintenir dans le Code civil en y consacrant une section et en simplifiant sa présentation.

L'alinéa 1^{er} de l'article 1329 propose une définition de la novation, absente du Code civil, qui insiste sur ses caractéristiques : l'extinction d'une obligation et la naissance corrélative d'une obligation nouvelle. L'alinéa 2 énumère ensuite les trois modes classiques de la novation : par substitution de l'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur, ou par changement de créancier. L'ordonnance expose ensuite les conditions de la novation : le consentement tout d'abord, puisque la novation ne se présume pas (article 1330). Il n'est pas apparu utile de préciser que la preuve de l'intention de nover est néanmoins libre, ce qui relève du droit commun de la preuve. L'article 1331 rappelle ensuite la condition relative à la validité des obligations, ancienne et nouvelle. Est également reprise la règle du Code civil selon laquelle la novation par changement de débiteur ne requiert pas nécessairement l'intervention du débiteur initial (article 1332), ce qui la distingue de la cession de dette. Au contraire, la novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur et les conditions de son opposabilité aux tiers sont précisées, à l'instar de la cession de créance (article 1333). Les deux articles suivants présentent enfin les effets de la novation. L'article 1334 règle le sort des sûretés et autres accessoires de l'obligation éteinte par novation, de façon plus lisible que les dispositions actuelles du Code civil, parfois obscures. Enfin sont reprises dans un dernier article les dispositions du Code civil sur la libération des codébiteurs solidaires et des cautions, avec une précision par rapport au droit actuel sur la libération des cofidéjusseurs, qui n'opère qu'à concurrence de la part contributive de la caution dont l'obligation a fait l'objet de la novation (article 1335).

Section 4 : La délégation

La présente ordonnance propose une présentation clarifiée de la délégation, actuellement évoquée dans le Code civil uniquement dans les dispositions relatives à la novation. La délégation n'opérant pas toujours novation, ce mécanisme trouve naturellement sa place parmi les opérations sur obligations. Concept ambivalent, la délégation donne lieu aujourd'hui à des interprétations parfois confuses. Les quatre articles proposés visent donc à définir plus clairement le régime de la délégation.

Le premier article définit la délégation, présentée comme une opération triangulaire – sans que soit exigée l'existence de rapports juridiques préexistants entre délégué et délégué ni entre délégué et déléataire – avant d'en donner l'une des spécificités : l'inopposabilité par le délégué au déléataire des exceptions tirées de ses rapports avec le délégué ou des rapports entre délégué et déléataire (article 1336). L'ordonnance distingue les deux variétés traditionnelles de délégation : la délégation dite parfaite ou novatoire, qui opère novation par changement de débiteur, le déléataire acceptant – de manière expresse – de décharger le délégué (article 1337) et la délégation dite imparfaite ou simple, qui donne au créancier déléataire un second débiteur, le délégué, sans libérer le délégué (article 1338). Le dernier article consacré à la délégation introduit, afin de mettre fin à des incertitudes doctrinaires et jurisprudentielles, des dispositions nouvelles sur le sort de l'obligation du délégué envers le délégué, dans l'hypothèse où ce dernier était le créancier du délégué, ce qui est le cas le plus souvent (article 1339) : la dette du délégué à l'égard du délégué ne peut s'éteindre qu'avec l'exécution de l'obligation nouvelle assumée par le délégué (alinéa 1^{er}) ; jusqu'à cette extinction, la créance du délégué sur le délégué n'est ni disponible ni saisissable (alinéas 2 et 3) ; en cas de délégation novatoire, la libération du délégué par le déléataire libère aussi le délégué à l'égard du délégué à concurrence du montant de son engagement envers le déléataire (alinéa 4).

Un cinquième article précise, pour la distinguer de la novation et de la délégation, ce qu'est la notion voisine d'indication de paiement, déjà définie dans le Code civil (article 1340).

Chapitre III : Les actions ouvertes au créancier

Ce chapitre présente les principales prérogatives dont dispose le créancier d'une obligation pour en obtenir l'exécution.

Il rappelle en premier lieu que le créancier a droit à l'exécution de l'obligation (article 1341), principe général que le Code civil ne formule pas explicitement actuellement, avant d'évoquer les actions spécifiques ouvertes au créancier. Il précise que le créancier peut contraindre le débiteur défaillant à l'exécution, dans les conditions prévues par la loi, ce qui renvoie aux règles des procédures d'exécution.

L'ordonnance décrit ensuite le régime de l'action oblique (article 1341-1) et de l'action paulienne (article 1341-2). L'action oblique permet au créancier, sous certaines conditions, d'exercer un droit ou une action que le débiteur néglige d'exercer. Conformément au droit positif, le bénéfice de l'action ne profite cependant pas directement au créancier agissant mais intègre le patrimoine du débiteur, sur lequel il viendra en concours avec les autres créanciers.



du débiteur. S'agissant de l'action paulienne, le texte précise qu'elle a pour effet de rendre l'acte frauduleux inopposable au créancier agissant, sanction traditionnellement admise, et consacre l'exigence jurisprudentielle selon laquelle le tiers cocontractant doit avoir eu connaissance de la fraude, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux.

Le chapitre se clôture par une disposition sur les actions directes en paiement, absentes du Code civil, qui vise à énoncer que ces actions existent dans les cas déterminés par la loi (article 1341-3). Un tel texte au sein du Code civil, même s'il ne fait que renvoyer aux textes spéciaux, a paru utile compte tenu de l'importance pratique des actions directes en paiement. L'atteinte portée par les actions directes en paiement contre le débiteur de son débiteur, à l'effet relatif des conventions et au principe d'égalité des créanciers, par dérogation au droit commun, justifie qu'elles ne puissent résulter que d'une disposition légale. Ce texte n'est toutefois relatif qu'aux actions directes en paiement et ne concerne pas les actions directes en responsabilité ou en garantie, de sorte que les solutions jurisprudentielles actuelles, notamment sur les chaînes translatives de propriété, ne sont pas affectées par ce texte.

Chapitre IV : L'extinction de l'obligation

Ce chapitre consacré à l'extinction de l'obligation traite du paiement, de la compensation, de l'impossibilité d'exécuter, de la remise de dette et de la confusion.

Section 1 : Le paiement

Le paiement, pourtant essentiel en pratique, est succinctement traité dans le Code civil. Afin de présenter de façon complète les règles applicables en cette matière, sont traitées successivement les dispositions générales applicables au paiement, les règles particulières au paiement des obligations de sommes d'argent, la mise en demeure et enfin la modalité spéciale de paiement que constitue le paiement avec subrogation.

Sous-section 1 : Dispositions générales

Les onze articles qui composent cette sous-section proposent tout d'abord une définition du paiement, absente aujourd'hui du Code civil, et de ses effets (libération du débiteur à l'égard du créancier et extinction de la dette, sauf quand la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier), avant de préciser successivement qui peut payer et à qui le paiement doit être fait pour être valable (articles 1342 à 1342-3), sans modification du droit positif. L'article 1342-3 consacre notamment la jurisprudence relative à la théorie de l'apparence. Il est ensuite rappelé que le créancier peut refuser un paiement partiel ou accepter de recevoir autre chose que ce qui lui est dû (article 1342-4), conformément au droit actuel. Plusieurs articles sont consacrés à la réalisation du paiement, afin de renforcer la lisibilité des règles applicables. Les règles sur l'exécution d'une dette de corps certain (article 1342-5) appliquent l'adage « *res perit domino* » (« la perte d'une chose est pour le propriétaire ») : le débiteur n'est tenu de livrer ou restituer le corps certain que dans l'état où il se trouve lors de la livraison ou de la restitution) ainsi que les règles de la responsabilité civile (le débiteur qui a manqué à son obligation de conservation devant réparer le préjudice causé). Par ailleurs, l'ordonnance rappelle le principe (supplétif) du caractère queriable du paiement (article 1342-6). L'article suivant précise que le débiteur prend en charge les frais du paiement. L'article 1342-8 met fin à une incertitude jurisprudentielle en affirmant clairement le principe de la liberté de la preuve du paiement. L'ordonnance précise ensuite la valeur probante de la remise volontaire au débiteur (ou l'un de ses codébiteurs solidaires), par le créancier, de son titre de créance (article 1342-9). En dernier lieu, l'article 1342-10 indique qu'en cas de pluralité de dettes de même nature exigibles concomitamment, l'imputation est laissée au seul choix du débiteur, puis fixe des directives générales d'imputation des paiements, simplifiées par rapport aux textes actuels, à défaut de manifestation de volonté du débiteur.

Sous-section 2 : Dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent

Les obligations de sommes d'argent présentent des particularités justifiant de consacrer une partie distincte aux règles propres à leur paiement. Cette sous-section s'ouvre sur la consécration expresse du nominalisme monétaire (principe selon lequel le débiteur doit verser la somme correspondant au montant nominal de sa dette, même si la valeur de la monnaie a varié), érigé en principe par la jurisprudence, sous deux réserves toutefois : tout d'abord, ce principe peut être atténué par le jeu de l'indexation, prévue par certaines lois spéciales ; par ailleurs, la dette de valeur (qui consiste à fournir un avantage économique variable selon les circonstances et qui suppose d'en actualiser le montant au jour de son exécution) fait exception à ce principe (article 1343). Sont ensuite consacrées les solutions traditionnelles sur le paiement de l'obligation avec intérêt : libération du débiteur par le versement du capital et des intérêts, imputation du paiement partiel, exigence d'un écrit pour fixer un intérêt, caractère annuel de l'intérêt (article 1343-1). L'article 1343-2 reprend ensuite, dans un souci de cohérence, la règle existant dans le



Code civil sur la capitalisation des intérêts. Sont également consacrées les règles jurisprudentielles en vigueur sur la monnaie de paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent (article 1343-3). Par dérogation au principe énoncé à la sous-section précédente, l'article 1343-4 pose la règle de portabilité du paiement des obligations de somme d'argent, qui s'explique par des raisons techniques, liées à la généralisation de la monnaie scripturale (chèque, virement, paiement par carte bancaire). Enfin sont conservées, mais rassemblées en un seul article, les dispositions existantes du Code civil sur le report ou l'échelonnement du paiement des dettes par décision judiciaire (article 1343-5).

Sous-section 3 : La mise en demeure

Paragraphe 1 : La mise en demeure du débiteur

Dans un paragraphe 1, les dispositions sur la mise en demeure du débiteur, actuellement éparpillées dans le Code civil, sont simplifiées et réunies en trois articles. Le premier énumère les formes de la mise en demeure (sommation ou acte dont il ressort une interpellation suffisante), et rappelle aussi que le contrat peut prévoir que la seule exigibilité de l'obligation met le débiteur en demeure de payer (article 1344). L'article suivant élargit à toutes les obligations la portée de l'article 1231-6 relatif au contrat, en précisant l'incidence de la mise en demeure de payer une somme d'argent : elle fait courir des intérêts moratoires (article 1344-1). Cet article ne vise que les intérêts au taux légal, par cohérence avec l'article 1231-6 qui reprend l'actuel article 1153 du Code civil. Compte tenu du caractère supplétif du texte, il est en effet apparu inutile de rappeler que les parties peuvent prévoir que la mise en demeure fera courir des intérêts à un taux conventionnellement fixé. Le troisième article précise que la mise en demeure de délivrer une chose met à la charge du débiteur non propriétaire les risques de la chose, par dérogation à la règle selon laquelle le propriétaire supporte les conséquences de la perte de la chose, consacrée à l'article 1196 de l'ordonnance : après une telle mise en demeure, l'acheteur devenu propriétaire n'a plus à payer le prix si la chose a péri par force majeure, à moins que le débiteur ne prouve que la chose aurait également péri si elle lui avait été délivrée (en vertu de l'article 1351-1 de l'ordonnance).

Paragraphe 2 : La mise en demeure du créancier

Actuellement, dans le Code civil, il n'existe pas de pendant à la mise en demeure du débiteur, pour régler la situation dans laquelle le créancier refuse de recevoir le paiement. Le paragraphe 2 consacre donc de nouvelles dispositions relatives à la mise en demeure du créancier par le débiteur, ayant pour effet l'arrêt du cours des intérêts et le transfert des risques de la chose à la charge du créancier (article 1345).

Afin de permettre au débiteur de se libérer malgré l'obstruction du créancier, les articles 1345-1 à 1345-3 consacrent un nouveau dispositif moins contraignant que la procédure actuelle des offres réelles, qui est très critiquée : le débiteur peut se libérer en consignant la somme due ou en séquestrant la chose devant être livrée (l'article 1345-1 alinéa 2 réservant l'hypothèse où le séquestre est impossible ou trop onéreux) ; lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur peut se libérer si l'obstruction du créancier n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure.

Sous-section 4 : Le paiement avec subrogation

La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translative de créance, est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, ce qui permet de rappeler qu'elle est indissociablement liée à un paiement fait par un tiers, qui libère un débiteur – totalement ou partiellement – envers son créancier, et qu'elle ne constitue pas une opération translative autonome, mais une modalité du paiement.

Déjà connue du Code civil, elle fait l'objet de règles rénovées. L'ordonnance étend tout d'abord largement le champ d'application de la subrogation légale : dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le Code civil ainsi que dans divers textes spéciaux, le bénéfice de la subrogation légale est ainsi généralisé à toute personne qui, y ayant un intérêt légitime, paie la dette d'autrui, dès lors que ce paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette (article 1346), ce qui répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes. L'exigence d'un intérêt légitime au paiement permet néanmoins d'encadrer la subrogation légale et d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans des relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale. Compte tenu de cette généralisation de la subrogation légale, il aurait pu être envisagé de supprimer la subrogation conventionnelle ex parte creditoris (c'est-à-dire de la part du créancier), qui semblait dès lors inutile. Toutefois, les inquiétudes formulées par de nombreux professionnels, qui ont souligné la fréquence du recours à la subrogation conventionnelle dans la pratique des affaires, notamment dans des techniques de financement telles que l'affacturage, justifient de la maintenir, afin de ne pas créer d'insécurité juridique (article 1346-1). L'ordonnance s'inspire du droit positif pour



la subrogation par le débiteur (ex parte debitoris), au profit du prêteur de deniers avancés pour payer sa dette, et maintient l'exigence d'un acte authentique lorsque la subrogation est consentie sans l'accord du créancier, afin d'éviter tout risque de fraude (article 1346-2). Le régime de la subrogation, s'il s'inspire des solutions classiques prévues dans le Code civil ou admises par la jurisprudence, est néanmoins clarifié : sur les droits du créancier, auquel la subrogation ne peut nuire (l'article 1346-3 reprenant l'article 1252), sur la transmission des accessoires de la créance et sur l'intérêt auquel peut prétendre le subrogé (article 1346-4), sur l'opposabilité de la subrogation au débiteur et aux tiers et sur les exceptions que peut opposer le débiteur au créancier subrogé – les règles étant rendues sur ce point identiques à celles de la cession de créance, dans un souci de cohérence et de lisibilité (article 1346-5).

Section 2 : La compensation

À ce jour, le Code civil ne traite que de la compensation légale, ignorant la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle. En outre, les textes sont lacunaires au regard de l'évolution de la pratique. Les règles de la compensation ont donc été refondues. Afin d'adopter la présentation la plus pertinente et la plus lisible, cette section aborde, dans une première sous-section, les règles générales de la compensation puis, dans une seconde sous-section, les règles particulières de compensation.

Sous-section 1 : Règles générales

Dans un souci pédagogique, l'article 1347 commence par donner une définition générique de la compensation (alinéa 1^{er}) et en précise l'effet (alinéa 2) : la compensation éteint les obligations au jour où ses conditions sont réunies, à condition qu'elle ait été invoquée. Actuellement, un débat existe en effet : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semble l'exiger l'article 1290 du Code civil qui prévoit qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis que la jurisprudence exige, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée. La rédaction adoptée permet de mettre fin à ces incertitudes. L'ordonnance reprend ensuite les dispositions actuelles du Code civil, moyennant une simplification et parfois l'ajout de précisions. Il expose tout d'abord les conditions positives de la compensation, relatives aux qualités requises des obligations : caractère fongible (défini à cette occasion), certain, liquide et exigible (article 1347-1). L'article suivant précise ensuite quelles sont les obligations qui ne sont pas compensables, sauf accord du créancier. Le texte rappelle à droit constant que le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation (article 1347-3), et précise les règles d'imputation des paiements en cas de pluralité de dettes compensables (article 1347-4). L'article 1347-5 reprend les dispositions de l'actuel article 1295 sur l'inopposabilité au cessionnaire de la compensation par le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de créance. L'article 1347-6 rappelle l'opposabilité par la caution au créancier de l'exception de compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal, conformément au caractère accessoire de la caution par rapport à la dette principale ; s'agissant du codébiteur solidaire, s'il ne peut opposer la compensation intervenue au profit d'un de ses coobligés, il peut se prévaloir de la diminution de la dette totale qui en résulte, comme le prévoit l'article 1315. L'article 1347-7 synthétise les actuels articles 1298 et 1299 pour indiquer que la compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par les tiers.

Sous-section 2 : Règles particulières

Trois hypothèses sont envisagées, dans lesquelles la compensation ne répond pas à toutes les conditions générales requises : le juge a la faculté de prononcer la compensation judiciaire lorsque l'une des obligations n'est pas liquide ou exigible (article 1348), cette faculté étant utilisée en pratique sur le fondement de textes du code de procédure civile mais ignorée du Code civil. Si la compensation de dettes connexes n'est pas nécessairement judiciaire, l'article 1348-1 rappelle que le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes, au seul motif que l'une d'elles n'est pas liquide ou exigible, conformément à la jurisprudence. Enfin, l'article 1348-2 consacre dans le Code civil la compensation conventionnelle : les parties peuvent librement décider la compensation de leurs dettes, conformément au principe de liberté contractuelle.

Section 3 : La confusion

Les règles du Code civil sur la confusion ont été réécrites dans un objectif de clarification mais les solutions du droit positif sont inchangées. L'ordonnance propose tout d'abord une définition de la confusion, qui s'inspire de la définition actuelle et met en exergue son effet extinctif, réserve faite toutefois expressément des droits acquis par ou contre des tiers (article 1349). L'article 1349-1 règle ensuite la question de l'incidence de la confusion en cas de solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers (alinéa 1^{er}) puis en présence d'une caution (alinéa 2).



Section 4 : La remise de dette

La remise de dette fait l'objet de longs développements dans le Code civil, lequel n'en propose toutefois pas de définition. L'article 1350 définit la remise de dette, en précisant qu'il s'agit d'un contrat, qui suppose donc l'accord des deux parties. Par ailleurs, des règles rénovées régissent la portée de la remise de dette sur les autres coobligés et les cautions : l'article 1350-1 prend le contrepied de l'actuel article 1285, en supposant, de façon plus réaliste, que le créancier n'entend pas faire bénéficier tous les codébiteurs solidaires de la remise de dette consentie à l'un d'eux. Par ailleurs sont reprises, de manière clarifiée, les règles actuelles du Code civil sur la libération des cautions (article 1350-2).

Section 5 : L'impossibilité d'exécuter

L'impossibilité d'exécution vise l'hypothèse dans laquelle le débiteur, subissant une contrainte qu'il ne peut surmonter, se trouve irrémédiablement empêché d'accomplir sa prestation. Il doit alors, dans certaines conditions, être libéré de sa dette. C'est pourquoi cette question trouve sa place dans ce chapitre, plutôt que dans la partie consacrée à l'inexécution contractuelle. Sont reprises synthétiquement les conditions classiques en droit positif (actuels articles 1302 et 1303 du Code civil) auxquelles est subordonnée la libération du débiteur : que l'impossibilité procède d'un cas de force majeure et que le débiteur n'ait pas convenu d'en assumer le risque ni n'ait encore été mis en demeure (article 1351). Toutefois, même s'il est en demeure, le débiteur d'une obligation de délivrance peut se libérer en cas de perte de la chose due, s'il prouve que la perte se serait également produite si l'obligation avait été exécutée (article 1351-1).

Chapitre V : Les restitutions

Le Code civil ne consacre actuellement aucune disposition propre aux restitutions après anéantissement du contrat, et ne contient que quelques règles éparses sur la mise en œuvre de ce mécanisme, telles que les dispositions relatives à la répétition de l'indu, dont la jurisprudence s'est inspirée pour régler le sort des restitutions en matière contractuelle. Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à s'appliquer à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, la résolution, la caducité ou encore la répétition de l'indu.

L'article 1352 commence ainsi par poser le principe de la restitution en nature – qui ne vaut toutefois que pour la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent – et précise, pour le cas où une telle restitution en nature est impossible et se fait par équivalent monétaire, la date à laquelle la valeur à restituer doit être appréciée. L'article 1352-1 traite de la charge des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de la chose restituée, en distinguant selon la bonne foi et la responsabilité de celui qui restitue. L'article 1352-2 vise quant à lui l'hypothèse dans laquelle la chose restituée a été vendue, pour prévoir, en cas de bonne foi seulement, une restitution limitée au prix de vente, par exception au principe d'évaluation posé à l'article 1352.

Les articles 1352-3 à 1352-5 fixent l'étendue de la restitution, selon l'objet de l'obligation à restituer. L'article 1352-3 détermine l'étendue de la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent, en proposant des solutions nouvelles. Contrairement au droit positif, les fruits doivent être restitués sans que cette restitution dépende de la bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution. Par ailleurs, l'ordonnance renverse la jurisprudence actuelle de la chambre mixte de la Cour de cassation, en accordant la compensation de la jouissance que la chose a procurée, qui apparaît comme un équivalent économique des fruits que la chose aurait pu produire.

L'article 1352-4 reprend en le simplifiant l'actuel article 1312 du Code civil sur les restitutions dues par un mineur ou un majeur protégé et prévoit la réduction de ces restitutions à proportion du profit retiré de l'acte annulé.

L'article 1352-5 traite des dépenses nécessaires de conservation et des dépenses d'amélioration, exposées par celui qui doit restituer la chose.

L'article 1352-6 détermine ensuite l'étendue de la restitution d'une somme d'argent, qui inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées.

L'article 1352-7 fixe, de manière commune, à partir de quel moment sont dus les intérêts, les fruits ou la valeur de la jouissance, en distinguant de manière classique selon que celui qui les a reçus est de bonne ou de mauvaise foi.

L'article 1352-8 fixe une règle propre à la restitution d'une prestation de service, pour prévoir qu'elle a lieu en valeur et que son évaluation se fait à la date à laquelle elle a été fournie. Cette disposition prend le contrepied de la jurisprudence qui analyse la prestation de service indue comme un cas d'enrichissement sans cause.

Enfin, l'article 1352-9 porte sur les sûretés, qui sont reportées sur l'obligation de restituer, ce qui généralise la solution consacrée par la jurisprudence en matière de prêt d'argent, tout en préservant les droits de la caution, qui pourra invoquer le bénéfice du terme.



IV. – L'article 4 de l'ordonnance introduit dans le Code civil un titre IV bis sur la preuve des obligations, en lieu et place de celui sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui devient un chapitre du sous-titre II du titre III consacré à la responsabilité civile extracontractuelle.

En effet, le 12^e de l'article 8 de la loi d'habilitation habilite le Gouvernement à « clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ».

Titre IV BIS : DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

La création d'un titre dédié au droit de la preuve des obligations permet de le détacher du droit des contrats, dans lequel sont formellement enfermées les dispositions relatives à la preuve dans le Code civil actuel, alors que la doctrine et la jurisprudence, appelant de leurs vœux l'élaboration d'un droit général de la preuve, s'accordent pour faire application de ces règles à toute preuve civile, et pas seulement à la preuve des obligations nées d'un contrat.

Ce nouveau titre IV bis est composé de trois chapitres consacrés aux dispositions générales en la matière, à l'admissibilité des modes de preuve, et aux différents modes de preuve. Le plan adopté est foncièrement différent de celui suivi par l'actuel chapitre VI du titre III. Le plan de ce nouveau titre reflète exactement les termes de l'habilitation donnée, et propose une présentation claire des grandes questions relatives à la preuve, en s'attachant d'abord à poser des dispositions générales constituant une théorie générale du droit de la preuve, avant de présenter ensuite les conditions d'admissibilité des modes de preuve, et de détailler enfin ces différents modes de preuve.

Chapitre Ier : Dispositions générales

Le chapitre Ier intitulé « Dispositions générales » est composé de cinq articles qui posent les principes généraux du droit de la preuve et contribuent ainsi à clarifier la distinction entre les règles relevant du droit substantiel de la preuve, et celles relevant du droit processuel de la preuve, prévu au titre VII du code de procédure civile en ses articles 132 à 322.

L'article 1353 reprend l'article 1315 du Code civil qui consacre la règle relative à la charge de la preuve, ayant pour fonction essentielle en pratique de déterminer qui supporte le risque de la preuve : c'est à celui sur lequel pèse la charge de la preuve de succomber lorsqu'il existe un doute sur la réalité de ce qu'il avance.

L'article 1354, relatif aux présomptions légales, qui synthétise les actuels articles 1350 et 1352 en deux alinéas, trouve sa place dans les dispositions générales dans la mesure où ces dernières allègent la charge de la preuve, contrairement aux présomptions judiciaires qui constituent un mode de preuve particulier. Ces présomptions légales ont toutes pour effet de dispenser de preuve, mais non de « toute preuve », car elles peuvent n'avoir comme effet que de déplacer l'objet de la preuve, et non d'en dispenser totalement le demandeur. Ainsi la présomption de paternité qui ne dispense pas de toute preuve, puisque si elle dispense de la preuve de la paternité, c'est seulement par le déplacement de l'objet de la preuve vers le fait que l'enfant a été conçu pendant le mariage. Le second alinéa définit les différentes présomptions, qui sont établies spécialement par le législateur, selon leur force probante : présomptions simples, mixtes, irréfragables.

L'article 1355 reprend l'actuel article 1351 du Code civil qui consacre une présomption légale essentielle : l'autorité de la chose jugée, attribut des jugements bénéficiant d'une présomption irréfragable de vérité.

L'article 1356 consacre, en l'encadrant, la liberté contractuelle en matière de preuve. En effet, le Code civil actuel ne prévoit pas de dispositions sur les contrats relatifs à la preuve, hormis l'article 1316-2, alors que la jurisprudence en admet la validité et qu'ils sont très usités en matière bancaire ou de télécommunications. L'ordonnance pose des conditions relatives aux contrats sur la preuve : ils ne peuvent porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition ; ils ne peuvent contredire les présomptions légales irréfragables, ni établir des présomptions irréfragables au bénéfice d'une partie.

L'article 1357 fait enfin le lien avec les textes précités du code de procédure civile portant également sur la preuve.

Chapitre II : L'admissibilité des modes de preuve

Le chapitre II expose ensuite des dispositions générales concernant l'admissibilité des modes de preuve.

L'article 1358 pose le principe de liberté de la preuve, sauf disposition légale contraire. Ce principe n'était pas affirmé de façon aussi limpide dans le code actuel, mais se déduisait de la confrontation des dispositions des articles 1341 et 1348. Le principe est désormais posé, et concerne autant les faits juridiques que les actes juridiques, en dehors des exceptions légales.



L'article 1359 énonce au terme de quatre alinéas les exceptions générales au principe de liberté de la preuve introduit à l'article précédent.

Le premier alinéa s'inspire de l'actuel article 1341 et est conforme au droit positif. Il énonce que doivent nécessairement être prouvés par un écrit (sous signature privée ou authentique) les actes juridiques portant sur une valeur ou une somme excédant un montant fixé par décret, actuellement de 1 500 €. En effet, l'écrit n'étant pas exigé à titre de validité du contrat, en vertu du principe du consensualisme, la sécurité des transactions rend indispensable l'exigence de la preuve par écrit.

Le second alinéa, également inspiré de l'article 1341, prévoit qu'il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit que par un écrit, et ce quelle que soit la valeur ou le montant sur lequel porte l'obligation en cause, et sa source, acte ou fait juridique.

Les troisième et quatrième alinéas reprennent les articles 1343 et 1344 en modifiant leur formulation pour plus de clarté et de rigueur : celui dont le montant ou la valeur de l'obligation excède le seuil fixé par décret ne peut réduire sa demande pour échapper à l'exigence probatoire d'un écrit sous seing privé ou authentique. Cette règle exclut qu'un artifice procédural permette de contredire une règle de fond trouvant sa raison dans la nécessaire sécurisation des transactions.

L'article 1360 s'inspire du premier alinéa de l'actuel article 1348. Il fixe une règle d'exception au principe lui-même d'exception énoncé à l'article précédent, en cas d'impossibilité de se procurer un écrit. Ce texte ajoute en outre l'usage, consacré de longue date par la jurisprudence, aux causes d'impossibilité de se procurer un écrit.

L'article 1361 rassemble quant à lui les exceptions spéciales à l'article 1359, disséminées aux articles 1347 alinéa 1, 1356 et 1363 du Code civil actuel. En effet, l'usage des moyens de preuve spécifiques que sont l'aveu, le serment et le commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve, permettent de suppléer l'écrit exigé pour la preuve des actes juridiques concernés.

L'article 1362 reproduit les deux derniers alinéas de l'actuel article 1347 qui définit le commencement de preuve par écrit. Le troisième alinéa s'inspire de l'actuel article 1336, mais allège les conditions dans lesquelles la transcription d'un acte sur les registres publics peut servir de commencement de preuve par écrit.

Chapitre III : Les différents modes de preuve

Le chapitre III traite successivement des différents modes de preuve, dont il établit le régime juridique. Ce chapitre est divisé en cinq sections correspondant respectivement à l'écrit, au témoignage, à la présomption judiciaire, à l'aveu, et au serment.

Section 1 : La preuve par écrit

La section 1 relative à l'écrit est subdivisée en six paragraphes consacrés d'abord aux dispositions générales, puis aux dispositions propres à chaque type d'écrit. Par souci de simplicité, l'ordonnance ne retient pas la distinction entre les termes d'acte et d'écrit (correspondant à la distinction classique entre le support écrit de l'acte, dit « *instrumentum* », et l'opération qu'il constate, dit « *negotium* »), et maintient donc les désignations traditionnelles d'acte authentique et acte sous signature privée.

Sous-section 1 : Dispositions générales

La sous-section 1 est consacrée aux dispositions générales qui s'appliquent à tous les écrits détaillés ensuite aux paragraphes suivants.

L'article 1363 consacre tout d'abord dans le Code civil un principe essentiel du droit de la preuve, consacré par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même. Conformément à la jurisprudence la plus récente, la portée de ce principe est limitée à la preuve des actes juridiques.

L'article 1364 introduit ensuite le principe selon lequel la preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée. Ce texte répond à un souci de sécurité juridique, en permettant aux parties de se préconstituer une preuve de leur accord, l'écrit valant alors à titre de preuve, mais non pour la validité de l'acte.

Les articles 1365 et 1366 reprennent les définitions de l'écrit et de l'écrit électronique des articles 1316 et 1316-1 du Code civil actuel, seule la référence aux modalités de transmission, inutile car étrangères à la substance de l'écrit ainsi défini, étant abandonnée pour le premier. L'article 1366 reprend en outre l'affirmation du principe énoncé à l'article 1316-3 selon lequel l'écrit sur support électronique, tel qu'il le définit, a la même force probante que l'écrit sur support papier.



L'article 1367 s'inspire de l'article 1316-4 dont il se contente d'améliorer la formulation dans son premier alinéa définissant la signature. L'alinéa second, strictement identique à celui de l'article 1316-4, ne nécessite aucune modification quant à la définition de la signature électronique et de ses effets juridiques, conformes à l'article 25 du règlement européen n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (eIDAS). En effet, c'est le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique qui devra être modifié, pour préciser que la signature électronique présumée fiable, prévue par le Code civil, est la signature « qualifiée » au sens du règlement.

Enfin, l'article 1368 s'inspire de l'actuel article 1316-2 du Code civil, pour proposer une règle de conflits de preuves.

Sous-section 2 : L'acte authentique

La sous-section 2 détaille en trois articles le régime juridique de l'acte authentique.

L'article 1369 reprend la définition donnée par l'actuel article 1317 en améliorant sa formulation et en intégrant la jurisprudence de la Cour de cassation par l'ajout de l'exigence de qualité de l'officier public à établir l'acte. Ce texte intègre, en outre, en son troisième alinéa la dispense de mention manuscrite prévue à l'actuel article 1317-1.

L'article 1370 est la reprise de l'actuel article 1318, qui rappelle qu'en cas de nullité de l'acte authentique, celui-ci conserve une valeur probante, puisqu'il vaut comme écrit sous signature privée s'il a été signé des parties.

L'article 1371 reformule en le clarifiant l'actuel article 1319 : les énonciations relatives à des faits que l'officier public a constatés par lui-même et dont il a pu vérifier l'exactitude, font foi jusqu'à inscription de faux. A contrario, celles relatives à des faits qu'il n'a pas constatés par lui-même, et non évoquées par le texte, ne font par conséquent foi que jusqu'à preuve contraire. L'alinéa 2 propose un texte adapté aux évolutions de la procédure d'inscription de faux (qui lorsqu'elle est engagée à titre principal, n'exige plus une saisine préalable du juge pénal) et laisse le juge apprécier l'opportunité de suspendre l'exécution de l'acte authentique.

Sous-section 3 : L'acte sous signature privée

La sous-section 3 est ensuite consacrée à l'acte sous signature privée. Ce sont les actes rédigés par les parties elles-mêmes ou par un tiers dépourvu de la qualité d'officier public, en ce compris l'acte contresigné par avocat.

L'ordonnance adopte une terminologie modernisée, puisqu'il remplace l'expression « sous seing privé » par celle de « sous signature privée » pour qualifier les actes juridiques concernés.

L'article 1372 est une reprise de l'actuel article 1322, au terme duquel l'acte sous signature privée fait pleine foi de la convention qu'il renferme. L'assimilation de la force probante de l'acte sous signature privée à celle de l'acte authentique est abandonnée car inexacte, les parties pouvant dénier leur écriture ou leur signature, ou encore rapporter la preuve de l'inexactitude de ses énonciations par la production d'un autre écrit.

L'article 1373 reprend les articles 1323 et 1324 du Code civil actuel qu'il synthétise dans une formulation plus claire, prévoyant qu'il y a vérification d'écriture, dont la procédure est prévue aux articles 287 et suivants du code de procédure civile, lorsqu'une partie désavoue sa signature dans l'acte qui lui est opposé.

L'article 1374 codifie les dispositions des articles 66-3-2 et 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 qui a introduit l'acte contresigné par avocat. Celui-ci est une variété particulière d'acte sous signature privée qui a une force probante accrue. En effet, il fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celles de leurs héritiers ou ayants cause, qui ne peuvent donc plus dénier ou ne pas reconnaître les signatures figurant sur l'acte. Elles ne peuvent pas recourir à la procédure de vérification d'écriture, mais doivent recourir à celle de faux, définie aux articles 299 à 302 du code de procédure civile, qui est distincte de la procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques.

L'article 1375 est inspiré de l'actuel article 1325 du Code civil sur la preuve du contrat synallagmatique. La rédaction est modifiée pour mieux faire apparaître que ce texte pose une condition de preuve et non une condition de validité de cet acte sous signature privée. L'alinéa 1^{er} consacre la jurisprudence de la Cour de cassation dispensant de l'exigence d'une pluralité d'originaux lorsque les parties ont choisi de déposer l'acte entre les mains d'un tiers.

L'article 1376 reprend à droit constant l'article 1326 actuel (relatif aux actes constatant un engagement unilatéral portant sur une somme d'argent ou un bien fongible), dont il modifie légèrement la formulation pour, à l'instar de l'article précédent, lever toute ambiguïté sur le caractère des mentions requises, qui ne sont pas des conditions de validité de l'acte unilatéral mais bien des conditions de preuve. Cette importante disposition est destinée à éviter les abus de blanc seing et à faire prendre conscience au signataire de la mesure de son engagement.

Enfin, l'article 1377 reprend en le modernisant l'article 1328, énonçant les trois événements conférant date certaine à l'acte sous signature privée à l'égard des tiers.



Sous-section 4 : Autres écrits

La sous-section 4 intitulée « Autres écrits » traite des registres des commerçants, des documents domestiques, et des mentions libératoires, qui ne sont pas des actes sous seing privé. Ils permettent de prouver un acte juridique, mais n'ont cependant pas la même valeur que l'acte sous seing privé, puisque la preuve contraire par tous moyens en est admise. L'ordonnance d'ordonnance propose donc de leur consacrer un paragraphe spécifique et d'ajouter un article fixant explicitement cette règle.

Ainsi, l'article 1378 reprend les articles 1329 et 1330 qu'il synthétise et modernise, la référence aux « marchands » étant abandonnée au profit du terme « professionnels », dont les documents et registres font foi à leur encontre, sans que celui qui s'en prévaut ne puisse en diviser les mentions pour n'en retenir que celles qui lui sont favorables.

Ensuite, l'article 1378-1 est une reprise de l'actuel article 1331, dont la terminologie a seulement été légèrement modifiée pour la mettre en cohérence avec la rédaction modernisée de l'ensemble de l'ordonnance. Il fait application du principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à lui-même consacré à l'article 1363 du texte, et prévoit deux cas dans lesquels un écrit domestique fait foi contre son auteur.

L'article 1378-2 concerne quant à lui la valeur probatoire de la mention d'une cause de libération sur un titre original cette fois-ci, et non sur un écrit domestique. Ce texte s'inspirant de l'actuel article 1332 établit une présomption de libération du débiteur du fait d'une mention en ce sens du créancier sur le titre original ou son double, lorsqu'il est entre les mains du débiteur. Il s'agit d'une présomption simple, la mention du paiement ayant pu être portée par erreur.

Sous-section 5 : Les copies

La sous-section 5, composée du seul article 1379, définit et dresse le régime probatoire de la copie d'un acte. En effet, le Code civil ne dispose pour lors d'aucun régime unifié et cohérent de la copie, puisque celle-ci ne fait foi qu'en cas de subsistance de l'original, dont la production peut toujours être exigée. Pourtant l'alinéa 2 de l'article 1348 issu de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 pose une exception « lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support. ». De surcroît, la jurisprudence interprète largement ce dernier texte.

L'évolution des technologies impliquant une conception plus large de l'écrit qui ne se matérialise plus nécessairement sur papier, et conséutivement une multiplication des techniques de reproduction, le régime juridique de la copie devait impérativement être revu.

C'est pourquoi l'article 1379 définit la copie et en fixe la valeur probante en un texte unique, qui pose un nouveau principe selon lequel la copie fiable a la même force probante que l'original, peu important que celui-ci subsiste ou pas, et peu important l'origine, le cas échéant, de la disparition de l'original. L'archivage électronique, enjeu majeur pour les entreprises et administrations, s'en trouvera grandement facilité. La fiabilité de la copie est laissée à l'appréciation souveraine du juge, mais le texte fixe une présomption irréfragable de fiabilité de la copie exécutoire ou authentique d'un écrit lui-même authentique, et une présomption simple de fiabilité pour les autres copies présentant certaines caractéristiques techniques.

La fiabilité d'une copie s'entend des qualités de fidélité à l'original d'une part, et de durabilité dans le temps d'autre part. Si cette fiabilité est irréfragablement présumée pour la copie exécutoire ou authentique d'un écrit lui-même authentique en raison de l'auteur de cette copie, elle ne l'est que simplement pour les autres copies, qui doivent répondre à des critères bien précis pour d'évidentes raisons de sécurité juridique. C'est pourquoi le deuxième alinéa du texte présume fiable jusqu'à preuve du contraire, la copie simple résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte (critère de fidélité à l'original) et dont l'intégrité est garantie dans le temps (critère de durabilité). Les caractéristiques techniques des procédés utilisés, destinés à garantir la fidélité à l'original et la durabilité de la copie, et entraînant le bénéfice de cette présomption, seront définies par décret en Conseil d'état, aux fins de permettre au texte de survivre aux évolutions technologiques futures.

Ce nouveau texte achève de placer sur le même plan l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique, dont le régime juridique, et par conséquent celui de leurs copies, doit être le même, afin de prendre en compte les évolutions technologiques.

En tout état de cause, si l'original subsiste, sa production pourra toujours être ordonnée par le juge, mais sa subsistance ne conditionne plus la valeur probatoire de la copie.

Enfin, l'ordonnance n'ayant pas retenu la distinction entre les termes d'acte et écrit, ces dispositions relatives à la copie seront bien applicables à la preuve d'un fait juridique.



Sous-section 6 : Les actes recognitifs

La sous-section 6, composée du seul article 1380, s'inspire de l'actuel article 1337 dont la rédaction a été simplifiée. Etabli pour reconnaître un droit déjà constaté par un acte antérieur (dénommé, par opposition, acte primordial), l'acte recognitif n'est pas une simple copie, puisqu'il porte, comme le titre ancien, la signature des parties. L'acte recognitif ne fait foi qu'autant qu'il reproduit la teneur de l'acte primordial. Si l'acte primordial est produit et qu'une différence apparaît entre les deux titres, c'est toujours l'acte primordial qui prévaut : ce que l'acte recognitif contient de plus ou de différent n'a aucun effet.

Section 2 : La preuve par témoins

La section 2 se compose du seul article 1381 et porte sur la force probante des témoignages, régulièrement recueillis dans les conditions du code de procédure civile, qui est laissée à l'appréciation du juge. Il s'agit de la consécration d'une jurisprudence bien établie. Il ne faut cependant pas déduire du texte que seraient dénués de toute force probante les témoignages recueillis dans des conditions ne respectant pas les prescriptions du code de procédure civile, qui conservent une force probante, mais nécessairement moindre. La preuve par témoin peut compléter un commencement de preuve par écrit, pour suppléer à l'exigence d'une preuve écrite (cf. supra l'article 1361).

Section 3 : La preuve par présomption judiciaire

La section 3, consacrée à la preuve par présomption judiciaire, est composée de l'article 1382, qui modernise la formulation de l'actuel article 1353. L'expression « appréciation du juge », qui n'en devra pas moins être éclairée et prudente, remplace « les lumières et la prudence » du magistrat auxquelles était « abandonnée » l'appréciation de la présomption non établie par la loi. Le texte encadre la possibilité de prouver par présomptions judiciaires : le juge ne peut les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et seulement lorsque la preuve peut être rapportée par tout moyen.

Section 4 : L'aveu

La section 4 est relative à un type particulier de témoignage, qui est l'aveu.

L'article 1383 propose dans son premier alinéa une définition de l'aveu, aujourd'hui absente du Code civil. La définition retenue par l'ordonnance est une définition doctrinale consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Ensuite, le texte annonce la nature des différents aveux, judiciaire ou extrajudiciaire, objets des articles suivants.

L'article 1383-1 élabore le régime juridique de l'aveu extrajudiciaire en s'inspirant de l'actuel article 1355 du Code civil et en y ajoutant un second alinéa consacrant la jurisprudence en la matière, qui laisse sa valeur probatoire à l'approbation du juge.

L'article 1383-2 porte quant à lui sur l'aveu judiciaire. Il reprend l'actuel article 1356 dont il allège et simplifie la formulation.

Section 5 : Le serment

La section 5 est consacrée au serment, bien que celui-ci demeure rarement usité. L'ordonnance retient le même plan que celui du Code civil actuel.

L'article 1384 commence par distinguer le serment décisoire, déféré par une partie à l'autre, du serment déféré d'office par le juge à l'une des parties. Il sert également d'annonce aux deux paragraphes composant la section, respectivement consacrés au serment décisoire, et au serment déféré d'office. Il s'agit d'une reprise de l'article 1357 actuel, dont la formulation a été simplifiée.

Sous-section 1 : Le serment décisoire

La sous-section 1 est consacrée au serment décisoire qu'une partie peut déférer à l'autre : il s'agit pour une partie de s'en remettre à la parole de l'autre et à sa probité, pour déterminer l'issue du litige.

L'article 1385 est une reprise de l'actuel article 1358, disposant que le serment peut être déféré sur quelque contestation que ce soit. L'ordonnance ajoute qu'il peut être déféré en tout état de cause.

L'article 1385-1 réunit les actuels articles 1359 et 1362 du Code civil, délimitant le domaine factuel du serment, qui ne peut porter que sur un fait personnel de la partie à qui il est déféré ou par qui il est référé.

L'article 1385-2 est une réécriture simplifiée de l'actuel article 1361, sur l'effet du refus du serment par une partie, qui succombe alors dans sa prétention.



L'article 1385-3 réunit les actuels articles 1363 et 1364 du Code civil. Il est relatif à la force probante du serment, qui est absolue : la fausseté du serment ne peut être rapportée.

L'article 1385-4 est une reprise de l'article 1365, à l'exception de la suppression de l'adverbe « néanmoins » qui créait une opposition entre les alinéas 1 et 2 qui sont en réalité indépendants. Il régit les effets du serment en cas de pluralité de débiteurs.

Sous-section 2 : Le serment déféré d'office

La sous-section 2 est consacrée au serment décisoire que le juge peut déferer d'office à une partie.

L'article 1386 combine les articles 1366 et 1368 en abandonnant certaines précisions inutiles. Le texte précise désormais que la valeur probante du serment supplétoire est laissée à la libre appréciation du juge.

L'article 1386-1 est une réécriture simplifiée de l'article 1367, énonçant les cas dans lesquels le juge peut déferer le serment.

Titre II : DISPOSITIONS DE COORDINATION

V. – L'article 5 énumère dans ses 1[°] à 4[°], 7[°] et 10[°] les textes du Code civil opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

Le 5[°] de l'article 5 crée un nouvel article 931-1 pour reprendre les dispositions des actuels articles 1339 et 1340 du Code civil sur la confirmation des donations qui trouvent plus logiquement leur place dans le titre II relatif aux libéralités.

Le 6[°] procède à une modification de fond du chapitre VIII du titre VI du livre III, afin de sortir de son champ d'application le transfert des créances désormais régi par les dispositions spécifiques dédiées à la cession de créance, aux articles 1321 à 1326 de l'ordonnance. Ainsi, la référence à la créance disparaît de l'intitulé du chapitre VIII du titre VI du livre III et des articles 1689 et 1693. Les articles 1692, 1694 et 1695 sont quant à eux abrogés. Enfin, un nouvel article 1701-1 est inséré, disposant explicitement que « Les articles 1689 et 1698 ne s'appliquent pas aux cessions régies par les articles 1321 à 1326 du présent code. »

Le 8[°] supprime ensuite l'article 1964 relatif à la définition du contrat aléatoire, compte-tenu de la nouvelle définition donnée par le second alinéa de l'article 1108.

Le 9[°] déplace la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances introduite à l'article 1244-4 du Code civil par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dans le code des procédures civiles d'exécution, où elle trouve plus naturellement sa place.

VI. – L'article 6 comprend des dispositions assurant la coordination des textes extérieurs au Code civil, opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

Titre III : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

VII. – Les articles 7 et 8 étendent expressément l'application de la présente ordonnance à Wallis-et-Futuna et prévoient les dispositions relatives aux autres collectivités d'outre-mer.

Titre IV : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

VIII. – L'article 9 énonce les dispositions transitoires et finales, afin d'assurer la bonne application dans le temps de la présente ordonnance.

Le premier alinéa fixe la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance au 1^{er} octobre 2016, et l'alinéa suivant rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, afin de ne pas susciter d'interrogation sur ce point : les contrats conclus antérieurement à cette date demeureront soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Toutefois, l'alinéa 3 prévoit quelques exceptions à ce principe. Ainsi, les actions interrogatoires créées par les articles 1123 alinéas 3 et 4, 1158 et 1183, s'appliqueront aux contrats en cours dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance : il s'agit en effet de dispositifs d'ordre procédural destinés à permettre à une partie de mettre fin à une situation d'incertitude, qui ne portent nullement atteinte aux contrats en cours et dont l'emploi est à la discrétion des intéressés.

Enfin, toujours dans un souci de sécurité juridique, le dernier alinéa fixe une règle relative à l'application du droit nouveau sur les litiges en cours au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.



Annexe 2 : BÉNABENT A., AYNÈS L., Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016. 434

La réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve, dont le processus est entamé depuis plus de dix ans, vient de trouver un achèvement par la publication de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 au Journal officiel du 11 février 2016.

Le livre III du Code civil est réécrit, principalement en trois titres nouveaux : les sources des obligations (titre III), le régime général des obligations (titre IV) et la preuve des obligations (titre V).

Ces nouvelles règles entrent en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Elles s'appliqueront aux contrats conclus après cette date, seules trois dispositions s'appliquant immédiatement aux contrats en cours, toutes trois relatives aux interpellations interrogatoires créées par les nouveaux articles 1123, 1158 et 1183.

Il est difficile de déceler dans ce nouvel ensemble une philosophie bien nette des rapports sociaux. C'est plutôt une œuvre de compromis qui puise son inspiration dans la convergence des projets Catala et Terré, ainsi que des Principes européens du droit des contrats (PEDC). Le nouveau texte se veut réaliste et pragmatique, partagé entre le libéralisme (suppression de la cause) et un socialisme tempéré (violence économique, clause abusive), le souci de l'efficacité (rupture unilatérale, fixation et réduction unilatérales du prix, simplification de la cession de créance) et celui de l'équilibre (traitement de l'imprévision).

Nombre d'institutions ignorées jusque-là du code font leur entrée, comme les négociations, l'obligation d'information, la promesse unilatérale et le pacte de préférence, la cession de contrat, la résolution unilatérale, la représentation, les restitutions, la cession de dette... Il s'agit bien souvent d'une consécration à droit constant de la jurisprudence et de la pratique contractuelle, qui se trouvent ainsi stabilisées et publiées, afin de donner du droit français une vue complète et facilement accessible. Mais parfois, la jurisprudence est combattue ou modifiée à l'occasion de son incorporation.

On distinguera les véritables innovations, peu nombreuses mais significatives, des consécrations du droit antérieur modifié à la marge et des maintiens purs et simples. Et cela, que l'on aille de la formation du contrat (I) à ses effets (II), puis aux quasi-contrats (III) et au régime de l'obligation (IV).

I – La formation du contrat

L'ordonnance comporte d'abondantes dispositions relatives à la formation du contrat, là où le code de 1804 était presque muet. En particulier, le processus de formation (offre et acceptation, contrats préparatoires) entre désormais dans le Code civil. En revanche, la classification romaine des obligations (faire, ne pas faire, donner) est totalement bannie.

A – Les innovations

Dispositions préliminaires. Des dispositions préliminaires (art. 1101 à 1111-1) font leur apparition. Elles énoncent trois principes : liberté contractuelle (art. 1102), force obligatoire du contrat (art. 1103) et bonne foi (art. 1104). Le principe de bonne foi dans la formation du contrat est nouveau, et s'ajoute à l'obligation d'information et au dol par réticence. Viennent ensuite les définitions de sept catégories de contrats – la plus innovante étant celle du contrat d'adhésion (art. 1110), au demeurant problématique –, précédées de la réaffirmation de la validité des contrats inconnus (art. 1105).

Cause licite. L'existence d'une cause licite n'est plus une condition de validité de l'obligation contractuelle : seuls suffisent désormais le consentement des parties, leur capacité et un « contenu » licite et certain (art. 1128). Cependant, le contrat ne peut déroger à l'ordre public (exit les bonnes mœurs) par son « but » (art. 1162). Et un contrat à titre onéreux est nul lorsque la contrepartie convenue au profit du débiteur est « illusoire ou dérisoire » au moment de sa formation (art. 1169).

Dans les contrats d'adhésion, toute clause créant un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties, apprécié abstraction faite de l'objet principal du contrat et de l'adéquation du prix à la prestation, est réputée non écrite (art. 1171).

Violence économique. Une nouvelle définition de la violence économique est donnée à l'article 1143, en trois éléments : état de dépendance de la victime, abus déterminant et avantage manifestement excessif.

Rétractation. La rétractation de la promesse unilatérale de contrat (appelée « révocation ») n'empêche pas la formation du contrat promis (art. 1124, al. 2).

Interpellations interrogatoires. Trois interpellations interrogatoires permettent de purger une situation juridique incertaine à la veille de la conclusion du contrat, en demandant au destinataire de prendre parti : en présence d'un pacte de préférence ou d'un soupçon de pacte de préférence (art. 1123, al. 3 et 4) ; en cas de doute sur l'étendue des pouvoirs du représentant (art. 1158) ; en cas de menace d'action en nullité (art. 1183).



B – Les consécrations

Il s'agit de l'organisation légale de créations de la pratique ou de la jurisprudence, sans modification notable, mais avec parfois des précisions permettant de dissiper des flottements jurisprudentiels :

- la liberté de rupture des négociations précontractuelles et l'exclusion de la compensation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu en cas de faute (mais non de celle de la perte de chance, art. 1112) ;
- l'obligation d'information précontractuelle et le régime de la preuve (art. 1112-1), ainsi que l'obligation de confidentialité (art. 1112-2) ;
- la théorie de l'offre et de l'acceptation (art. 1113), le régime de la rétractation de l'offre (art. 1115 et 1116) et de l'acceptation (art. 1118) ; le régime des conditions générales (art. 1119) ; la formation du contrat au lieu et au moment de la réception de l'acceptation (art. 1121) ;
- le pacte de préférence (art. 1123) et la promesse unilatérale de contrat (art. 1124) ;
- le dol par réticence (art. 1137, al. 2) ainsi que le dol commis par un tiers (art. 1138) ; le caractère toujours excusable de l'erreur, même sur la valeur ou le motif, provoquée par un dol (art. 1139) ;
- les règles relatives à la capacité (art. 1145 à 1152) ;
- la théorie de la représentation (art. 1153 à 1161) ;
- une définition large de la déterminabilité de la prestation, objet du contrat (art. 1163, al. 3) ;
- l'admission de l'unilatéralisme dans la fixation du prix, à l'égard des contrats-cadres (art. 1164) et des contrats de prestation de services (art. 1165), et le régime de celui-ci (en particulier, l'obligation de motiver le montant) ;
- la consécration des jurisprudences Chronopost et Faurecia : la clause privant de sa substance l'obligation essentielle est réputée non écrite (art. 1170) ;
- le principe du consensualisme (art. 1172) et les exceptions à ce principe (contrats solennels et contrats réels) ;
- la perpétuité de l'exception de nullité (art. 1185) ;
- la caducité du contrat lorsque vient à disparaître l'un de ses éléments essentiels (art. 1186, al. 1^{er}) ; en particulier, en présence d'un groupe de contrats nécessaires à la réalisation d'une même opération (art. 1186, al. 2 et 3).

C – Les maintiens

Avec ou sans « réécriture contemporaine » et précisions rédactionnelles, on retrouve de très nombreux textes actuels, dont la numérotation et la place ont évidemment changé. On se limitera aux principaux :

- les vices du consentement (erreur, dol, violence), avec quelques précisions issues de la jurisprudence (art. 1130 à 1144) ;
- les règles relatives au contrat conclu par voie électronique (art. 1125 à 1127-6) et aux solennités en ce cas (art. 1174 à 1177) ;
- la théorie des nullités (art. 1178 à 1187), les restitutions relevant désormais du régime de l'obligation (V. infra).

II – Les effets du contrat

Après une reprise concentrée des règles relatives à l'interprétation (art. 1188 à 1192) dont le seul sang neuf est d'ouvrir le droit français à l'interprétation objective par référence à une « personne raisonnable » (art. 1188, al. 2) et d'exprimer explicitement le principe d'interprétation des contrats d'adhésion contre leur rédacteur (art. 1190), l'ordonnance consacre aux effets du contrat cinq sections (art. 1193 à 1231-7), abri très large allant jusqu'à inclure, au-delà de la force obligatoire (art. 1193 s.) et de l'effet relatif (art. 1199), les transferts de propriété (art. 1196 s.), le porte-fort et la stipulation pour autrui (art. 1203 s.), la durée des contrats (art. 1210 s.), la cession de contrat (art. 1216 s.) et les conséquences de l'inexécution (art. 1217 s.).

A – Les innovations

Cette partie comporte trois véritables innovations : l'admission de l'imprévision, celle de l'« exceptio timoris » et celle de la réduction du prix parmi les sanctions d'une exécution imparfaite.

L'imprévision (art. 1195). Elle est définie comme un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution « excessivement onéreuse » et ouvre une série de réactions graduées : d'abord une renégociation sans suspension d'exécution ; puis, en cas d'échec ou de refus, la possibilité de choisir en commun soit une résolution conventionnelle, soit une saisine conjointe du juge pour qu'il « adapte » le contrat ; enfin, après un « délai raisonnable », saisine unilatérale du juge qui peut « réviser le contrat ou y mettre fin ».

L'« exceptio timoris » (art. 1220). Inspirée des Principes européens (art. 9 : 201), elle consiste à faire jouer l'exception d'inexécution à titre préventif : lorsqu'il « est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas »,



une partie peut lui notifier qu'elle « suspend » l'exécution de sa propre obligation. Le texte n'en dit pas plus, ce qui renvoie à l'exception d'inexécution classique, toujours provisoire et soulevée aux risques et périls de son auteur.

La réduction du prix (art. 1223). Elle apparaît comme une sorte de généralisation de l'action estimatoire de l'actuel article 1644 : une exécution imparfaite peut être acceptée en contrepartie d'une réduction de prix, « sollicitée » avant paiement ou « notifiée » après paiement, qui doit être « proportionnelle » (sous le contrôle éventuel du juge qui devra ainsi quantifier un déficit de qualité).

B – Les consécrations

Effet translatif. L'effet translatif de tout contrat transférant la propriété d'un bien (art. 1196 s.) est précisé à la fois quant à sa date (transfert « solo consensu » généralisé : art. 1196), quant à ses conséquences (transfert des risques et obligation de conserver : art. 1196 et 1197), et quant aux concours entre acquéreurs successifs (« prior bona fide, potior tempore », renversant la jurisprudence actuelle en matière immobilière : art. 1198).

Durée du contrat (art. 1210 s.). Elle donne lieu à une explication claire et pédagogique des règles de droit positif : les notions sont définies (prorogation, renouvellement, tacite reconduction), le principe de prohibition des engagements perpétuels affirmé et sa sanction, maltraitée en jurisprudence, enfin clarifiée (traitement en contrat à durée indéterminée : art. 1210).

Cession de contrat. Elle fait son entrée dans la loi (art. 1216 s.) avec un régime général précisant qu'elle porte sur la « qualité de partie au contrat », qu'elle exige un écrit à peine de nullité, qu'elle doit recevoir l'accord – et non le consentement – de l'autre partie (qui peut être anticipé) et qu'elle ne libère le cédant pour l'avenir qu'avec le consentement exprès du cédé.

Exception d'inexécution (art. 1219). Elle est consacrée avec la précision qu'elle ne peut répondre qu'à une inexécution « suffisamment grave » (seul le rapport au président de la République mentionnant un caractère proportionné qui évoquerait une exception partielle).

Exécution forcée en nature (art. 1221 s.). Consacrée dans ses deux versions (par le débiteur ou par remplacement), elle fait l'objet d'une dérogation nouvelle (inspirée de l'art. 9 : 102 PDEC) lorsqu'existe « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

Résolution du contrat (art. 1224 s.). Elle fait l'objet d'une refonte regroupant clause résolutoire, résolution unilatérale et résolution judiciaire, ces deux dernières subordonnées à une « inexécution suffisamment grave ». Est ainsi notamment consacrée la résolution unilatérale, après mise en demeure et sur notification (art. 1226).

Les effets de la résolution sont précisés et clarifiés (art. 1229), en particulier quant à sa date (avec un cantonnement de la rétroactivité qui justifie le maintien du terme de résiliation).

C – Les maintiens

Force obligatoire. Le célèbre article 1134 actuel est maintenu mais éclaté, ses trois alinéas se retrouvant aux nouveaux articles 1103, 1104 et 1193.

Effet relatif. L'actuel article 1165 est repris à l'article 1199 et complété à l'article 1200 (la situation juridique issue du contrat s'impose aux tiers).

Simulation. Le régime des contre-lettres et dessous de table est repris aux articles 1201 et 1202.

Porte-fort. L'article 1204 complète peu le régime actuel (seul le rapport au président de la République distinguant, mais pour les assimiler, porte-fort de conclusion, de ratification et d'exécution).

Stipulation pour autrui. Les articles 1205 à 1209 développent (sans nouveauté de fond) la description du mécanisme.

Force majeure. L'article 1218 (à relier aux art. 1351 et 1351-1) synthétise la définition moderne, et envisage les conséquences de l'empêchement, selon qu'il est temporaire ou définitif.

Responsabilité contractuelle. Reprise à droit constant aux articles 1231 et suivants, avec regroupement des dispositions sur la clause pénale (art. 1231-5).

III – Les quasi-contrats

Après un simple changement de numérotation pour la responsabilité délictuelle et les articles 1382 et suivants (devenus art. 1240 s.), l'ordonnance consacre aux quasi-contrats les articles 1300 à 1303-4.

Enrichissement injustifié. L'entrée dans le code de l'enrichissement injustifié (art. 1303 s.) ne relève pas de l'innovation mais de la simple consécration de la jurisprudence (deux précisions : la faute de l'appauvri n'a qu'un effet modérateur et la mauvaise foi de l'enrichi (?) change le calcul de l'indemnité : art. 1303-2 et 1303-4).

Gestion d'affaires (art. 1301 s.). Elle est reprise à droit constant, avec un ancrage accru sur le mandat.

Paiement de l'indu (art. 1302 s.). Il l'est pareillement, allégé pour ses effets par un renvoi au bloc de règles générales régissant les restitutions (art. 1352 s.).



IV – Le régime général des obligations

Après avoir recentré le titre III du livre III du code sur les sources des obligations, l'ordonnance consacre le titre IV à leur régime général, auquel est annexé un titre IV bis relatif à leur preuve. Sont successivement traités :

- les modalités des obligations (condition, terme, pluralité d'objets ou de sujets : art. 1304 à 1320) ;
- les opérations sur obligation (cessions de créance et de dette, novation, délégation : art. 1321 à 1340) ;
- les actions ouvertes au créancier (actions obliques, paulienne, directe : art. 1341 à 1341-3) ;
- l'extinction des obligations (paiement, subrogation, compensation, confusion, remise de dette, impossibilité d'exécution : art. 1342 à 1351-1) ;
- les restitutions (art. 1352 à 1352-9) ;
- la preuve des obligations (art. 1353 à 1386-1).

A – Les nouveautés

C'est sur cinq points que se porte l'attention dans cette partie de la réforme : la suppression de l'effet rétroactif des conditions suspensives, la simplification de la cession de créance, l'apparition de la cession de dette, le remplacement des offres réelles par une mise en demeure du créancier et la création d'un bloc de règles sur les restitutions.

Obligation conditionnelle (art. 1304 s.). Elle fait l'objet d'une réécriture qui n'innove que sur un point : l'accomplissement de la condition suspensive rend l'obligation pure et simple et n'opère donc plus rétroactivement, sauf clause contraire (art. 1304-6), recul de la fiction de la rétroactivité dont le souci s'est déjà traduit dans le régime de la résolution (art. 1229).

Cession de créance (art. 1321 s.). Elle est simplifiée par suppression de la fameuse signification de l'article 1690 actuel. Il faut un écrit ad validitatem, dont la date s'impose tant entre les parties qu'envers les tiers, hormis le débiteur pour qui l'opposabilité est subordonnée à une notification ou une prise d'acte.

Pour le reste (exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire, garantie due à celui-ci par le cédant), c'est le droit positif qui est reconduit, étant souligné que le retrait litigieux n'est nullement supprimé (maintien des art. 1699 à 1701).

Cession de dette (art. 1327 s.). La cession de dette, qu'il vaut sans doute mieux appeler « reprise de dette », fait son apparition dans le code. Protection du créancier oblige, la symétrie avec la cession de créance se limite à la dénomination : l'accord du créancier est nécessaire (art. 1327) et le débiteur initial reste tenu solidairement, sauf décharge expresse (art. 1327-2).

Est aussi précisé le régime des exceptions opposables par le débiteur substitué (art. 1328), tout comme le sont des sûretés (art. 1328-1).

Remplacement des offres réelles par une mise en demeure du créancier (art. 1345 s.). Cela constitue une véritable création simplificatrice et énergique pour vaincre « l'obstruction » du créancier qui refuse son paiement : une mise en demeure restée deux mois sans effet, et voici le débiteur autorisé à séquestrer la chose due (à la Caisse des dépôts pour les fonds, chez un professionnel pour les meubles), ou tout simplement libéré pour les autres obligations (c'est-à-dire les prestations de services).

Restitutions (art. 1352 s.). Elles font l'objet bienvenu d'un corps de règles ayant vocation à une application générale, quel que soit le titre auquel sont dues des restitutions (annulation ou résolution du contrat, répétition de l'indu, voire action rédhibitoire, etc.).

Ce corps reprend essentiellement les règles qui étaient énoncées pour la répétition de l'indu, augmentées de celles dégagées cahin-caha par la jurisprudence, à l'exception remarquable de la valeur de la jouissance de la chose, qui doit désormais être prise en compte (art. 1352-3).

B – Les consécrations

Il n'y a guère à mentionner à ce chapitre que la subrogation légale (art. 1346) qui fait l'objet d'une définition élargie consacrant son extension jurisprudentielle à ceux qui étaient virtuellement tenus envers le créancier : c'est le critère de « l'intérêt légitime » à payer qui suffit à déclencher la subrogation légale dès lors que le paiement a libéré en tout ou partie le débiteur final.

C – Les maintiens

C'est sans doute dans cette partie qu'ils sont les plus nombreux, avec quelques réécritures, et l'on ne peut ici les mentionner que pour mémoire :

- le terme (art. 1305 s.) ;



- la pluralité d'objets (art. 1306 s.) énumérant obligation cumulative (art. 1306), alternative (art. 1307 s.) et facultative (art. 1308), véritable alliance de mots désignant une obligation substituable au gré du débiteur ;
- la solidarité, active ou passive (art. 1310 s.) ;
- l'indivisibilité (art. 1320) renommée obligation « à prestation indivisible » ;
- la novation (art. 1329 s.) ;
- la délégation (art. 1336 s.) ;
- l'action oblique (art. 1341-1) ;
- l'action paulienne (art. 1341-2) ;
- l'action directe (art. 1341-3) ;
- le paiement (art. 1342 s.) ;
- la subrogation conventionnelle par le créancier ou par le débiteur (art. 1346-1 s.) ;
- la compensation (art. 1347 s.) ;
- la confusion (art. 1349) ;
- la remise de dette (art. 1350) ;
- les intérêts légaux (art. 1231-6 s.) ;
- le droit de la preuve (art. 1353 s.).

En guise d'annexe, on trouvera une première liste (sans doute incomplète) des renversements de jurisprudence résultant des nouveaux textes.

Quelques abandons de jurisprudence

Solution jurisprudentielle	Nouvelle disposition
Rétractation du promettant	
Obstacle à la formation du contrat	N'empêche pas cette formation (art. 1124)
Imprévision	
Refus de prise en compte	Renégociation et révision (art. 1195)
Acquéreurs successifs du même immeuble	
Premier publié, même de mauvaise foi	Priorité subordonnée à la bonne foi (art. 1198)
Excès de pouvoir du mandataire	
Action réservée au pseudo-représenté	Action ouverte au tiers contractant (art. 1156)
Engagements perpétuels	
Sanction : nullité	Sanction : ouverture du droit à résiliation (art. 1210)
Enrichissement injustifié	
Faute de l'appauvri : privation de toute indemnité	Simple minoration de l'indemnité (art. 1303-2)
Restitutions	
Refus de toute indemnité pour la jouissance	Droit à restitution pour la jouissance (art. 1352-3)

Annexe 3 – MEUNIER G., Droit des contrats : les enjeux d'une réforme : D. 2016, p. 416

Droit des contrats : les enjeux d'une réforme¹ !

Guillaume Meunier, Sous-directeur du droit civil, Direction des affaires civiles et du Sceau

L'essentiel

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient d'être publiée au Journal officiel du 11 février.

1. Les propos exprimés n'engagent que l'auteur.



Pourquoi cette réforme a-t-elle suscité tant de débats ?

Le contraire aurait été étonnant, voire inquiétant. Deux motifs peuvent être avancés.

Le premier tient à la méthode employée par la réforme. Le recours à l'article 38 de la Constitution a beaucoup été commenté, voire critiqué, mais l'Assemblée nationale a, in fine, habilité le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance. La Chancellerie a pu ainsi procéder à une consultation publique, permettant à la direction des affaires civiles et du Sceau de bénéficier de nombreuses contributions écrites, et de s'entretenir avec des représentants des entreprises ou encore des professions juridiques. Le travail interministériel, particulièrement efficace, puis l'examen du projet gouvernemental par le Conseil d'État ont permis, je l'espère, d'aboutir à un texte à la hauteur de l'enjeu.

Le second motif tient bien évidemment à l'objet même de la réforme. Depuis les annonces faites à l'occasion du bicentenaire du code, et surtout depuis les travaux des groupes menés par Pierre Catala et, plus récemment, par le professeur François Terré, la réflexion n'avait pas, jusqu'à présent, abouti. Il a donc fallu, à compter de 2012, non seulement parachever un projet global de réforme du droit des obligations, mais aussi remobiliser des énergies employées, jusque-là, sans résultat. Car c'est finalement dans le cadre du vaste chantier de simplification lancé par le président de la République, et des travaux de modernisation de la justice entamés par Christiane Taubira, qu'il a enfin été décidé de lancer une réforme parfois injustement présentée comme un exercice théorique, alors même que l'efficacité du droit des contrats est un élément clé du parangonnage dont les systèmes juridiques sont constamment l'objet. L'importance des contributions, et l'ampleur de la controverse qui a suivi le lancement de nos travaux illustrent non seulement la vitalité de la réflexion juridique en France, mais également et surtout la conscience de chacun du caractère historique de la réforme. Si l'on ne doit toucher aux lois que d'une main tremblante, alors que dire des textes du Code civil relatifs au droit des obligations... Parce qu'ils constituent le socle commun des nombreux droits spéciaux, parce que le droit des obligations est l'une des matières fondamentales de l'enseignement juridique, tout juriste, de l'étudiant au plus chevronné, a un avis sur la question...

Quelles modifications du projet ont été apportées suite à la consultation lancée par le ministère de la justice ?

Le projet d'ordonnance du gouvernement a tenu compte des retours de la consultation ouverte sur le site internet du ministère de la justice du 25 février au 30 avril 2015. Le bureau du droit des obligations de la direction des affaires civiles et du Sceau a analysé, hors courriels adressés par des particuliers, plus de 300 contributions, représentant plus de 3 200 pages (provenant d'universitaires, de professionnels ou représentants des professions du droit, d'entreprises, d'institutions ou associations diverses), auxquelles il faut bien sûr ajouter les publications représentant plus de 2 300 pages de doctrine. Je tiens d'ailleurs à saluer les nombreux contributeurs qui se sont pliés à un certain formalisme (commentaires par article, assortis de propositions de rédactions) pour nous faciliter la tâche. Le texte soumis à consultation a donc évolué, sans qu'il soit possible, ici, de lister de façon exhaustive tous les amendements dont il a fait l'objet. En fin de compte, nous avons notamment enrichi le projet d'articles préliminaires sur les sources d'obligations. La définition du contrat a évolué, se recentrant autour de la création d'obligations, et un article destiné à clarifier l'articulation entre droit commun et droit spécial a été introduit. Sans surprise, les articles relatifs au devoir d'information, aux clauses abusives, à l'imprévision ont fait l'objet d'une attention toute particulière, de même que les textes relatifs aux cessions de créance, de dette et de contrat, dont le régime a été complété et précisé. L'analyse du Conseil d'État s'est bien évidemment concentrée sur les sujets sensibles déjà évoqués. Son intervention a par ailleurs conduit à remodeler diverses dispositions, sans compter le renforcement de la qualité formelle du texte. Sont ainsi précisés dans le texte définitif le régime de la caducité, de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence, ou encore celui des exceptions en matière de compensation. Est aussi affirmé, dès les dispositions liminaires, le principe de force obligatoire du contrat.

Quand ce nouveau droit s'appliquera-t-il ?

Le nouveau droit des contrats entrera en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2016. Des dispositions transitoires sont prévues, aux termes desquelles les contrats conclus avant cette date demeureront soumis à la loi ancienne. Les instances introduites antérieurement également. Seule exception à la survie momentanée du code Napoléon : les actions interrogatoires, applicables dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Il reste donc quelques mois pour se familiariser avec le texte, étant précisé que le Parlement devra rapidement être saisi d'un projet de loi de ratification.



Annexe 4 – BARBIER H., Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 : RTDciv. 2016. 247

L'essentiel

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations modifie en profondeur le droit commun des contrats. Poursuivant les buts complémentaires d'équilibre et d'efficacité, le législateur remodelle la liberté contractuelle, la force obligatoire et l'exigence de bonne foi. Il donne ainsi au droit commun une place nouvelle, fait évoluer les ressorts principaux du contrat, et, ce faisant, laisse de nouvelles marges de manœuvre aussi bien aux contractants qu'au juge.

Loin de la rédaction du Code civil à quatre plumes, la réforme du droit des obligations par ordonnance du 10 février 2016 est un texte écrit à mille et une mains, issue des avant-projets français des groupes Catala et Terré mais aussi des codifications doctrinales européennes et internationales (1), puis de l'ample consultation de divers professionnels du droit et de la remontée de certaines revendications sectorielles et professionnelles. Sans doute aura-t-on quelque mal à trouver un esprit d'ensemble (2). Le texte n'est cependant pas un manteau d'arlequin et présente tout de même une cohérence certaine, une ligne, issue naturellement des objectifs déclarés de la réforme, mais plus profondément de son esprit sous-jacent.

Les objectifs déclarés de la réforme : sécurité juridique et attractivité du droit français – Le rapport au président de la République accompagnant la réforme fait de la sécurité juridique le premier objectif de celle-ci (3). Il n'est atteint que si l'on veut bien assimiler la sécurité juridique à l'une seulement de ses branches qu'est la lisibilité et l'accessibilité du droit. Reste que ce n'est pas uniquement parce qu'un droit est lisible et accessible qu'il est sûr. Bien que l'énoncé et l'ordonnancement des principales règles applicables au contrat dans un corpus légal fassent incontestablement partie des bonnes méthodes pour y parvenir, la sécurité juridique réside avant tout non pas dans la visibilité des sources mais dans la prévisibilité des normes. Or que le contrat français soit désormais doté d'un régime marqué par la prévisibilité et la certitude, cela reste à démontrer, à construire en tout cas. Ce d'autant plus que, sans même évoquer encore les points d'incertitude charriés par certains des nouveaux textes, toute réforme législative, orpheline de jurisprudence, ouvre per se une période d'insécurité dans l'attente de l'application des nouveaux textes.

Le constat d'un objectif partiellement atteint vaut également pour le second affiché par le rapport, celui du renforcement de l'attractivité du droit français (4). Il est clair en effet que l'introduction notamment du réputé non écrit des clauses abusives ou d'un nouveau cas de nullité du contrat pour abus de dépendance, suscite la défiance de nombreux praticiens et attise le risque d'élection d'autres lois que la nôtre. Néanmoins la consécration d'autres mécanismes les séduira davantage. Ainsi de la très attendue reconnaissance de l'exécution forcée des promesses de contrat et plus largement du nouvel arsenal des sanctions à la disposition du créancier déçu.

L'esprit sous-jacent : équilibre et efficacité – Outre ses objectifs déclarés, pour comprendre les principaux ressorts de la réforme, il faut donc rechercher l'esprit plus profond dont elle est animée. Celui-ci n'est d'ailleurs guère cryptique mais identifiable par chacun. C'est manifestement le souci de l'équilibre contractuel qui sous-tend le plus fortement l'ordonnance. L'équilibre du contenu du contrat est visé à premier titre, au travers de la sanction de l'abus de dépendance et des clauses abusives, et garanti dans la durée par la consécration de la révision contractuelle ou judiciaire du contrat pour imprévision. Est également recherché l'équilibre de l'information – la transparence est en effet très présente dans la réforme – assuré principalement par la formulation d'une obligation générale d'information et plus indirectement par les actions interrogatoires en matière de pacte de préférence et de représentation, ainsi que par les obligations de motivation qui parsèment le texte. Enfin, l'équilibre des sanctions contractuelles est introduit, incarné par le refus de l'exécution forcée trop coûteuse pour le débiteur au regard de son intérêt pour le créancier. Un tel mouvement trouve néanmoins son contrepoint dans l'autre visée de la réforme, celle de l'efficacité du contrat ainsi équilibré. L'exécution forcée du contrat est tout de même promue de manière générale au travers de l'exécution forcée des promesses et de la disparition de la tripartition des obligations qui la fragilisait plus généralement. La progression de l'unilatéralisme des sanctions contractuelles est spectaculaire qui concerne désormais non seulement la résolution mais aussi la réduction du prix du contrat et le remplacement du débiteur. Pour finir, les nouvelles marges d'anticipation sont intéressantes, exception d'inexécution anticipée en tête.

La réforme tient au fond en quelques mots. Le créancier d'un contrat équilibré est un créancier heureux. La constitution de la créance est plus difficile qu'auparavant, mais son paiement (ou d'ailleurs son extinction sans paiement mais par réduction ou remplacement), davantage protégé. Puisque le nouvel article 1103 reprend la belle formulation de l'ancien article 1134, alinéa 1 (5), disons que le « légalement formé » qui conditionne la force du contrat s'est gonflé de pièges, mais ensuite la « loi » dont il tient lieu est féroce et armée de sanctions de justice privée au bénéfice du créancier qui tient lieu de juge.



Liberté contractuelle, force obligatoire, bonne foi, repensés à l'aune de l'équilibre et l'efficacité – Sans doute ne faut-il pas percevoir l'affichage de ces trois piliers du contrat en tête du nouveau corpus comme un véritable rehaussement de leur rôle. Ils sont plutôt redimensionnés à la lumière de l'esprit de la réforme.

La liberté contractuelle d'abord, dans ses trois ramifications. La liberté de conclure ou non un contrat bénéficie désormais, équilibre oblige, d'une garantie supplémentaire en la présence de la nullité pour abus de dépendance qui enrichit la sanction des contrats déséquilibrés, extorqués plutôt que consentis (6). La liberté de choisir son cocontractant est pour sa part scellée, efficacité oblige cette fois, par la possibilité de l'exécution forcée des pactes de préférence et promesses. Quant à la liberté de choisir le contenu de son contrat, elle reçoit un traitement quelque peu ambivalent. Elle est encadrée, équilibre oblige de nouveau, par le réputé non écrit des clauses abusives dans les contrats d'adhésion, sanction en théorie réductrice de la liberté de choisir le contenu du contrat, mais qui promeut en creux le processus de négociation et donc la naissance d'une liberté contractuelle plus concrète et effective (7).

Force obligatoire ensuite. Son remodelage est particulièrement appuyé. Le souci d'équilibre la sacrifie au profit de la protection accrue du débiteur, ce dont témoigne la révision du contrat pour imprévision, et le souci d'efficacité la sacrifie au profit de la protection accrue du créancier, comme l'illustrent l'admission de l'exception d'inexécution anticipée et la réduction unilatérale du prix du contrat partiellement exécuté. Succombant à l'équilibre des dettes et à l'efficacité des créances, le contrat, et avec lui sa force, est relégué derrière les obligations qu'il fait naître et qui constituent le point d'appui des principales innovations de la réforme. Néanmoins cette emprise de l'obligation sur le régime du contrat tout entier a parfois du bon pour la force obligatoire de celui-ci. L'essor d'une notion relativement unitaire d'obligation, issue de la suppression de la division tripartite des obligations (8), a partie liée avec la promotion d'ensemble de l'exécution forcée, bras armé de la force obligatoire du contrat (9).

Bonne foi enfin. Sans doute est-il bien difficile de nier la progression de la bonne foi dans la réforme. Proclamée d'ordre public à tous les stades du contrat – négociation, formation, exécution – elle gagne du terrain aussi dans son autre signification, celle de l'ignorance légitime d'une personne, pour trancher notamment les conflits de droits successifs (10) ou pour obtenir la nullité du contrat passé par un représentant sans pouvoir (11). Néanmoins, on ne manquera pas d'observer qu'à la faveur de la mise en place d'instruments spécifiques de rééquilibrage du contrat, la bonne foi perd une partie de ses implications pratiques dans la mesure où l'obligation d'information, initialement largement rattachée par la jurisprudence à la bonne foi, en est finalement détachée par l'édition d'un texte spécial (12), de même que l'obligation de renégociation du contrat en cas d'imprévision, elle aussi ponctuellement reconnue naguère par quelques arrêts précurseurs sur le même fondement de la bonne foi. L'autonomisation de ces mécanismes à l'égard de l'exigence de bonne foi soulèvera d'intéressantes questions. Même hors du champ de l'obligation générale d'information, peut-on concevoir une obligation d'information résidant seulement dans le devoir de bonne foi ? Et surtout, l'obligation de renégociation se résume-t-elle au cas du changement de circonstances imprévisible énoncé par le nouvel article 1195, ou bien la bonne foi oblige-t-elle aussi, dans des cas où le changement de circonstances n'était pas imprévisible, à renégocier les contrats mais sans spectre de révision judiciaire ?

On le voit, cette réforme est bien une réforme en profondeur de notre droit, porteuse d'une forte évolution du droit commun du contrat, et avec elle, de nouvelles marges de manœuvres pour le juge et les contractants.

I – Évolution du droit commun du contrat

Le foisonnement des nouvelles règles conduit à modifier la fonction occupée jusqu'à présent par le droit commun. Au-delà, c'est naturellement la conception du contrat qui évolue.

A – Évolution du droit commun

Le fort enrichissement du contenu du droit commun des contrats par de nombreuses règles nouvelles aboutit à en modifier la fonction (13). Un droit commun économe en dispositions a une prédisposition naturelle à la subsidiarité et à l'impérativité car il se conçoit comme un socle minimal applicable à tout contrat.

Cependant, l'irruption de nombreuses règles nouvelles bouleverse cette conception. D'une part, en raison de textes nécessairement voisins voire jumeaux de ceux qui contiennent les droits spéciaux, la place initialement subsidiaire du droit commun dévie inévitablement vers une mise en concurrence du droit commun et du droit spécial. D'autre part, un droit commun riche en règles ne peut plus guère se penser comme un socle minimal impératif mais laisse place à une gradation plus variée qui obligera le juge à distinguer depuis la pure supplétivité jusqu'à l'ordre public international français.



1. Subsidiarité ou concurrence avec le droit spécial ?

Intégration dans le droit commun des principaux mécanismes protecteurs des droits spéciaux – Le droit commun étant resté jusqu'à présent applicable au contrat dans sa généralité, c'est au droit spécial qu'est revenu le rôle d'ajouter des protections propres à tel ou tel contrat spécial ou domaine spécial (par ex. les fameux art. L. 111-1 et L. 132-1 c. consom. ou L. 330 ou L. 442-6 c. com.).

La réforme modifie profondément les choses en procédant par extrapolation du droit spécial, généralisé en droit commun. La nouvelle nullité du contrat pour abus de dépendance est en effet issue d'une sorte de combinaison des articles L. 420-2, alinéa 2 et L. 442-6, I, 1°, du code de commerce en droit de la concurrence et de la sanction de l'abus de faiblesse en droit de la consommation. Le réputé non écrit des clauses abusives est tiré en premier lieu du droit de la consommation. La sanction de réduction du prix est un dérivé unilatéral de la réfaction des ventes commerciales et de celle des contrats de consommation (14). Quant à la révision pour imprévision, certes moins directement issue du droit spécial, elle y trouve ses antécédents en droit privé positif français, notamment depuis la loi Hamon du 17 mars 2014 pour les contrats affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires (15) (sans compter naturellement le droit administratif que l'on osera qualifier ici de droit spécial !).

De la subsidiarité à la concurrence entre droit commun et droits spéciaux – C'est sans doute en pleine conscience de cette nouvelle difficulté que le législateur a éprouvé le besoin d'affirmer dans un article 1105 du Code civil que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières à certains contrats (16). On peut y voir l'aveu de ce que cette articulation ne va plus sans dire (17).

Doit-on en effet mécaniquement en déduire que le nouvel article 1171 relatif aux clauses abusives ne doit pas jouer dès lors que le plaigneur est un consommateur face à un professionnel car seul l'article L. 132-1 du code de la consommation et ses textes satellites doivent s'appliquer ? Ou encore que lorsqu'il existe une obligation spéciale d'information, l'obligation générale d'information est évincée ? Ou bien que si les conditions de l'abus de dépendance économique en droit de la concurrence sont réunies, l'article 1143 du Code civil sur la violence économique ne peut s'appliquer ? Ou encore que lorsque les conditions de renégociation pour imprévision du contrat ayant trait à des matières agricoles ou alimentaires sont réunies, le jeu du nouveau dispositif général de l'article 1195 est écarté ? etc.

Un premier élément de réponse réside dans le fait de savoir si la règle spéciale a réellement le même objet que la règle générale et si les deux sont incompatibles. À défaut, il n'y a pas dérogation mais enrichissement du droit commun par le droit spécial (18).

Cependant, à supposer une réelle identité d'objet de ces règles, que faire alors lorsque le droit commun est plus protecteur que le droit spécial ? (en cas notamment de régime plus strict ou de prescription abrégée des droits spéciaux) (19). Il n'est pas évident que l'on puisse écarter le droit commun d'un revers de main. Les contractants ne doivent-ils pas trouver en lui un socle minimal de protection, qui, par une sorte d'effet cliquet, ne pourrait être déjoué par le droit spécial plus ancien et finalement moins protecteur (20) ?

Quelle que soit la réponse finalement apportée, de nouveaux défis stratégiques sont lancés aux plaigneurs. Dans le cas où la protection spéciale écartera la protection générale, les plaigneurs devront veiller à ne pas se tromper de fondement et respecter scrupuleusement le champ d'application du droit spécial (21). Néanmoins c'est le cas inverse qui sera le plus intéressant, celui de l'application concurrenante du dispositif de droit commun et de droit spécial. Le plaigneur ne devra pas d'abord, comme on l'enseigne habituellement, consulter le droit spécial et à défaut de disposition se plonger dans le droit commun, mais comparer les deux systèmes de protection pour déterminer lequel sert au mieux ses intérêts (22). Par où l'on voit que le mode de raisonnement juridique en matière contractuelle évoluera avec la réforme.

Naturellement, la possibilité d'articuler des demandes principales et subsidiaires devrait permettre aux plaigneurs de couvrir ces difficultés. Reste qu'il faudra bien veiller à utiliser cette souplesse procédurale. Au demeurant, celle-ci ne peut être en elle-même une réponse satisfaisante aux incertitudes d'articulation des nouveaux textes avec le droit spécial préexistant.

2. Caractère supplétif ou impératif ?

Les contours de l'ordre public – À l'opposé du socle minimal de règles pour la plupart impératives posées par le Code civil de 1804, le foisonnement des nouvelles dispositions ne peut manquer de poser la question de leur caractère supplétif ou impératif. Là encore, c'est sûrement en pleine conscience de cette difficulté que la Chancellerie a tenté de donner une ligne directrice en énonçant que les dispositions qui ne sont pas expressément énoncées comme impératives ont un caractère supplétif (23). Pourtant, il apparaît bien vite qu'une telle indication n'est pas pleinement opératoire.

Certes, le législateur a pris soin d'imprimer la marque de l'ordre public à certains textes particulièrement emblématiques de la réforme, comme l'exigence de bonne foi (art. 1104) ou le devoir d'information (art. 1112-1).



Cependant on voit mal certaines dispositions, pourtant non expressément affirmées comme d'ordre public, être purement supplétives. Ainsi de la soumission de la prise d'effet des conditions générales à leur acceptation (24), du jeu des vices du consentement, etc. Certaines dispositions portent au contraire clairement le sceau du supplétif, comme l'article 1195 relatif à la révision du contrat pour imprévision, qui laisse néanmoins en suspens la question cruciale de savoir quelles sont les clauses qui devront être analysées comme exclusives du mécanisme légal et non comme cumulatives (25).

Reste qu'un doute réel persiste pour nombre de textes. Notamment, la caducité de l'offre au décès de l'offrant peut-elle être écartée par la mention de sa transmissibilité à cause de mort (26) (quid au passage de l'offrant personne morale) ? La résolution judiciaire est-elle d'ordre public (27) ? L'impossibilité de demander l'exécution forcée en cas de disproportion de son coût au regard des intérêts du créancier peut-elle être écartée par une clause d'exécution « coûte que coûte » (28) ? Et réciproquement, maintenant que l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente est possible, peut-on prévoir une « clause Cruz » (29) revenant contractuellement à la fameuse solution inverse posée par la Cour de cassation (30) ? Nombre d'autres questions de ce type se poseront sans doute bientôt.

Et l'ordre public international ? – La difficulté grandit encore lorsqu'on l'élève à l'échelle des contrats internationaux. Les nouvelles protections formant les piliers de la réforme sont-elles édictées à titre de loi de police ou encore d'ordre public international ?

L'obligation de bonne foi est-elle d'ordre public international ? Et quid de l'obligation générale d'information, ou de la nullité de la clause qui prive de substance une obligation essentielle (31), ou encore du réputé non écrit des clauses abusives (32) ?

Au-delà du contenu même des nouvelles règles issues de la réforme, lequel a pu faire douter d'un réel gain d'attractivité du droit français, c'est aussi voire surtout leur caractère supplétif ou impératif, et dans ce dernier cas d'ordre public seulement interne ou international, qui déterminera ce gain. C'est dire que le juge, chargé de révéler ce degré d'impérativité, jouera un rôle fondamental dans la balance finale de l'attractivité de notre futur droit des contrats.

B – Évolution du contrat

Au vu de la richesse des évolutions traversant la réforme, c'est sans visée d'exhaustivité que seront mises en lumière deux évolutions majeures du contrat. Pour la première fois est tissé un lien entre contenu du contrat et modalité de négociation de celui-ci d'un côté, entre force obligatoire du contrat et acceptation des risques de l'autre.

1. Le contenu du contrat influencé par ses modalités de négociation

La négociation, nouvelle notion structurante du contrat – Le consentement a longtemps été la pierre angulaire de notre droit des contrats, traduction en acte de la liberté contractuelle. Il ne l'est plus, ou plus exclusivement du moins, voyant sa place reléguée au profit d'une autre notion qui gagne en importance, celle de négociation. Longtemps restées à la lisière du droit des contrats, les négociations précontractuelles oubliées du Code civil et les renégociations durant l'exécution du contrat peu goûtables par la jurisprudence, connaissent une promotion tout à fait spectaculaire et incarnent désormais une liberté contractuelle plus pleine et effective, celle non seulement de choisir de contracter ou non et de choisir son cocontractant, mais aussi de choisir le contenu de son contrat.

Un contrat issu d'une liberté contractuelle réduite par le mécanisme de l'adhésion verra nécessairement modifié et amplifié le pouvoir du juge sur son contenu (33).

L'interprétation du contenu du contrat en partie dictée par ses modalités de négociation – D'une part, le juge devra interpréter le contrat d'adhésion, en cas de doute persistant sur son contenu, contre celui qui l'a proposé. Le rédacteur du contrat supporte in fine le risque d'interprétation, le risque de l'obscurité ou de la lacune. Le contrat de gré à gré, quant à lui, reste soumis à la règle classique, en cas de doute persistant, de l'interprétation en faveur du débiteur. Si bien que celui qui propose le contrat pourra parfois se voir imposé par le juge des obligations contractuelles qu'il n'a pas voulues, ce à quoi précisément tente d'habitude d'échapper le système d'interprétation en droit commun du contrat, fondé sur la volonté commune (34) et à défaut sur la règle contra proferentem au profit du débiteur.

La licéité du contenu du contrat influencée par ses modalités de négociation – D'autre part et surtout, le juge pourra réputer non écrites des clauses qui lui paraîtront déséquilibrer les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion. C'est bien là le véritable acte de naissance d'un contenu contractuel à deux vitesses : celui des contrats négociés, dispensés d'équilibre, celui des contrats d'adhésion, régis par l'équilibre (35). La négociation chasse les clauses abusives.

Querelles, contournements et superpositions de frontière – De cela s'évinent des conséquences et défis pratiques considérables.



Premièrement, une querelle de frontière s'annonce entre contrats négociés et contrats d'adhésion, la définition donnée de cette dernière catégorie n'ayant rien de satisfaisant. Qu'en juge, l'article 1110 énonce que « le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». La focalisation du regard sur les conditions générales (36) est sans doute regrettable car il est des conditions générales négociées simplement à la marge (que faire ? appliquer l'adage major pars trahit ad se minorem ou dépecer les conditions générales, en appliquant de manière distributive le régime de l'adhésion et du gré à gré), ou des contentieux relatifs aux conditions particulières d'un contrat mais dont les conditions générales auront été soustraites à la négociation (que faire encore ? Supprimer les clauses négociées au seul motif qu'elles appartiennent à un contrat comportant des conditions générales non négociées ?!) (37).

À cette querelle de frontière s'ajoute nécessairement un risque de contournement de frontière. La partie proposant des contrats d'adhésion à des professionnels ne sera-t-elle pas tentée de déguiser cette adhésion sous la forme d'un contrat négocié, en ouvrant une négociation de façade ? N'aura-t-elle pas le réflexe de se préconstituer la preuve de telles négociations, en énonçant dans le préambule du contrat qu'il a été négocié, conditions générales comprises ? La fraude à la loi par négociation simulée apparaît ici comme un risque juridique nouveau, dont le traitement est d'ailleurs intimement lié à la réponse qu'auront apportée les juges à la question précédente de savoir ce qu'est exactement un contrat d'adhésion.

Enfin, on mentionnera le risque de superposition des frontières entre contrat négocié et contrat d'adhésion. Prenons les statuts d'une société. Ils sont négociés par les fondateurs mais soustraits à la négociation pour les acquéreurs de titres en cours de vie sociale. À supposer que l'idée même de conditions générales leur soit applicable, les statuts sont-ils d'adhésion pour les acquéreurs et de gré à gré pour les fondateurs et faut-il, si cela même est possible, réputer non écrites leurs clauses pathologiques à l'égard des premiers mais pas des seconds ?! Et quid alors de l'égalité des associés ? Ou bien la négociation initiale des statuts les classe-t-elle définitivement et à l'égard des futurs contractants dans la catégorie des contrats négociés ?

Pour clore ces développements, notons que la (re)négociation produira encore un dernier effet sur le contenu du contrat en cours d'exécution, puisqu'elle le préservera de sa révision judiciaire pour imprévision. Cela amène à étudier cet autre bouleversement de la notion de contrat par la réforme.

2. La force obligatoire du contrat limitée aux risques prévisibles

L'intangibilité du contrat cantonnée aux risques prévisibles – Chacun connaît le débat autour de la révision pour imprévision et son refus de celle-ci par la Cour de cassation, inflexible depuis près d'un siècle et demi (38). La réforme a saisi l'occasion de briser cette jurisprudence. Lorsque survient un changement de circonstances imprévisible renchérisant de manière excessive l'exécution du contrat pour une partie, en cas d'échec de la renégociation et d'absence d'accord entre les parties sur la résolution ou la révision judiciaire du contrat, le juge peut, à la demande d'une seule d'entre elles, réviser ou mettre fin au contrat (39). Cependant le nouvel article 1195 du Code civil ne prévoit l'enclenchement d'un tel mécanisme que lorsque la partie qui subit ce changement de circonstances imprévisible « n'avait pas accepté d'en assumer le risque ».

L'éclairage de la question de la révision du contrat pour imprévision par la théorie de l'acceptation des risques est directement inspiré des codifications doctrinales du commerce international et du droit européen des contrats (40). C'est en outre sans doute en droit allemand que le lien entre ces deux notions a été le plus clairement établi (41). Naturellement, outre ces inspirations étrangères, la doctrine française avait de longue date clairement formulé l'idée que le contrat est, de manière conjuguée, acte de prévision et instrument de gestion des risques (42). Il était donc opportun de renverser la présomption d'acceptation des risques imprévisibles par les parties tirée de l'absence de clause de hardship dans leur contrat. Un tel renversement ne constitue d'ailleurs qu'un alignement du droit commun des contrats sur ce point particulier avec la position adoptée de manière générale par le législateur ou le juge dans bien d'autres domaines où seul les risques prévisibles sont présumés acceptés (43). Là réside la solution la plus respectueuse de la liberté de prendre des risques dont jouissent les contractants.

La force obligatoire du contrat fondée sur l'acceptation des risques des parties – Plus profondément, le lien entre le fondement de la force obligatoire du contrat et l'acceptation des risques par les parties est pour la première fois clairement établi (44). Qu'un risque imprévisible lié au contexte entourant l'exécution d'une obligation se réalise et la renchérisse excessivement et c'est l'obligation elle-même qui perd sa force, exigeant d'être révisée ou éteinte, sauf si le débiteur a expressément entendu assumer la charge de ce risque imprévisible. En somme, le contrat a force obligatoire dès lors qu'il est légalement formé, comme le réaffirme le nouvel article 1103, mais aussi doit-on désormais ajouter, à la condition (potentiellement résiliatoire) de l'absence de réalisation de risques imprévisibles et non assumés renchérisant à l'excès son exécution.



II – Nouvelles marges de manœuvre des contractants et du juge

La réforme modifie assez profondément les marges de manœuvre laissées respectivement aux contractants et au juge. Le chassé-croisé entre les prérogatives respectives de chacun (45) est plus manifeste que jamais. Le juge peut réécrire le contenu du contrat et les contractants peuvent juger de la sanction de l'inexécution.

A – Nouvelles marges de manœuvre des contractants

Bien que la réforme fasse la part belle au juge, de nouvelles marges de manœuvre tout à fait intéressantes n'en sont pas moins laissées aux contractants. Ils sont plus que jamais incités à un comportement d'anticipation et très largement autorisés à recourir à l'unilatéralisme au sein de la formation et de l'exécution du contrat.

1. Anticipation

Les contractants sont incités à anticiper la formation du contrat – Les instruments d'anticipation des contrats définitifs que sont les pactes de préférence et promesses n'ont jamais été aussi attrayants maintenant que leur violation peut être, en cas de mauvaise foi du tiers (46), sanctionnée par leur exécution forcée. La faiblesse de la sanction de l'absence de respect d'une offre, tenant au simple octroi de dommages-intérêts – dont il faudra même exclure les avantages attendus du contrat – ainsi que son intransmissibilité à cause de mort, font presque office de règles répulsives pour le bénéficiaire de celle-ci, et devraient vivement l'inciter à recourir à la promesse de contrat lorsque les circonstances le lui permettront.

Remarquons également, c'est essentiel en pratique, que l'anticipation de la formation du contrat est à l'honneur dans les opérations sur créance ou sur dette. Dans les cessions de contrat et les cessions de dettes est admise l'acceptation par avance du contractant ou du créancier cédés, mais aussi celle du débiteur dans une novation par changement de créancier, ou encore, pour la subrogation, celle du subrogeant (47).

Les contractants incités à anticiper la nullité ou l'inopposabilité du contrat – Les contractants sont également incités à anticiper la nullité ou l'inopposabilité potentielle d'un contrat au moyen des nouvelles actions baptisées, de manière peu satisfaisante d'ailleurs, des actions interrogatoires (48). On mentionnera deux de ces trois actions mises en place (49). Celui qui a un doute sur l'existence d'un pacte de préférence, ou encore qui s'interroge sur les pouvoirs du représentant conventionnel de conclure le contrat, pourra interroger le bénéficiaire présumé du pacte dans le premier cas et interroger le représenté dans le second, afin d'acquérir une certitude. L'originalité de ces mécanismes réside dans la sanction attachée à un défaut de réponse du possible bénéficiaire du pacte ou du représenté au contrat, laquelle tient dans la déchéance de leur droit d'invoquer la nullité ou l'inopposabilité du contrat (50).

Les contractants sont autorisés à anticiper l'inexécution du contrat – Enfin, une fois venue la période d'exécution du contrat, l'anticipation est encore promue par le jeu d'une nouvelle prérogative unilatérale laissée au créancier. Celui-ci pourra se prévaloir de l'exception d'inexécution de son débiteur alors même que cette inexécution ne sera pas encore consommée mais seulement qu'il sera d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que cette inexécution aura des conséquences suffisamment graves pour le créancier (51). Ce dernier se fera ainsi justice à lui-même. Comme un juge des référés en cas de péril imminent, le créancier anticipera le danger en prenant une mesure provisoire. Une anticipation qui en mine une autre néanmoins, puisque le droit des entreprises en difficulté, tourné vers la prévention, verra fragilisés ses mécanismes d'intervention antérieurs à la cessation des paiements.

Outre l'exception d'inexécution anticipée, pourquoi pas une révision pour imprévision anticipée ou encore une réduction du prix anticipée ? – On peut sans doute se satisfaire du cantonnement de l'anticipation en matière de sanction à la seule exception d'inexécution, alors que la consécration de la résolution unilatérale anticipée avait également été envisagée. Toutefois, on aurait aussi pu imaginer la mise en place d'une révision pour imprévision anticipée, lorsque le changement de circonstances imprévisible déjà survenu n'a pas d'effet immédiat sur le contrat mais va dans un avenir proche et de manière manifeste rendre excessivement onéreuse la prestation d'une des parties. Peut-être que les juges appliqueront le texte de l'imprévision de manière souple en permettant son jeu de manière anticipée. La même question se pose pour le nouveau droit du créancier de réviser le prix à la baisse, lorsqu'il est manifeste que seule une exécution partielle sera obtenue du débiteur.

2. Unilatéralisme

La consécration de l'unilatéralisme dans le contrat est particulièrement emblématique de la réforme (52). Jamais la volonté d'un seul des contractants n'aura pu faire autant que dorénavant, moins toutefois pour se passer de l'autre partie sur le terrain du contenu du contrat, que pour se passer du juge dans le prononcé de sanctions de son inexécution.



Fixation unilatérale du prix du contrat – S’agissant du contenu du contrat, la réforme confère la liberté aux parties de laisser à l’une d’elles le soin de déterminer son prix dans deux familles, les contrats-cadres et les contrats de prestation de service (53). Néanmoins c’est presque en retrait de la jurisprudence que cette règle est posée, puisque la Cour de cassation avait pu laisser penser par ses fameux arrêts rendus en assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 – quoi que ce point n’ait jamais laissé de faire difficulté – que le droit commun du contrat ne comportait pas en son sein d’exigence de déterminabilité du prix du contrat (54). Quant à la sanction d’un éventuel abus dans la fixation unilatérale du prix par l’une des parties, le pouvoir offert au juge de réviser celui-ci, reconnu dans le projet d’ordonnance pour les contrats-cadres et déjà consacré par la jurisprudence pour les contrats de prestation de service (55), n’a en tout dernier lieu pas été consacré. Seuls les dommages-intérêts pourront être prononcés, ou bien leur résolution s’agissant des contrats-cadres.

Sanctions unilatérales de l’inexécution du contrat – C’est sans doute l’un des points cardinaux de la réforme que la consécration d’une série de quatre sanctions unilatérales offertes au créancier se trouvant face à un débiteur défaillant, lesquelles s’ajoutent aux sanctions judiciaires que sont l’exécution forcée, la résolution judiciaire et l’octroi de dommages-intérêts. Le juge, promu par la réforme pour contrôler et réviser l’accord de volonté des parties, est largement évincé de la surveillance des décisions unilatérales du créancier, sauf si le débiteur le saisit pour un contrôle a posteriori.

La première de ces sanctions unilatérales a été été forgée par la jurisprudence. Il s’agit de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, reconnue de longue date déjà par la Cour de cassation depuis son fameux arrêt Tocqueville (56), et désormais ouverte en cas d’inexécution « suffisamment grave » (57) mais au prix d’une obligation de motivation mise à la charge du créancier, lequel doit notifier au débiteur les raisons qui justifient la résolution (58). Les trois autres sont plus innovantes et parmi les plus fortes nouveautés du texte. Il s’agit d’abord de la sanction provisoire déjà évoquée qu’est l’exception d’inexécution anticipée (59), à la croisée de deux des tendances fortes de la réforme que sont l’anticipation et l’unilatéralisme ; ensuite, de la possibilité donnée au créancier de remplacer le débiteur défaillant sans en demander l’autorisation au juge (60) ; et enfin, de la réduction unilatérale du prix du contrat en cas d’exécution partielle (61).

À travers l’unilatéralisme des sanctions, c’est la justice privée qui s’invite dans le contrat. Il est fait crédit au créancier de la *jurisdictio*, si ce n’est même de l’imperium du juge, dont l’intervention est évincée ou du moins retardée (62). Néanmoins ce contournement du juge ne doit pas laisser penser que celui-ci est en reste dans la réforme. La marge de manœuvre qui lui est laissée pour intervenir sur le contrat est plus grande que jamais.

B – Nouvelles marges de manœuvre du juge

Les nouvelles marges de manœuvre laissées au juge sont de deux ordres. D’une part, il n’a plus à voir tout en blanc ou noir, anéantissant ou validant le contrat dans sa totalité, et ce de manière rétroactive, mais il peut annuler en totalité ou partiellement, réputer non écrit, anéantir pour l’avenir ou pour le passé aussi, en bref, ajuster les sanctions au mal (63). D’autre part, le juge voit sa mission diversifiée, non uniquement centrée sur la mission de dire le droit, la *jurisdictio*, mais sur celle de dire le chiffre, la « *pretiumpdictio* » s’il on peut dire.

1. Ajustement des sanctions

Le recul de l’anéantissement de l’acte entier et la promotion des sanctions partielles – L’intervention du juge est initialement assez proche de l’esprit du « tout ou rien ». Le juge contrôle la formation du contrat et l’annule ou non. Il contrôle son exécution et résout ou non. Or désormais, entre le contrat parfaitement valable et parfaitement exécuté et à défaut sinon entièrement anéanti, se sont multipliées les figures de l’entre deux.

D’abord, sur le terrain de la formation du contrat, à côté des nullités de l’acte entier en cas de vice de formation, le réputé non écrit et les nullités partielles se sont développés. On pense naturellement au réputé non écrit des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (64). S’y ajoute désormais, par généralisation de la solution posée pour les clauses de responsabilité dans les sagas jurisprudentielles Chronopost et Faurecia, le réputé non écrit des clauses qui privent de sa substance l’obligation essentielle du débiteur (65). Conformément à l’idée que le réputé non écrit demeure une sanction à l’esprit autonome de la nullité, le réputé non écrit d’une clause abusive ou d’une clause contraire à l’obligation essentielle ne peut jamais emporter l’annulation du contrat dans son ensemble (66), alors même que lorsqu’une cause de nullité affecte une clause du contrat, elle emporte la nullité de l’acte tout entier si cette clause a constitué un élément déterminant de l’engagement d’une partie (67). Car précisément, outre les clauses réputées non écrites, sont désormais identifiées bien distinctement, les clauses nulles, c’est-à-dire porteuses d’une « cause de nullité » (68). Si la clause pathologique n’a pas constitué un élément déterminant de l’engagement d’une partie, le juge n’annulera que la clause.



Ce triomphe des sanctions partielles sur le terrain de la formation s'observe de manière tout aussi intéressante sur le terrain de l'exécution du contrat. La résolution du contrat dans son entier est nuancée ou concurrencée. Nuancée d'abord parce que cette résolution n'est au fond pas si pleine et entière que cela, puisqu'il est désormais pris acte par le Code civil de l'évolution jurisprudentielle selon laquelle les clauses relatives au règlement des différends, les clauses de confidentialité et de non-concurrence, et plus largement « celles destinées à produire effet même en cas de résolution » (69), ne seront pas affectées par la résolution du contrat. Concurrencée ensuite, car l'anéantissement partiel du contrat est consommé par la possibilité désormais accordée à un créancier ayant reçu une exécution partielle de réduire le prix du contrat, à charge pour le juge de contrôler sa décision.

Le recul de la rétroactivité et la promotion des sanctions pour l'avenir – On constate également un net recul d'un esprit de tout ou rien d'un point de vue temporel au travers du recul de la fiction de la rétroactivité (70). L'anéantissement du lien contractuel tend à se produire pour l'avenir. Sont consacrées des sanctions qui ne sont pas rétroactives par nature, comme la caducité. En outre, l'effet dans le temps de la résolution du contrat est désormais clairement reconnu comme étant à géométrie variable, conformément à l'apport jurisprudentiel sur ce point (71). Au passage, notons que la rétroactivité est non seulement délaissée au stade de l'anéantissement du lien contractuel mais aussi dès celui de sa création. En témoigne le jeu en principe pour l'avenir de l'accomplissement de la condition suspensive (72). Le contrat est formé au jour de cet accomplissement et non rétroactivement au jour de la stipulation de cette condition.

2. Enrichissement des missions : *jurisdictio et pretiumdictio*

La mise à l'honneur de l'équilibre contractuel dans la réforme aboutit immanquablement à développer le lien entre le juge et le prix du contrat. Dans la plupart des cas, le juge ne fait en réalité que contrôler les conditions financières sur lesquelles les parties se sont accordées, mais dans le cas de la révision pour imprévision, le pouvoir du juge va jusqu'à fixer le prix, accomplissant une mission de *pretiumdictio* dont les liens d'appartenance ou de distinction avec la *jurisdictio* sont à établir.

Le contrôle des conditions financières du contrat – Dans la grande majorité des cas, l'intervention du juge consistera à contrôler les conditions financières mises en place par les parties. On songe non seulement aux avantages excessifs obtenus par un contractant dominant qui justifieront l'annulation du contrat pour abus de dépendance (73) mais en outre au déséquilibre significatif des droits et obligations qui justifiera le réputé non écrit d'une clause, bien que dans ce dernier cas l'adéquation du prix à la prestation demeure soustraite au contrôle judiciaire. Ces missions de contrôle n'ont rien d'un véritable bouleversement du rôle du juge dans le contrat, puisqu'elles lui étaient déjà assignées en droit de la consommation ou de la concurrence. Simplement peut-on remarquer que, parmi la multiplication spectaculaire des standards au sein de l'ordonnance (74), les standards financiers sont à l'honneur. On en dira autant pour l'appréciation du caractère abusif du prix fixé unilatéralement par l'une des parties dans un contrat-cadre ou un contrat de prestation de service (75), ou de celle du coût disproportionné d'une exécution forcée du débiteur au regard des intérêts du créancier.

La fixation du prix du contrat – En revanche, dès lors que le juge n'a plus uniquement le pouvoir de contrôler un prix et plus largement les conditions financières du contrat, mais de les fixer, la nature de sa mission est profondément mise en question. La réforme a failli offrir deux mécanismes de la sorte, d'une part la révision du prix abusif fixé unilatéralement par une des parties à un contrat-cadre ou de prestation de service, d'autre part la révision du prix pour imprévision. Seule a été consacrée la seconde car pour la première, le pouvoir judiciaire a été rétrogradé à la seule résiliation (76).

Quel est alors l'office que remplit le juge lorsqu'il réécrit les termes d'un contrat pour imprévision soit à la demande des deux parties, soit à la demande d'une seule d'entre elles ? « Adaptation » dit le texte dans le cas d'une demande commune, alors que dans celui d'une demande d'une seule des parties, il est prévu que le juge pourra « réviser » le contrat. Faut-il y voir une différence de la nature de sa mission ? Dans le premier cas, devrait-on voir en lui un amiable compositeur (77), un tiers missionné par les parties et possiblement soumis à leurs directives et méthodes d'adaptation, et dans le second, l'analyser en un juge exerçant sa mission juridictionnelle classique, délié de toute emprise des contractants et souverain dans sa révision (78) ?

À ce sujet, et pour finir, on ne manquera pas de se demander quelle est la marge de manœuvre du juge qui révise. Peut-il seulement répartir le poids du risque imprévisible entre les parties ou plus radicalement parfois le reporter totalement sur le créancier (79) ? Par ailleurs, est-il même tenu d'accéder à la demande de révision formulée par l'une des parties ? L'article 1195 énonce que « le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin ». Quid si une partie demande la révision et l'autre la résiliation ? Sans doute le juge a-t-il alors la possibilité de choisir le remède qui lui semble le plus opportun (80). Son pouvoir est-il néanmoins discrétionnaire ou bien la Cour de cassation jugera-t-elle utile d'orienter ce choix par des critères d'impossibilité ou d'inopportunité de la révision par exemple ?



C'est là un des nombreux points sur lesquels la Cour de cassation aura un rôle fondamental à jouer dans la modulation des évolutions apportées par la réforme. C'est elle en définitive qui les rendra opportunes ou non, selon l'orientation qu'elle choisira. La réforme par ordonnance a échappé au droit d'amendement parlementaire, elle n'échappera pas au pouvoir d'amendement judiciaire !

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Généralités * Réforme * Ordinance du 10 février 2016

(1) Entre autres, l'exception d'inexécution anticipée est présente dans les PDEC (art. 9:201(2). Quant à la révision pour imprévision, on la retrouve également dans les PDEC (6:111), ainsi que dans les principes Unidroit (art. 6.2.2), de même que les règles d'interprétation du contrat d'adhésion (art. 5:103 PDEC ; 4.6 Unidroit), ou le conditionnement de l'exécution forcée à son coût raisonnable (art. 9:102 PDEC ; 7.2.2 Unidroit). Néanmoins, les démarcations du droit français par rapport à ces textes sont parfois fortes. Ainsi de l'absence de formation forcée du contrat en cas de retrait prématuré de l'offre, pourtant admise par les PDEC (art. 2:202).

(2) V. sur cela : T. Revet, Une philosophie générale ?, RDC 1^{er} avr. 2016, hors-série, Actes du colloque du 16 févr. 2016, « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », p. 5.

(3) « La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance », Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, p. 3, JO 11 févr. V. égal. sur ce point : L. Leveneur, Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ?, RDC 2015. 661.

(4) « Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique », Rapport préc., p. 4.

(5) Art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

(6) V. not., F. Chénédé, L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, RDC 2015. 655, spéci. n° 12.

(7) V. sur cette ambivalence, posant la question fondamentale de l'affaiblissement ou de l'affinement de la philosophie moderne du contrat : T. Revet, art. préc.

(8) V. néanmoins pour une mise en lumière des intérêts attachés au maintien de cette distinction et plus largement sur les ressources, inexploitées par la réforme, de la notion d'obligation : M. Fabre-Magnan, Critique de la notion de contenu du contrat, RDC 2015. 639.

(9) V. toutefois sur l'absence de lien nécessaire entre les deux : Y.-M. Laithier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004.

(10) Art. 1198. Contrairement à la jurisprudence récente sur ce point qui se désintéressait de la bonne foi pour trancher le conflit : V. par ex. Civ. 3^e, 15 déc. 2010, n° 09-15.891, RTD civ. 2011. 369, obs. T. Revet ; Civ. 3^e, 19 juin 2012, n° 11-17.105, D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2013. 302, obs. F. Cohet-Cordey.

(11) Art. 1156, al. 2. La jurisprudence la plus récente n'accordait aucune importance à la bonne foi du tiers cocontractant : Civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, D. 2015. 2374 ; AJCA 2016. 42, obs. Y. Dagorne-Labbe ; RTD civ. 2016. 105, obs. H. Barbier ; Dr. sociétés 2016. Comm. 25, note. H. Hovasse.

(12) V. sur cela J. Mestre, Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations, RLDC avr. 2016, p. 16.

(13) V. plus largement sur le maintien ou non d'un véritable droit commun des contrats par la réforme : Y. Lequette, Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?, RDC 2015. 616.

(14) C. consom., art. L. 211-10.

(15) C. com., art. L. 441-8. V. not. J. Mestre, Le droit à la nourriture face aux marchés spéculatifs et aux acquisitions internationales de terres agricoles, in J. Mestre (dir.), La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ?, LGDJ, 2016.

(16) L'ancien art. 1107 était différemment rédigé. Moins tourné vers l'articulation des règles que vers l'ordonnancement des codes, il énonçait le caractère général du titre III du livre III et mentionnait l'existence de règles particulières à certains contrats nommés par le Code civil ou traités par le code de commerce. V. sur son importance : J. Mestre, La réforme projetée du droit français des contrats, RLDC 2015, suppl. 132. V. aussi sur ce point Y. Lequette, art. préc.

(17) Sur ce constat issu de la démonstration de l'empietement de la réforme du droit commun sur le domaine du droit spécial : P.-Y. Gautier, Faut-il avoir confiance dans la réforme ?, RDC 2015. 666. Adde N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?, D. 2015. 699.

(18) On relèvera néanmoins parfois toute la difficulté à résoudre ce point en mentionnant l'intense débat autour de l'applicabilité du droit commun du gage de meuble sans dépossession au gage de stock régi par le droit spécial (refusant d'appliquer le droit commun : Cass., as s. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18.435 (D. 2015. 2556, et les obs. ; RTD com. 2016. 186, obs. B. Bouloc) d'où la réforme par l'ord. n° 2016-56 du 29 janv. 2016 relative au gage sur stocks). En revanche, pour un gage de stock avec dépossession, la Cour de cassation a admis la différence d'objet de la législation de droit spécial, uniquement prévue pour le gage de stock sans dépossession, et a reconnu l'application du droit commun (Com. 1^{er} mars 2016, n° 14-14.401, Com., 1^{er} mars 2016, n° 14-14.401, D. 2016. 596). Pour d'autres arrêts confrontés à la même difficulté, v. H. Barbier, Protection du contractant : quand le droit commun n'est pas chassé par le droit spécial, bien au contraire !, RTD civ. 2015. 373

(19) Par ex., la nullité d'une clause léonine en droit des sociétés se prescrit par trois ans (C. civ., art. 1844-14), pas le réputé non écrit de droit commun d'une clause abusive. La remarque vaut bien sûr pour tous les mécanismes de contrôle du contenu du contrat prévus par des droits spéciaux adoptant des prescriptions abrégées comme le droit des assurances ou des transports notamment. V. sur l'articulation entre prescription générale et spéciale : H. Lécuyer, BJS juin 2012. 475, n° 265, note ss. Com. 20 mars 2012, n° 11-13.534 ; P. Delebecque, RTD com. 2008. 210, obs. ss. Com. 6 févr. 2007, n° 04-13.178 ; H. Barbier, Les prescriptions spéciales cernées par une prescription de droit commun conquérante, RTD civ. 2014. 371.

(20) Prenons par exemple le mécanisme de renégociation des contrats ayant trait à des matières agricoles ou alimentaires prévu par l'art. L. 441-8 du c. com. Moins protecteur que le nouvel art. 1195 du c. civ., il ne devrait pas s'opposer à son application car la lettre du nouveau texte est au fond l'aboutissement de l'esprit de l'ancien. Par ailleurs, on peut également douter de l'évitement de l'obligation générale d'information face à une obligation spéciale d'information moins large ou dont l'action en violation est déjà prescrite : V., par ex., Versailles, 8 juill. 1994, 1^{re} ch., 2^e sect., Bonnici c/ Robert, et les obs. de J. Mestre, RTD civ. 1995. 97.

(21) Par ex., à supposer que l'art. L. 132-1 du c. consom. évincé l'art. 1171 du c. civ., le plaigneur devra, pour agir sur le terrain du droit commun, gagner la certitude de n'être pas un consommateur aux yeux du droit, de peur de voir sa demande dite mal fondée par le juge car exercée au mépris du droit spécial de la consommation seul applicable.



(22) Par ex., à supposer cette fois que l'art. L. 442-6, I, 2^e, du c. com. n'évince pas le jeu de l'art. 1171 du c. civ., pour contester une clause abusive liée au prix du contrat, il préférera agir sur le terrain de L. 442-6, I, 2^e, du c. com. plutôt que sur celui de l'art. 1171 du c. civ., lequel exclut l'objet et le prix de son champ d'application. V. d'ailleurs en faveur de l'application cumulative du droit commun du contrat (en l'espèce de l'art. 1152 c. civ. pour une clause pénale), et de l'art. L. 442-6, I, 2^e, c. com. : Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, D. 2015. 1204 ; ibid. 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJCA 2015. 379, obs. S. Bros ; RTD civ. 2015. 606, obs. H. Barbier ; RTD com. 2015. 486, obs. M. Chagny ; ibid. 578, obs. B. Bouloc ; ibid. 2016. 81, obs. M. Chagny .

(23) Rapport préc., p. 9 : « Leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ».

(24) Art. 1119.

(25) Une clause organisant les modalités d'une renégociation contractuelle en cas d'imprévision exclut-elle toute révision judiciaire ou organise-t-elle simplement la phase préalable à cette éventuelle révision ? Sur ce point, puisqu'une clause excluant toute révision judiciaire revient pour une partie à renoncer à son droit d'accès au juge, il nous semble que seule une renonciation expresse et dépourvue d'ambiguïté au bénéfice de l'article 1195 devrait permettre la mise à l'écart de ce texte.

(26) Art. 1117. En l'absence de consécration par l'ordonnance de la notion d'engagement unilatéral et à défaut de sa reconnaissance générale comme source d'obligation par la Cour de cassation, on serait tenté de répondre par la négative, au moins dans l'attente d'une évolution de la jurisprudence sur ce point.

(27) Art. 1227 : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ». La jurisprudence a pourtant admis, sous l'empire des textes actuels, des clauses de renonciation à la résolution judiciaire car « l'article 1184 du Code civil n'est pas d'ordre public » : Civ. 3^e, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, D. 2011. 2795 ; ibid. 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 780 , obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2012. 114, obs. B. Fages ; Gaz. Pal. 12 janv. 2012, p. 17, obs. D. Houtcief. La réaffirmation de cette solution sous l'empire des nouveaux textes serait bienvenue.

(28) Art. 1221. Si l'on fait de ce texte « une déclinaison de l'abus de droit » comme le présente le Rapport au président de la République, la réponse est sans doute négative. On pourrait néanmoins en avoir une lecture moins morale et plus économique et accepter qu'un débiteur s'engage à assumer toutes les conséquences économiques de sa défaillance en ne contestant pas le droit à l'exécution forcée dès lors que l'inexécution est caractérisée.

(29) En hommage à la célèbre jurisprudence du 15 déc. 1993 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation : Civ. 3^e, 15 déc. 1993, Cts Cruz, n° 91-10.199, D. 1994. 507 , note F. Bénac-Schmidt ; ibid. 230, obs. O. Tournafond ; ibid. 1995. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384 ; ibid. 351, étude M. Azencot ; ibid. 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre).

(30) La Cour de cassation a affirmé que l'art. 1184, siège du droit à l'exécution forcée, n'est pas d'ordre public (Civ. 3^e, 3 nov. 2011, préc.). Si elle persistait dans cette voie sous l'empire des nouveaux textes, une telle clause serait tout à fait concevable et aboutirait finalement à bâtir une promesse de contrat à mi-chemin entre le régime des promesses et des offres, ce qui serait une souplesse appréciable.

(31) Art. 1170. L'enjeu est d'importance puisqu'il réside dans la validité aux yeux du for français des clauses exonératoires de responsabilité (mais aussi des clauses de preuve ou de prescription particulièrement sévères) insérées dans un contrat international et portant sur une obligation essentielle du contrat.

(32) Art. 1171. C'est une éventualité sérieuse dans la mesure où l'interdiction des clauses abusives en droit de la consommation présente incontestablement une dimension internationale au vu de son origine européenne et tout particulièrement de son rattachement à l'art. 6, § 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil. Quant à l'art. L. 442-6, I, 2^e, c. com., sa nature de loi de police a déjà pu être retenue : T. com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015/000040, Ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique c/ Expedia Inc et a., AJCA 2015. 376, obs. R. Maulin ; RTD com. 2015. 483, obs. M. Chagny ;

CCE juill. 2015. Comm. 58, G. Loiseau.

(33) V. égal. sur cela, T. Revet, art. préc.

(34) Avec toutefois désormais l'introduction d'une règle interprétation objective à l'art. 1188, al. 2.

(35) Sauf bien sûr quant aux clauses d'objet et de prix, exclues du champ d'application du nouvel art. 1171.

(36) Que sont d'ailleurs, juridiquement, « les conditions générales » ? La qualification des parties ne pourra pas tout car ici comme ailleurs le juge en gardera la maîtrise conformément à l'art. 12 c. pr. civ.

(37) De manière générale, la lecture jurisprudentielle la plus souhaitable serait sans doute de raisonner clause par clause, en se demandant si la clause litigieuse a été soustraite ou non à la négociation. Reste qu'une telle lecture n'est pas la plus fidèle au texte.

(38) P. Stoffel-Munck, Regard sur la théorie de l'imprévision, PUAM, 1994 ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, RJC 2005, n° 5, p. 397 ; D. Mazeaud, La révision du contrat, rapport français, in Journées Capitant 2005, LPA 30 juin 2005, p. 4 ; C. Jamin, Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, Dr. et patr. mars 1998, n° 58, p. 46 ; J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, préf. J. Mestre, PUAM, 2015.

(39) Art. 1195.

(40) Les principes Unidroit ménagent le cas où « le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée » ; les principes du droit européen du contrat font de même qui énoncent un bouleversement « dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat » (art. 6:111).

(41) V. sur celui-ci : H. Barbier, La liberté de prendre des risques, préf. J. Mestre, PUAM, 2011, n° 400.

(42) H. Lécuyer, Le contrat acte de prévision, in Mélanges François Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 643 et s. ; J.-M. Mousseron, La gestion des risques par le contrat, RTD civ. 1988. 481. Adde A. Sériaux, Le futur contractuel, in F. Terré (dir.), Le droit et le futur, PUF, 1985, p. 77 et s.

(43) H. Barbier, La liberté de prendre des risques, op. cit., nos 388 et s., spéc. n° 395.

(44) Le nouvel art. 1195 figure d'ailleurs dans la sous-section intitulée « force obligatoire ».

(45) V. par ex. L. Cadet, Les jeux du contrat et du procès, in Mélanges offerts à Gérard Farjat, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23-52.

(46) La mauvaise foi est appréciée différemment pour chacun des deux contrats puisque l'annulation du contrat violent la promesse est uniquement subordonnée à la démonstration de la connaissance de celle-ci par le tiers cocontractant (art. 1224), tandis qu'à l'égard du contrat violent un pacte, cette annulation est subordonnée à la démonstration de cette connaissance mais aussi de celle de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (art. 1123).

(47) La cession de contrat peut être acceptée par avance par le contractant dont la qualité de partie sera cédée à un tiers (art. 1216), de même que lors d'une cession de dette, le créancier cédé peut là encore accepter l'opération par avance (art. 1327-1). Par ailleurs,



la novation par changement de créancier peut s'opérer avec une acceptation par avance du débiteur (art. 1333) et la subrogation peut également être réalisée avec acceptation anticipée du subrogeant (art. 1346-1, al. 3).

(48) Alain Bénabent propose de les nommer « interpellations interrogatoires » : A. Bénabent, *Les nouveaux mécanismes, RDC 1^{er} avr. 2016*, préc., p. 17.

(49) La troisième, tirée de l'art. 1183 du c. civ. et permettant de purger une nullité relative, n'est pas réellement anticipatoire, puisque le mal est déjà fait. Le contrat recèle d'ores et déjà une cause de nullité. Il peut alors être demandé à la partie titulaire de l'action en nullité de confirmer l'acte ou d'agir dans les six mois sous peine de perdre le droit d'agir.

(50) Art. 1123, al. 4. pour le pacte de préférence et art. 1158 pour la représentation. On notera au passage les difficultés qui s'annoncent pour l'action interrogatoire attachée à la purge d'un pacte de préférence lorsque ce dernier sera assorti d'une clause de confidentialité...

(51) Art. 1220.

(52) Sur lequel, v. not. C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Économica, 1999.

(53) Art. 1164 et 1165. Les contrats-cadres sont définis à l'art. 1111, mais pas le contrat de prestation de services, dont la définition est justement délicate et sujette à un contentieux bien connu des spécialistes de droit international privé notamment (V., par ex., P. Berlioiz, *La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement « Bruxelles I* », *JDI* 2008. 675).

(54) V., par ex., sur la difficulté : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2013, n° 291. Quant à la réforme, en amont de ces art. 1164 et 1165, l'art. 1163 exige que les prestations soient déterminées ou déterminables. Or le prix semble bel et bien, à lire plusieurs des textes (art. 1178, al. 3, 1205, 1229, 1304-7, etc.), une prestation du contrat (d'autres textes, plus rares, laissent néanmoins penser le contraire : art. 1171, al. 2, par ex.).

(55) Par ex., Civ. 2^e, 19 févr. 2009, n° 07-21.518 ; Civ. 1^e, 23 mars 2011, n° 10-11.586.

(56) Civ. 1^e, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, D. 1999. 197, note C. Jamin ; ibid. 115, obs. P. Delebecque ; RDSS 2000. 378, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; RTD civ. 1999. 394, obs. J. Mestre ; ibid. 506, obs. J. Raynard ; *Defrénois* 1999. 374, obs. D. Mazeaud.

(57) Art. 1224.

(58) Art. 1226.

(59) V. supra II, A, 1.

(60) Art. 1222.

(61) Art. 1223.

(62) V. plus largement sur le thème : M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, préf. J. Mestre, PUAM, 2006.

(63) V., par ex., Y.-M. Serinet, *Le juge et l'illicéité du contrat*, in F. Collart-Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Économica, 2007, p. 85.

(64) Art. 1171.

(65) Art. 1170.

(66) Art. 1184, al. 2.

(67) Art. 1184, al. 1.

(68) Art. 1184.

(69) Art. 1230.

(70) V. sur ce constat : L. Aynès et A. Bénabent, *Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général*, D. 2016. 434.

(71) Art. 1229.

(72) Art. 1304-6.

(73) Lesdits avantages peuvent être purement juridiques (clause de résolution particulièrement sévère, clauses relatives aux obligations, de non garantie, etc.), mais ils peuvent être aussi financiers (prix du contrat lui-même, forfait, clause de dédit, clause pénale, etc.).

(74) V. sur la mise en lumière et l'analyse de cet aspect important de la réforme : L. Aynès, *Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?*, RDC 1^{er} avr. 2016, hors-série, actes du colloque du 16 févr. 2016, *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 14.

(75) Pour une application récente : Com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026, D. 2015. 183, note J. Ghestin ; ibid. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; ibid. 943, obs. D. Ferrier ; AJCA 2015. 78, obs. S. Bros ; RTD civ. 2015. 123, obs. H. Barbier .

(76) V. supra II, A, 2.

(77) V. en ce sens : N. Molfessis, *Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats*, JCP 2015. 1415.

(78) En droit de l'arbitrage où la question s'est posée à peu près dans les mêmes termes, il est bien établi que dès lors qu'existe un litige, la mission donnée à l'arbitre de fixation du prix est bien de nature juridictionnelle : V. déjà, B. Oppetit, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*. À propos d'une jurisprudence récente, Rev. arb. 1977. 315. V. néanmoins pour les difficultés rencontrées en pratique : C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 23.

(79) La lettre du texte n'interdit rien au juge mais il nous semble néanmoins que le juge trahirait l'esprit de ce nouvel art. 1195 si, plutôt que de rééquilibrer le contrat, il choisissait de reporter le déséquilibre sur le créancier parce que celui-ci est la partie forte ou pour toute autre raison.

(80) V. en ce sens : P. Stoffel-Munck, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, RDC 1^{er} avr. 2016, hors-série, actes du colloque du 16 févr. 2016, *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 30.



Annexe 5 – Civ.1, 10 sept. 2015, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud

Civ. 1, 10 sept. 2015, n° 14-20498

Cour de cassation

chambre civile 1

Audience publique du jeudi 10 septembre 2015

N° de pourvoi: 14-20498

Non publié au bulletin Rejet

M^{me} Batut (président), président

SCP Ghestin, SCP Piwnica et Molinié, avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 12 juin 2014), rendu sur renvoi après cassation (2^e Civ., 6 juin 2013, pourvoi n° 12-20. 062), qu'à l'occasion d'un changement de direction survenu à la tête d'une société, M. X..., directeur général, s'est engagé à se répartir de manière égalitaire avec M. Y..., directeur financier, les actions de la société que la précédente direction avait promis de leur céder en récompense de leurs efforts et de leur implication dans le développement de l'entreprise ; que M. Y..., après avoir démissionné de la société, ayant appris que M. X... avait obtenu 125 000 actions nouvelles en s'abstenant de l'informer de cette cession, a assigné ce dernier aux fins de lui voir enjoindre, sous astreinte, de donner l'ordre de transfert à son profit de 62 500 actions ;

Sur le moyen unique :

Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes du courriel du 26 novembre 2008, M. X... s'était engagé à partager par moitié avec M. Y... les 1 000 000 actions que les nouveaux dirigeants de la société Auplata offraient de leur attribuer gratuitement en récompense de leurs efforts passés et de leur implication dans le redressement de l'entreprise ; que par un courriel du 29 janvier 2009, M. X... a « redit sa position » de « partager à égalité avec M. Y... les « un million d'actions » proposés par « Z... » ; qu'en retenant, pour débouter M. Y... de sa demande, que l'engagement contracté par M. X... le 29 janvier 2009 portait sur le partage des 250 000 parts sociales cédées par le groupe Z..., quand M. X... avait pris l'engagement de partager à égalité la totalité des actions promises par le groupe Z..., soit un million d'actions, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis des courriels susvisés, en méconnaissance de l'article 1134 du Code civil ;

2°/ qu'aux termes du courriel du 26 novembre 2008, M. X... s'était engagé à partager par moitié avec M. Y... les 1 000 000 actions que les nouveaux dirigeants de la société Auplata offraient de leur attribuer gratuitement en récompense de leurs efforts passés et de leur implication dans le redressement de l'entreprise, sans condition ; qu'en subordonnant l'exécution de l'engagement au maintien de M. Y... dans l'entreprise, la cour d'appel a encore dénaturé les termes clairs et précis du courriel susvisé, en méconnaissance de l'article 1134 du Code civil ;

3°/ que l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite, peu important les événements survenus postérieurement ; qu'en se fondant, pour retenir l'absence de cause de l'engagement contracté le 25 novembre 2008, sur la démission de M. Y... intervenue le 27 mars 2009, la cour d'appel, qui ne s'est pas placée pour apprécier l'existence de la cause de l'obligation au jour de la formation de l'engagement, a violé l'article 1131 du Code civil ;

4°/ que l'engagement de partage égalitaire était causé par la distribution gratuite d'actions promise par les nouveaux actionnaires de la société Auplata et visant à récompenser les efforts passés de MM. Y... et X... qui avaient l'un et l'autre oeuvré au redressement de l'entreprise en 2007, en sorte que la démission ultérieure de M. Y... n'était pas de nature à priver de cause l'engagement souscrit par M. X... ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a encore violé l'article 1131 du Code civil ;

5°/ que M. Y... faisait valoir dans ses conclusions que le fait qu'il ait démissionné de la société était sans conséquence sur la validité de l'engagement de M. X... dès lors qu'il s'agissait de récompenser le travail accompli dans le passé ; qu'en se bornant à affirmer que l'engagement de partage de M. X... était devenu caduc à compter de la démission de M. Y..., sans répondre à ce moyen, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, procédant souverainement à la recherche de l'intention des parties par une interprétation, exclusive de dénaturation, que rendait nécessaire l'expression succincte de l'engagement consenti par M. X..., la cour d'appel a estimé qu'il avait voulu partager à parts égales avec M. Y... tous les avantages perçus de la société, afin de préserver une bonne entente avec un cadre dont il estimait la présence nécessaire pour le développement et le redressement de l'entreprise ; que, sans être tenue de répondre à une argumentation que ses constatations



rendaient inopérantes, elle a pu en déduire que l'engagement unilatéral à durée indéterminée de M. X..., privé de cause à compter de la démission de M. Y... le 27 mars 2009, était devenu caduc à compter de cette date ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. Y... ; le condamne à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix septembre deux mille quinze.

La disparition de la cause d'un engagement unilatéral de volonté

1. La volonté unilatéralement exprimée est-elle suffisamment puissante pour créer des obligations à la charge de celui qui l'a émise ? Peut-on devenir débiteur d'une obligation en vertu de sa seule volonté, sans que la loi ne l'impose ou qu'une autre volonté donne naissance à un contrat ?

Sur cette question qui a toujours suscité le débat en doctrine², l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 10 septembre 2015 apporte de très utiles enseignements, non seulement quant au domaine de ce mode de création d'obligations, mais aussi quant à son régime.

2. À la suite du changement de direction d'une société, le directeur général s'engage au profit du directeur financier à partager équitablement avec lui les actions que les dirigeants de cette société leur attribuaient gratuitement, en récompense de leurs efforts passés et de leur implication dans le redressement et le développement de l'entreprise.

Après avoir démissionné de la société, le directeur financier apprend que le directeur général a, postérieurement à celle-ci, reçu des actions supplémentaires. Il exerce une action en justice afin que ce dernier lui verse l'équivalent de la moitié des actions en question.

Il est débouté par les juges du fond qui considèrent que l'engagement unilatéral de partage souscrit par le directeur général était devenu caduc à compter de la démission du directeur financier.

Le directeur financier forme un pourvoi au moyen que l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite, peu importe les événements survenus postérieurement. Aussi, en se fondant, pour retenir l'absence de cause de l'engagement, sur sa démission intervenue postérieurement, la cour d'appel, ne s'est pas placée pour apprécier l'existence de la cause de l'obligation au jour de la formation de l'engagement et a violé l'article 1131 du Code civil.

La survenance d'un événement postérieur à la souscription d'un engagement unilatéral de volonté peut-il, au regard de l'exigence de cause de celui-ci, exercer une influence sur son sort ? Telle était la question posée à la Cour de cassation.

La Cour de cassation, en se retranchant derrière le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond, « interprétation, que rendait nécessaire l'expression succincte de l'engagement consenti » par le directeur général de la société, rejette le pourvoi. Elle décide que les juges du fond ont pu estimer que celui-ci avait voulu partager à parts égales avec le directeur financier tous les avantages perçus de la société, afin de préserver une bonne entente avec un cadre dont il estimait la présence nécessaire pour le développement et le redressement de l'entreprise, et ont donc pu en déduire que l'engagement unilatéral à durée indéterminée litigieux était privé de cause à compter de la démission du directeur financier et était devenu caduc à compter de cette date.

3. Quoiqu'inédit et de rejet, l'arrêt ne paraît pas sans intérêt dans la perspective de l'examen de la longue marche de l'engagement unilatéral de volonté pour accéder, de façon officielle, en droit civil du moins, au rang de source d'obligations, à l'égal du contrat ou de la loi, même si le chemin est encore long...

On peut, cela étant dit, aborder l'arrêt sous deux angles que sa lettre et son esprit expriment. Un hommage à un mal aimé (I), d'une part, à savoir l'engagement unilatéral de volonté ; un hommage à une moribonde (II), d'autre part, la cause en personne...

I – Hommage à un mal aimé

4. C'est peu de dire que la doctrine civiliste fait preuve de réticence à l'égard de l'engagement unilatéral de volonté à laquelle elle consacre, ceci explique cela, une place plus que réduite dans ses ouvrages. La raison en est, sans doute, qu'admettre la force obligatoire d'un tel engagement avant que son bénéficiaire éventuel en ait eu

2. Sur lequel, V. F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 2013, spéc. nos 51 s.



connaissance « semble une exaspération métaphysique de l'autonomie de la volonté, une hypertrophie (germanique ?) du sentiment de l'honneur dans un droit qui ne confond pas l'engagement d'honneur avec l'obligation civile, un retour au système des voeux dans une législation qui n'a plus de divinité pour recevoir la promesse »³. La défiance envers cette source singulière d'obligations tient aussi, à l'évidence, dans le risque qui pèserait sur le débiteur, engagé à la légère, de manière insouciante et sans contrôle par le jeu de sa seule volonté.

5. Reste que le droit positif n'est pas vierge en matière d'engagement unilatéral de volonté, source d'obligations.

D'abord, en droit social⁴, où son existence ne fait plus débat, ni en doctrine, où les auteurs lui font la part belle, ni en jurisprudence, puisque la chambre sociale de la Cour de cassation a, depuis plusieurs années, non seulement approuvé l'effet créateur de l'engagement unilatéral pris, soit individuellement à l'égard d'un salarié, soit collectivement envers l'ensemble des salariés de l'entreprise, mais encore, mis en place un régime juridique de cette source spécifique, que ce soit en ce qui concerne ses conditions de validité, sa durée, sa transmission, la sanction de son inexécution, etc.

Ensuite, on trouve quelques traces d'origine légale de l'engagement unilatéral de volonté en droit commercial. Ainsi, entre autres, sont parfois analysées par référence à cette source d'obligations, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (L. n° 85-697 du 11 juill. 1985)⁵, la souscription d'actions lors de la constitution d'une société anonyme⁶, la constitution du patrimoine affecté d'un entrepreneur individuel (art. L. 526-6 s. c. com.), l'acceptation d'une lettre de change⁷ ou la reprise d'une entreprise en difficulté.

Reste, enfin, le droit civil dans lequel la moisson est assez maigre, il faut en convenir... jusqu'à quelques récents arrêts, dont celui commenté. En effet, en dehors de l'offre de contrat de crédit émise par un établissement de crédit entrant dans le champ d'application du code de la consommation et la règle jurisprudentielle selon laquelle l'engagement unilatéral de volonté transforme une obligation naturelle en obligation civile⁸, les autres hypothèses le plus souvent évoquées (offre de contrat à personne déterminée et assortie d'un délai d'acceptation⁹, promesse de récompense¹⁰) ne font pas l'unanimité, les auteurs discutant sur le point de savoir si une autre source (contrat ou responsabilité civile extracontractuelle) n'est pas mieux à même d'expliquer la naissance de l'obligation.

6. En dépit de ce sombre bilan en droit civil, une lueur d'espoir scintille à l'horizon par la grâce d'une jurisprudence¹¹ qui semble, depuis quelques années, succomber au charme de cette source singulière d'obligations. Certes, il serait imprudent de douter les arrêts évoqués ici d'une trop forte portée, puisque trois d'entre eux sont inédits¹², mais il n'en reste pas moins qu'ils révèlent une expansion du domaine de l'engagement unilatéral de volonté, au-delà des hypothèses classiques et souvent discutées dans lequel il était traditionnellement confiné.

Dans ses observations sous l'arrêt du 17 octobre 2012, un commentateur se demandait si celui-ci n'annonçait pas la conquête de l'autonomie de l'engagement unilatéral de volonté, qui deviendrait alors « un mécanisme d'application générale »¹³, s'émancipant lentement mais sûrement de l'obligation naturelle. Cette prédiction semble s'être confirmée avec les arrêts suivants. Dans celui du 28 novembre 2012, la Cour de cassation a détecté l'existence d'un engagement unilatéral de façon « libérale », voire « décomplexée – sans que soit indiqué un quelconque critère ou de quelconques conditions ». Et le même commentateur de suggérer que « peut-être le présent arrêt porte-t-il témoignage d'une sorte de vénération traditionnelle et inconsciente du droit français pour la toute puissance de la volonté individuelle »¹⁴. La pertinence de la prophétie est accréditée plus encore par les arrêts les plus récents. Dans celui du 12 février 2013, la Cour de cassation a admis, une fois encore très libéralement, l'existence d'un

3. J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, PUF, 2000, spéc. n° 19.

4. V. en ce sens, M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral, PUF, 2012, spéc. p. 725 s.

5. Contra, C. Larroumet et S. Bros, Les obligations, Le contrat, Économica, 2014, spéc. n° 103bis.

6. Ibid.

7. En ce sens, V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, LGDJ, 2013, spéc. n° 435, qui citent à l'appui un arrêt de Dijon, 16 mars 1967, JCP 1968. II. 15426, dont le pourvoi a été rejeté par Com. 2 juill. 1979, Bull. civ. IV, n° 258. Contra, C. Larroumet et S. Bros, supra note 4, spéc. n° 101.

8. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, D. 1997. 155, note G. Pignarre, 1996. 120, obs. R. Libchaber, et 1997. 85, chron. N. Molfessis ; 4 janv. 2005, n° 02-18.904, D. 2005. 1393, note G. Loiseau ; RTD civ. 2005. 397, obs. J. Mestre et B. Fages; JCP 2005. II. 10159, obs. M. Mekki.

9. Pro, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 2014, spéc. n° 501 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, 2014, spéc. n° 58. Contra, M. Fabre-Magnan, supra note 3, spéc. p. 728 ; C. Larroumet et S. Bros, supra note 4, spéc. n° 99.

10. En ce sens, V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, supra note 6, spéc. n° 438. Contra, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, supra note 8, spéc. n° 503 ; C. Larroumet et S. Bros, supra note 4, spéc. n° 100.

11. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, RDC 2013. 43, obs. T. Genicon ; 28 nov. 2012, RDC 2013. 505, obs. T. Genicon ; Civ. 3^{re}, 12 févr. 2013, RDC 2013. 865, obs. T. Genicon, et l'arrêt commenté.

12. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, Civ. 3^{re}, 12 févr. 2013, et l'arrêt commenté.

13. T. Génicon, supra note 10, spéc. p. 52.

14. T. Génicon, supra note 10, spéc. p. 508.



engagement unilatéral à la charge du gérant d'une société qui s'était engagé à prendre personnellement en charge les travaux de reprise d'un bâtiment défectueux, engagement dont le client pouvait exiger l'exécution.

Dernière étape jurisprudentielle de cette extension du domaine de l'engagement unilatéral de volonté et de la reconnaissance de son statut autonome de source d'obligations, l'arrêt du 10 septembre 2015. D'une part, on pouvait légitimement se demander si, en l'espèce, l'engagement du directeur général n'avait pas été accepté par le directeur financier et si la qualification de contrat n'était pas plus pertinente que celle d'engagement unilatéral de volonté. D'autre part, l'existence de cet engagement, retenu par les juges du fond, a été « confirmée » par la Cour, alors que l'expression de l'engagement pris par le directeur général était « succincte ». Or on enseigne souvent que la validité d'un tel engagement suppose qu'il émane d'une volonté certaine et réfléchie. Autrement dit, la volonté unilatérale ne peut obliger celui qui l'exprime qu'à la condition qu'elle soit ferme, « afin d'éviter que le consentement de l'obligé ne soit surpris »¹⁵, et que « lorsque (son) objet est clairement déterminé de telle sorte que son bénéficiaire a pu légitimement croire en l'efficacité de sa promesse »¹⁶. Si on s'en tient à la lettre de l'arrêt, il n'est guère certain que de telles conditions étaient ici véritablement réunies.

Et on ne peut donc, au regard de cette jurisprudence récente et relativement abondante, même si l'engagement unilatéral de volonté demeure une source d'appoint simplement susceptible de se déployer que quand aucune autre source n'a vocation à justifier la naissance de l'obligation, s'empêcher de souscrire au double constat de Thomas Genicon. Non seulement, celui de l'extension du domaine de cette source d'obligations, mais encore celui d'une certaine inquiétude corrélative, étant entendu que l'obligation naît d'une volonté solitaire, qui court alors le risque de ne pas être exprimée lucidement et, donc, librement. Reste comme ultime instrument de contrôle la notion de cause qui permettrait au moins d'assurer la rationalité d'un tel engagement à l'image du rôle qu'elle joue en matière contractuelle. Et on en vient alors au second enseignement de l'arrêt commenté qui, précisément, constitue un hommage à cette notion aujourd'hui considérée comme moribonde.

II – Hommage à une moribonde

7. Moribonde la cause semble l'être, puisqu'après une charge pas très légère de la brigade des auteurs libéraux, cette notion a été considérée, ni plus ni moins, comme liberticide, d'autant que la Cour de cassation, l'exploitant à tout bout de champ, créait ainsi une insécurité juridique certaine. Et l'on sait que le projet de réforme du droit français des contrats semble avoir été sensible à cet hymne anti-causaliste, puisque la notion de cause a disparu des dispositions du futur titre III du livre III du Code civil, même si certaines de ses fonctions sont maintenues, tant pour assurer la protection de l'intérêt général contre des contrats contraires à l'ordre public¹⁷, que la protection de l'intérêt privé d'un contractant contre les contrats structurellement déséquilibrés¹⁸, sans compter la duplication de la jurisprudence qui avait, au nom de la cause, réputé non écrites des clauses abusives stipulées dans les contrats conclus entre professionnels.¹⁹

8. Or l'arrêt commenté nous enseigne que la notion de cause pourrait être utile dans d'autres hypothèses que celles maintenues dans le projet, par exemple dans le cas, fût-il marginal, de l'engagement unilatéral de volonté, étant entendu que celui-ci n'entre dans le champ d'application d'aucune des trois règles précitées. Dans son commentaire prophétique de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 12 février 2013²⁰, Thomas Genicon écrivait : « à supposer que l'engagement unilatéral ne cesse de s'émanciper en droit français – comme le font apparaître les derniers développements de la jurisprudence –, il faut peut-être en venir à souhaiter que ce mouvement aille de pair avec un contrôle accru de la cause et ce afin de ne pas donner trop facilement force obligatoire à des engagements en réalité mal fondés ou mal pesés »²¹. Ses voeux sont manifestement exaucés puisque c'est bien en exploitant la notion de cause que la Cour de cassation libère, dans l'espèce commentée, le débiteur de son engagement unilatéral à durée indéterminée.

En l'occurrence, la Cour considère que la cause de l'engagement unilatéral du débiteur de partager à parts égales tous les avantages de la société résidait dans son souhait « de préserver une bonne entente avec un cadre [le directeur financier] dont il estimait la présence nécessaire pour le développement et le redressement de l'entreprise ». Par conséquent, la démission de ce cadre privait de cause l'engagement unilatéral à durée indéterminée pris par le débiteur et emportait sa caducité.

15. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *supra* note 8, spéci. n° 503.

16. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *supra* note 1, spéci. n° 54.

17. Art. 1161 c. civ.

18. Art. 1167 c. civ.

19. Art. 1168 c. civ.

20. *Supra* note 10, spéci. p. 865 s.

21. *Ibid.*, spéci. p. 868.



La Cour de cassation opère donc non seulement un contrôle de la rationalité de l'engagement unilatéral en vérifiant qu'il était bien causé, mais encore subordonne la pérennité de cet engagement à celui de sa cause. La vitalité de l'engagement unilatéral suppose ainsi le maintien de sa cause, postérieurement à son expression, à sa naissance.

À cet égard, le rapprochement avec le rôle de la cause dans les contrats à exécution successive est patent. Dans quelques arrêts récents, en effet, la Cour de cassation a étendu le contrôle de la cause dans ce type de contrats. Plutôt que d'en cantonner le contrôle lors de leur formation et de l'appréhender comme une simple condition de validité, elle a décidé que le contrôle de l'existence de la cause pouvait être maintenu au stade de l'exécution du contrat, et provoquer sa caducité en cas de disparition²². Aussi, dans les contrats à exécution successive, la cause n'est-elle plus seulement une condition de validité du contrat, elle devient une condition de sa pérennité.

9. Ne nous leurrons pas, larrêt commenté, pas plus que les autres arrêts évoqués dans ces lignes, ne constituent ou n'annoncent une déferlante de l'engagement unilatéral de volonté dans l'univers paisible des sources des obligations, qui est et restera dominé par la loi et le contrat. Il révèle simplement que la Cour de cassation manifeste d'autant moins de méfiance et de défiance à son égard que, lorsqu'elle admet le pouvoir créateur de la volonté solitaire, elle lui assigne finalement un régime propre à en canaliser les risques et les excès.

22. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, D. 2008. 2937, et 2009. 747, chron. C. Creton ; RTD civ. 2009. 111, obs. J. Hauser, et 118, obs. B. Fages ; Defrénois 2009, art. 38916, obs. R. Libchaber ; JCP 2009. II. 10000, obs. D. Houtcief ; RDC 2009. 49. Comp. Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, D. 2014. 1915, note D. Mazeaud, et 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJCA 2014. 78, obs. J. Dubarry ; RTD civ. 2014. 884, obs. H. Barbier.



Index alphabétique

Bonne foi : 19 s.

Droit européen : 6 s., 29

Droits fondamentaux : 14, 29

Fondements contrat : 12 s.

Force obligatoire : 16

Justice contractuelle : 15

Liberté contractuelle : 13 s.

Notion de contrat : 9 s.

Réforme : 2 s.

Sécurité juridique : 17

Solidarisme contractuel : 20

Sources contrats : 28 s.

