



**PRÉPA DALLOZ**

**EXAMEN  
DU CRFPA**

**SUPPORT  
DE COURS  
2 0 2 0**

---

**Droit des obligations –  
Tome I**

9782993674789



Ce support est strictement réservé aux étudiants inscrits à Prépa Dalloz.  
Toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite.

**DALLOZ**



# DROIT DES OBLIGATIONS – Tome I

**Ecrit par Carole AUBERT DE VINCELLES**

**Mis à jour par Jean-François HAMELIN**

**Session 2020**





Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des oeuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

# DALLOZ

31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© Éditions Dalloz, 2020  
978-2-993-67478-9

# Plan du support de révision

## Partie 1 – Contrats et quasi-contrats

<b>Sous-partie 1 – Contrats</b> .....	13
<b>Thème 1 – Introduction au droit des contrats</b> .....	15
Section 1 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS .....	16
§ 1. Réforme nationale .....	16
§ 2. Mouvements européens .....	18
Section 2 – GÉNÉRALITÉS .....	19
§ 1. Notion de contrat .....	19
§ 2. Fondements du droit des contrats .....	20
§ 3. Sources du droit des contrats .....	27
<b>Thème 2 – Processus de formation du contrat</b> .....	95
Section 1 – CONCLUSION DU CONTRAT .....	97
§ 1. Processus classique : acceptation d’une offre .....	97
§ 2. Processus progressif : les phases préparatoires .....	101
§ 3. Processus particuliers : les contrats à distance .....	110
Section 2 – FORME DU CONTRAT .....	111
§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats .....	112
§ 2. Manifestations du formalisme .....	112
<b>Thème 3 – Consentement</b> .....	128
Section 1 – PROTECTION A <i>PRIORI</i> .....	130
§ 1. Obligation d’information .....	130
§ 2. Délais de réflexion et de rétractation .....	134
Section 2 – PROTECTION A <i>POSTERIORI</i> .....	135
§ 1. Existence du consentement .....	136
§ 2. Vices du consentement .....	136
<b>Thème 4 – Contenu du contrat (1)</b> .....	159
Section 1 – CONFORMITÉ À L’ORDRE PUBLIC .....	161
§ 1. Notions .....	161
§ 2. Mise en œuvre .....	162
Section 2 – L’OBJET : LES PRESTATIONS .....	166
§ 1. Existence de la prestation .....	166
§ 2. Détermination de la prestation .....	167
Section 3 – LA CONTREPARTIE .....	172
§ 1. Abandon de la notion de cause .....	172
§ 2. Exigence d’une contrepartie convenue .....	173
<b>Thème 5 – Le contenu du contrat (2) : l’équilibre du contrat</b> .....	187
Section 1 – LA LÉSION .....	188
§ 1. Principe d’indifférence .....	188
§ 2. Exceptions .....	188



Section 2 – LES CLAUSES DÉSÉQUILIBRANTES.....	190
§ 1. Droit commun : les clauses réputées non écrites .....	190
§ 2. Droit de la consommation : les clauses abusives entre professionnels et consommateurs.....	193
§ 3. Droit commercial : les obligations déséquilibrées entre professionnels .....	201
<b>Thème 6 – Les sanctions de la formation du contrat .....</b>	<b>214</b>
Section 1 – NULLITÉ .....	215
§ 1. Notion de nullité .....	215
§ 2. Régime de la nullité.....	217
Section 2 – CADUCITÉ .....	223
§ 1. La caducité en général.....	223
§ 2. La caducité dans le cadre d’ensembles contractuels.....	225
<b>Thème 7 – L’exécution du contrat .....</b>	<b>248</b>
Section 1 – LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT .....	250
§ 1. Contenu à exécuter .....	250
§ 2. Modification du contrat et changement de circonstances.....	256
Section 2 – DURÉE DU CONTRAT.....	260
§ 1. Rupture du contrat.....	260
§ 2. Prolongation du contrat .....	264
Section 3 – L’INTERPRÉTATION.....	266
§ 1. Objet de la recherche.....	266
§ 2. Contrôle .....	266
<b>Thème 8 – Les sanctions de l’inexécution du contrat.....</b>	<b>275</b>
Section 1 – DISPOSITIONS COMMUNES.....	277
§ 1. Choix des sanctions .....	277
§ 2. Force majeure .....	278
Section 2 – TYPOLOGIE DES SANCTIONS.....	281
Sous-section 1 – Exception d’inexécution.....	281
§ 1. Conditions .....	281
§ 2. Effets .....	281
Sous-section 2 – Exécution forcée .....	282
§ 1. Exécution forcée par le débiteur .....	282
§ 2. Exécution forcée par un tiers .....	284
Sous-section 3 – Réduction du prix.....	284
Sous-section 4 – Résolution du contrat.....	285
§ 1. Modes de résolution .....	286
§ 2. Effets de la résolution.....	290
<b>Thème 9 – Responsabilité contractuelle.....</b>	<b>307</b>
Section 1 – RESPONSABILITÉ LÉGALE.....	309
§ 1. Mise en jeu de la responsabilité.....	309
§ 2. Effets : la réparation .....	322
Section 2 – AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS .....	324
§ 1. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité .....	325
§ 2. Clauses pénales .....	328



<b>Thème 10 – Effet relatif du contrat</b> .....	346
Section 1 – SIGNIFICATION .....	347
§ 1. Effet obligatoire à l'égard des parties .....	347
§ 2. Opposabilité aux tiers .....	347
Section 2 – CAS PARTICULIERS .....	350
§ 1. Simulation .....	350
§ 2. Groupe de contrats .....	351
§ 3. Cession de contrat.....	353
<b>Thème 11 – Contrats pour autrui</b> .....	365
Section 1 – LA REPRÉSENTATION .....	366
§ 1. Constitution de la représentation .....	366
§ 2. Effets de la représentation .....	367
Section 2 – LA STIPULATION POUR AUTRUI .....	369
§ 1. Conditions .....	369
§ 2. Effets .....	370
Section 3 – LA PROMESSE DE PORTE-FORT.....	371
§ 1. Porte-fort dit de ratification .....	371
§ 2. Porte-fort dit d'exécution .....	371
<b>Sous-partie 2 – Quasi-contrats</b> .....	375
<b>Thème 12 – Quasi-contrats</b> .....	377
Section 1 – LES QUASI-CONTRATS DU CODE CIVIL.....	379
Sous-section 1 – Gestion d'affaire.....	379
§ 1. Conditions .....	379
§ 2. Effets .....	380
Sous-section 2 – Paiement de l'indu .....	381
§ 1. Conditions .....	382
§ 2. Effets .....	383
Sous-section 3 – Enrichissement injustifié.....	383
§ 1. Conditions .....	384
§ 2. Effets .....	387
Section 2 – LES AUTRES QUASI-CONTRATS .....	387



# Programme du CRFPA

L'arrêté du 17 octobre 2016, modifié par l'arrêté du 2 octobre 2018, fixe le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats. L'épreuve d'admissibilité comprend « Une épreuve en droit des obligations, d'une durée de trois heures. La note est affectée d'un coefficient 2 [...] ».

L'annexe précise que le droit des obligations se compose des quatre matières suivantes : I. Contrats et autres sources des obligations ; II. Responsabilité civile ; III. Régime général de l'obligation ; IV. Preuves.





## Partie 1

# Contrats et quasi-contrats

# Bibliographie générale

## 1. Ouvrages généraux

---

- ANDREU L., THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, Gualino, Amphi LMD, 4<sup>e</sup> éd., 2019
- BÉNABENT A., *Droit civil, les obligations*, Domat Montchrestien, 18<sup>e</sup> éd., 2019.
- CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz coll. Cours, 13<sup>e</sup> éd., 2018.
- CARBONNIER J., *Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », volume II, 2004.
- CHENEDE F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019-2020*, Dalloz Référence, 2<sup>e</sup> éd., 2018.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Tome I, Le contrat*, PUF, coll. « Thémis », 5<sup>e</sup> éd., 2019 ;  
*Tome II, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis », 4<sup>e</sup> éd., 2019.
- FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2019.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, Armand Colin, 17<sup>e</sup> éd., 2020.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 2, Le fait juridique*, Armand Colin, 15<sup>e</sup> éd., 2020.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 9<sup>e</sup> éd., 2015.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil*, LGDJ.
- La formation du contrat, Tome 1*, 4<sup>e</sup> éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet).
- La formation du contrat, Tome 2*, 4<sup>e</sup> éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet).
- Les effets du contrat* (par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau), 3<sup>e</sup> éd., 2001.
- HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, Larcier, coll. Paradigme, 4<sup>e</sup> éd., 2018.
- LARROUMET Ch., BROS S., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Économica, 9<sup>e</sup> éd., 2018.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois, 10<sup>e</sup> éd., 2018.
- MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., *Droit des obligations*, LexisNexis, 15<sup>e</sup> éd., 2019.
- PORCHY-SIMON S., *Les obligations*, Dalloz, coll. « Hypercours », 12<sup>e</sup> éd., 2019.
- REVET T. et F. ZENATI-CASTAING, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, quasi-contrats*, PUF, coll. Droit fondamental, 1<sup>re</sup> éd., 2014.
- TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 12<sup>e</sup> éd., 2018.
- TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHENEDE F., *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome II (obligations, contrats spéciaux, sûretés)*, Dalloz, 13<sup>e</sup> 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.



- ASSOCIATION H. CAPITANT, MAZEAUD D., PICOD Y., *La violence économique, D.*, coll. Thèmes et commentaires, 2017.
- CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 9<sup>e</sup> 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., 2<sup>e</sup> éd., 2018.
- JAMIN Ch. et MAZEAUD D. (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- JULIEN J., *Droit de la consommation, LGDJ*, coll. Précis Domat, 2<sup>e</sup> éd., 2017.
- 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.
- MORTIER R. (dir.), *Incidences de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'affaires, D.*, coll. Thèmes et commentaires, 2018.
- PECH-LE GAC S. (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016.
- PICOD Y., *Droit de la consommation*, Sirey, 3<sup>e</sup> 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. Ghestin (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. La réforme du droit des contrats connaît désormais sa forme finale et définitive depuis la **loi n° 2018-287 du 20 avril 2018** ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La procédure a fait l'objet de renvois entre l'Assemblée nationale et le Sénat, jusqu'à une commission mixte paritaire, pour trancher les dernières divergences entre un Sénat très réfractaire aux dispositions protectrices de la réforme et une Assemblée nationale ne souhaitant rien modifier. Certaines modifications substantielles sont à noter ainsi qu'une application dans le temps complexifiée.

## 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, côté 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<sup>er</sup> 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).

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 controverses <sup>1</sup>, le texte a été remanié, sans qu'il ait été rendu public. La Chancellerie a déposé un projet de loi en

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





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 févr. 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 2016<sup>2</sup> avec le Rapport remis au Président de la République. Déposé dès juillet 2016, le projet de loi de ratification n'a été adopté qu'après la réunion d'une commission mixte paritaire pour une publication finale de la loi le 20 avril 2018. Celle-ci opère quelques modifications, certaines mineures d'autres plus substantielles, mais l'esprit et la substance restent les mêmes sans bouleversements malgré la volonté contraire du Sénat. Maintenant que la réforme du droit général des contrats est achevée, se dessine le projet d'une nouvelle réforme, celle des contrats spéciaux du Code civil datant, eux-aussi, de 1804<sup>3</sup>.

5. Dans son **contenu**, la réforme issue de l'ordonnance 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 topique 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).

La ratification de l'ordonnance a cristallisé des divergences de fond entre le Sénat et l'Assemblée nationale portant essentiellement sur l'obligation d'information, la notion de contrat d'adhésion, la notion de clause abusive, l'abus de dépendance et la révision pour imprévision. À part la révision pour imprévision qui est finalement restée identique, les autres dispositions ont fait l'objet de quelques modifications.

6. L'**application dans le temps** de la réforme s'est complexifiée avec la loi de ratification qui a opéré des modifications substantielles obligeant à prévoir des dispositions transitoires (art. 16). Il faut désormais distinguer trois périodes :

**Jusqu'au 30 septembre 2016**, application du droit issu du Code civil de 1804 pour tous les contrats conclus jusqu'à cette date, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public » (ajout de la loi de ratification du 20 avril 2018), et y compris pour les affaires en cours de jugement,

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

3. V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, D. 2017. 1660.



qu'elles soient en appel ou en cassation (ordon., art. 9, al. 4)<sup>4</sup>. La connaissance du droit des contrats antérieur à cette réforme est donc encore nécessaire.



### Actualité

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a été obligée de rappeler aux juges du fonds qu'en vertu de l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « *les dispositions de cette ordonnance sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 sept. 2018, n° 17-24347, PB).

– **À partir du 1<sup>er</sup> octobre 2016**, entrée en vigueur de la réforme issue de l'ordonnance :

- pour les contrats conclus après cette date ;
- pour les interpellations interrogatoires dans le cadre d'un pacte de préférence (C. civ., art. 1123, al. 3 et 4), d'une représentation (C. civ., art. 1158) et de la nullité (C. civ., art. 1183) indépendamment de la date de conclusion du contrat ;
- application rétroactive de certaines modifications apportées par la loi de ratification (art. 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221) en raison de leur « caractère interprétatif » (ces dispositions doivent être interprétées, dès le 1<sup>er</sup> oct. 2016, dans le sens donné par la loi de ratification).

– **À partir du 1<sup>er</sup> octobre 2018** : entrée en vigueur de la loi de ratification pour les modifications apportées aux dispositions de l'ordonnance (art. 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1223 du Code civil et les art. L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du Code monétaire et financier) concernant les actes juridiques conclus ou établis après cette date.

À ces dispositions légales transitoires, il faut ajouter que le juge a tendance à interpréter les anciennes dispositions à l'aune des nouvelles afin d'anticiper l'application de la réforme.

Le phénomène est particulièrement vrai en ce qui concerne le caractère absolu ou relatif des nullités, ce qui a conduit à de nombreux revirements (v. not. Com. 22 mars 2016, n° 14-14218, PB ; Ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20411, PBRI).

Toutefois, le juge doit rester prudent et mesuré dans ces applications anticipées afin de ne violer ni la Convention européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'art. 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 (CEDH, 2<sup>e</sup> sect., 14 fév. 2006, n° 67847/01, *Lecarpentier c/ France*, D. 2006. 717, obs. C. Rondey ; RTD civ. 2006. 261, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD com. 2006. 462, obs. D. Legeais) ni la Constitution (**Cons. const. 12 janv. 2018**, n° 2017-685 QPC, Dalloz actualité, 19 janv. 2018, obs. Kilgus N. ; JCP G 2018, 242, note Grynbaum L. et Gahdoun P.-Y. ; AJCA 2018, p. 80, Marly P.-G ; GP 10 avril 2018, note D. Houtcieff).

Ce faisant, il est probable que des divergences de jurisprudence voient le jour. Ainsi, la chambre sociale semble vouloir adapter sa jurisprudence aux définitions que la réforme donne de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat (v. **Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104**<sup>5</sup>). En revanche, la troisième chambre civile a réitéré sa jurisprudence Consorts Cruz et ainsi démontré qu'elle ne souhaitait pas appliquer de manière anticipée le nouvel article 1124 du Code civil (v. **Civ. 3<sup>e</sup>, 6 déc. 2018, n° 17-21170, inédit**), qui prévoit, dans son deuxième alinéa et au rebours de la jurisprudence précitée, que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

## § 2. Mouvements européens

7. 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

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

5. D. 2017. 2289, note Bauduin et Dubarry, et 2007, note Mazeaud ; AJ Contrat 2017. 480, obs. Bucher ; RTD civ. 2017. 837, obs. Barbier ; D. 2018, chron. 371, obs. Mekki ; Cass., ch. mixte, 24 fév. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793, note Fauvarque-Cosson ; AJ Contrat 2017. 175, obs. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. Barbier ; D. 2018, chron. 371, obs. Mekki



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) <sup>6</sup>. Il ne s'agit pas là de droit positif puisque ces Principes ont été 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.

8. 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 » <sup>7</sup> (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).

9. 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, qu'elle concentre aujourd'hui essentiellement sur le droit contractuel de la consommation.

## Section 2 – GÉNÉRALITÉS

### § 1. Notion de contrat

10. 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'entière réforme, la référence antérieure aux types d'obligations (donner, faire, ne pas faire).

11. 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

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

7. 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.



d'obligation naturelle qui se nove en obligation civile (V. dern. **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 2017, n° 16-24533**, GP 9 janv. 2018, n° 1 p. 36 Houtcieff ; D. 2018. 371, obs. Mekki ; Civ. 1<sup>re</sup>, 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).



#### A noter

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<sup>re</sup>, 10 sept. 2015, n° 14-20498**, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud<sup>8</sup> ; 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.

**12.** 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 au cours des différentes moutures des projets et encore dernièrement avec la loi de ratification (art. 1110 al. 2).



#### À noter

L'ordonnance définissait le contrat de gré à gré comme celui dont les « stipulations sont librement négociées entre les parties » que la loi de ratification modifie par « celui dont les stipulations sont **négociables** entre les parties ». L'essentiel de la modification porte sur l'alinéa 2 concernant le contrat d'adhésion qui n'est plus « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » mais « celui qui comporte un **ensemble de clauses non négociables**, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Cette modification, fruit de la deuxième lecture devant le Sénat, permet d'étendre la catégorie des contrats d'adhésion, au-delà des contrats de masse, à tous ceux qui contiennent une majorité ( ? ) de clauses non négociables, sans exclusivité, et indépendamment de l'existence ou non de « conditions générales »<sup>9</sup>. Cette nouvelle définition a des conséquences sur celle des clauses abusives (art. 1171 ; v. Thème n° 5)

## § 2. Fondements du droit des contrats

**13.** 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.

8. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2015, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud

9. V. not. Latina M., Chantepie G., Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat, D. 2018, p. 309 ; Revet Th., L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, D. 2018. 124.





### 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'ordonnance<sup>10</sup> 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 (art. 1102), la force obligatoire rajoutée dans l'ordonnance finale (nouv. art. 1103), et la bonne foi (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 ».

### A. Liberté contractuelle

**14.** 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 2013<sup>11</sup>. V. ég. Cons. const. 19 déc. 2000<sup>12</sup>. 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 (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<sup>re</sup>, 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<sup>re</sup>, 20 mai 2010, n° 09-65.045, *JCP* 2010. 925 note Planckeele ; *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

10. 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.

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

12. 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.



peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », Civ. 3<sup>e</sup>, 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).

**15.** La **limite** de la liberté contractuelle est l'**ordre public** (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).

#### A noter

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 fondamentaux<sup>13</sup> 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<sup>re</sup>, 10 juin 2015**, n° 14-20790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTDciv.* 2015. 825, obs. Marguénaud).

**16.** 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 fautive. Le **monde contractuel changeant** du xx<sup>e</sup> 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 ?

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





## Actualité

Les pouvoirs du juge<sup>14</sup> 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

**17. 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.).

**18.** 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<sup>re</sup>, 3 mars 2011, n° 09-70.754, *JCP* 2011. 566 n° 14 obs. Ghestin). 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).

#### 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<sup>e</sup>, 18 mars 2009**<sup>15</sup>.

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.

**19.** 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

14. 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.

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



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

20. 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, indépendamment de l'application de droits spéciaux (pour une application du principe de bonne foi dans le cadre d'une procédure collective, démontrant son caractère transversal : **Civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept 2017**, n° 16-18840, RTD civ. 2017. 858, obs. Barbier, D. 2018. 371, obs. Mekki : « l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du locataire n'a pas pour effet de dispenser le bailleur de mettre en œuvre, de bonne foi, la clause résolutoire »). 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.

21. 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.

22. 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.

#### 1) Loyauté

23. 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<sup>re</sup>, 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<sup>e</sup>, 27 mars 1991 <sup>16</sup>).

16. n° 89-16975, *Bull. civ.* III, n° 108, CCC. 1991 n° 133 obs. Leveneur ; *Defrénois* 1991. 1265 obs. Aubert. – Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1995, n° 92-17.907





**24.** 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<sup>re</sup>, 23 janv. 1996<sup>17</sup>). 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<sup>os</sup> 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<sup>e</sup>, 4 nov. 2010, n<sup>o</sup> 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<sup>e</sup>, 21 mars 2012, n<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 13-23.859 et 14-10.221, CCC 2015, comm. 38).

**25.** 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. 2007**<sup>18</sup>). 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, 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, art. 1104). Pour faire un parallèle avec la clause résolutoire, 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, 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, art. 1104).

Même si une telle jurisprudence n'a pas été codifiée par la réforme, il y a tout lieu de penser qu'elle sera maintenue par la Haute juridiction pour les contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016. En effet, la Cour de cassation a réaffirmé sa jurisprudence antérieure à de multiples reprises postérieurement à la réforme (v. not. Com. 3 mai 2018, n<sup>o</sup> 16-20741, inédit ; Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 2016, n<sup>o</sup> 15-22844, inédit ; Com. 8 nov. 2016, n<sup>o</sup> 14-29770, inédit). Toutefois, il faut rester prudent car ces arrêts sont rendus sous l'empire du droit antérieur.



#### 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<sup>e</sup>, 21 mars 2012** (n<sup>o</sup> 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

17. n<sup>o</sup> 93-21.414, *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 36, D. 1997. 571 note Soustelle.

18. *GAJC* Tome 2 n<sup>o</sup> 164 ; D. 2007. 2839 note Stoffel-Munck et 2844 note Gautier ; *JCP* 2007. II. 10154 note Houtcieff ; *Defrénois* 2007. 1454 obs. Savaux ; *RDC* 2007. 1107 obs. Aynès et 1110 obs. Mazeaud. Voir depuis : Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mars 2009, n<sup>o</sup> 07-21.260, *RTD civ.* 2009. 528 obs. Fages ; *RDC* 2009. 1358 obs. Mazeaud, D. 2010. 224 obs. Fauvarque-Cosson. – Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2009, n<sup>o</sup> 04-19.923, D. 2010. 476 note Billefont ; *RDC* 2010 p. 561 obs. Laithier, p. 564 obs. Mazeaud, p. 666 obs. Seube. – Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, n<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 12-22.952, D. 2013. 2617, note Mazeaud ; D. 2014. 630, obs. Mekki ; CCC 2014, comm. 1, obs. Leveneur.



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, doct. 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 contienne 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 ».

**26.** 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<sup>e</sup>, 28 janv. 2009<sup>19</sup> : 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).



#### À noter

La Cour de cassation a érigé l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui au rang de **principe général du droit** : **Com., 20 sept. 2011**, n° 10-22.888, JCP 2011. 1250, note D. Houtcieff ; RTD civ. 2011. 760, obs. B. Fages.

## 2) Coopération

**27.** 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.).

**28.** 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**, Huard<sup>20</sup>) et un mandant (**Com., 24 nov. 1998**<sup>21</sup>) devaient pratiquer des prix concurrentiels. Ainsi appliquée, l'exigence de bonne 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<sup>re</sup>, 16 mars 2004<sup>22</sup>).

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

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

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

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





## Actualité

L'obligation de loyauté, voire de coopération retenue en l'espèce, peut imposer de « négociier » un protocole devenu difficilement réalisable et « de proposer des conditions acceptables », dans le cadre d'un contrat de franchise : **Com., 16 mars 2017**, n° 15-16406, GP 26 sept 2017 n° 32, p. 31, note Houtcieff ; D. 2018. 371, obs. Mekki ; RDC 2018. 21, obs. Stoffel-Munck.

### § 3. Sources du droit des contrats

**29.** 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'ancien article L. 442-6 I 2° du code de commerce (devenu l'art. L. 442-1, I, 2° C.com.), 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. const. 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. const. 18 mai 2016**, n° 2016-542, QPC, *D.* 2016. 1076. *Cf.* Thème 5 n° 32).

**30.** 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 conventionalité exercé par les tribunaux nationaux.

**31.** 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).

**32.** 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.





### 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.

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

Dossier AJ contrat 2017, p. 459 : Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats ?

### Lectures thématiques

---

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

**Civ. 1<sup>re</sup>, 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 Houtcieff ; *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. const. 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.

BALAT N., Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ?, *D.* 2018, p. 2099 et s.

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, Economica* 2009, p. 75.



- DISSAUX N., Les mystères du contrat-cadre, *AJ Contrat* 2017. 104. 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.
- HAFTEL B., Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge, *D.* 2015. 1378.
- JAMIN Ch., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *Mélanges J. Ghestin*, 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), *RTD civ.* 2016. 70.
- RIPERT G., L'ordre économique et la liberté, *in Mélanges Geny*, tome II, Sirey, 1934, p. 347.
- SUDRE F., Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?, *JCP* 2017, doctr. 289. 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. 2010), *RDC*. 2011. 639 s. (débat). Les principes directeurs du droit des contrats, *RDC* 2013. 311 s. (débat).
- « 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).
- « Le nouveau discours contractuel », colloque sous la dir. Chatepie G. et Dissaux N., *RDC* 2016. 571 s.

## 2. La réforme des contrats

- BARBIER H., Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD civ.* 2016. 247.
- 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.
- DE FONTMICHEL M., Les nouvelles actions interrogatoires, *D.* 2016. 1665.
- 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.
- FRION J.-J., Le juge et la réforme du droit des contrats, *RLDC* 2015 n° 132 Supplément.
- GAUDEMET 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.
- LOISEAU G., Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats, *CCE* 2016, étude 15.



- 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., Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, *JCP* 2016. 454.
- REVET Th., Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du Code civil, *D.* 2016. 1771.
- 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.
- VINEY F., L'expansion du « raisonnable » dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ?, *D.* 2016. 1940.
- 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.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>).
- « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », Dossier RDC avril 2016, Hors série.
- « Le projet de réforme du droit des contrats », Colloque publié à la *RDC* 2015, p. 615 s.

### III. Aperçu des publications récentes

---

#### 1. Généralités

- ANCEL F., Quel juge pour le contrat au 21<sup>e</sup> siècle ?, *D.* 2017. 721
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, *D.* 2017. 1660
- AUQUE F., Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, *D.* 2018. 423
- CRESSARD B., Contrat de franchise et bonne foi Repères et perspectives, *AJ contrat* 2017, p. 163
- DELPECH X., Propositions de réforme du droit des contrats spéciaux et du droit des suretés, *AJ contrat* 2017, p. 404
- LAGARDE X., Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires, *D.* 2017. 715

#### 2. Sur la réforme des contrats (articles généraux <sup>1)</sup>)

- ANCEL F., Quel juge pour le contrat au 21<sup>e</sup> siècle ?, *D.* 2017. 721
- BENABENT A., Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats, *D.* 2018, p. 1024 et s.
- CANIVET G., Améliorer le droit des contrats ....., *AJ contrat* 2017, p. 505

---

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



- CHÉNEDÉ F., Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats. À propos de quelques observations de la Direction des affaires civiles et du Sceau et de leurs suites, D. 2017. Chron. 2214
- CHÉNEDÉ F., La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres, AJ contrat 2018, p. 25
- DELPECH X., Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la Finance ?, AJ contrat 2017, p. 352
- DESHAYES O., GÉNICON T. et LAITHIER Y.-M., Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations-. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, JCP 2018, doct. 529
- ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats, D. 2017. 1312
- HOUTCIEFF D., Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène, GP 17 avril 2018, n° 15 p. 14
- LATINA M., CHANTEPIE G., Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat, D. 2018, p. 309
- MAZEAUD D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, D. 2018, p. 912 et s.
- MEKKI M., Nouvelles pratiques contractuelles après la réforme du droit des contrats, Dalloz formation, 9 sept. 2017.
- MOLFESSIS, Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, JCP 2017, 1045
- PENIN O., La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats, CCC 2017, étude 9
- REVET Th., L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, D. 2018. 124
- « Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats ? », Dossier AJ contrat 2017, p. 459
- « Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats », rubrique Débats, RDC 2017, p. 166 et 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** – DESHAYES O., GÉNICON T. et LAITHIER Y.-M., Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations-. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, JCP 2018, doctr. 529

**Annexe 4** – BENABENT A., Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats, D. 2018, p. 1024 et s.

**Annexe 5** – MAZEAUD D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, D. 2018, p. 912 et s.

---

## **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. À 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 vœu 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. À 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° et 2° 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° et 12° 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 I<sup>er</sup> 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 I<sup>er</sup> : DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Le titre I<sup>er</sup> modifie les dispositions relatives au livre III du Code civil. Il est composé de quatre articles.

L'article 1<sup>er</sup> 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° à 9° ainsi qu'à une partie du 11° 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° et 11° 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° de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1353 à 1386-1 du Code civil.

I. – L'article 1<sup>er</sup> modifie substantiellement le plan du livre III du Code civil en en modifiant les titres III, IV, et IV *bis*. Les titres I<sup>er</sup> 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 I<sup>er</sup> 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 I<sup>er</sup> : Le contrat

Le sous-titre I<sup>er</sup> intitulé « Le contrat » se subdivise en quatre chapitres, relatifs aux dispositions liminaires (chapitre I<sup>er</sup>), 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'entière vie juridique du contrat, de sa formation à sa fin, facilite également la compréhension et l'application des règles énoncées.

### Chapitre I<sup>er</sup> : Dispositions liminaires

Le chapitre I<sup>er</sup>, 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 I<sup>er</sup> 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 générateur 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 découvrirait 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. À 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<sup>er</sup>) ; 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 important 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 rencontré 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 rescision 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<sup>er</sup> 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 rescision 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 éparpillées 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<sup>er</sup> 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 États 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 insérée 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'*a 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 dénatura-tion 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<sup>er</sup> (*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<sup>er</sup> 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'écarter 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. À 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>o</sup> 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 esquissé 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<sup>er</sup> 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 à 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'*a 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° 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<sup>re</sup>, 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 générateur, 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 générateur 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> 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 I<sup>er</sup> : La gestion d'affaires

Le chapitre I<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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 tenter 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 1<sup>er</sup> : 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 plurielle.

### 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 défaille 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 conditionne) : 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<sup>er</sup> 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 d'obligation « 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 divisée 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<sup>er</sup>) 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 incessible. 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<sup>er</sup> 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 corrélatrice 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 délégant ni entre délégant et délégataire – avant d'en donner l'une des spécificités : l'inopposabilité par le délégué au délégataire des exceptions tirées de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre délégant et délégataire (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 délégataire acceptant – de manière expresse – de décharger le délégant (article 1337) et la délégation dite imparfaite ou simple, qui donne au créancier délégataire un second débiteur, le délégué, sans libérer le délégant (article 1338). Le dernier article consacré à la délégation introduit, afin de mettre fin à des incertitudes doctrinales et jurisprudentielles, des dispositions nouvelles sur le sort de l'obligation du délégué envers le délégant, 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 délégant ne peut s'éteindre qu'avec l'exécution de l'obligation nouvelle assumée par le délégué (alinéa 1<sup>er</sup>) ; jusqu'à cette extinction, la créance du délégant sur le délégué



n'est ni disponible ni saisissable (alinéas 2 et 3) ; en cas de délégation novatoire, la libération du délégant par le délégataire libère aussi le délégué à l'égard du délégant à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire (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 clôt 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 quérable 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 consignat 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 translatrice 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 translatrice 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<sup>er</sup>) 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'elle 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<sup>er</sup>) 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 induite 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° 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 I<sup>er</sup> : Dispositions générales

Le chapitre I<sup>er</sup> 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 de 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 celui 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<sup>er</sup> 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 rencontre, 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 consécutivement 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. Établi 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 déférer 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 déférer le serment.

## Titre II : DISPOSITIONS DE COORDINATION

V. – L'article 5 énumère dans ses 1<sup>o</sup> à 4<sup>o</sup>, 7<sup>o</sup> et 10<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> déplace la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances introduite à l'article 1244-4 du Code civil par la loi n<sup>o</sup> 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<sup>er</sup> 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.

Veillez 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<sup>er</sup> 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 consécration 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 innommés (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 consécutions

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 consécution 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<sup>er</sup>) ; 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 consécutions

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.

Païement 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 réhibitoire, 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 consécration

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
<b>Rétractation du promettant</b>	
Obstacle à la formation du contrat	N'empêche pas cette formation (art. 1124)
<b>Imprévision</b>	
Refus de prise en compte	Renégociation et révision (art. 1195)
<b>Acquéreurs successifs du même immeuble</b>	
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 ( <i>art. 1156</i> )
Engagements perpétuels	
Sanction : nullité	Sanction : ouverture du droit à résiliation ( <i>art. 1210</i> )
Enrichissement injustifié	
Faute de l'appauvri : privation de toute indemnité	Simple minoration de l'indemnité ( <i>art. 1303-2</i> )
Restitutions	
Refus de toute indemnité pour la jouissance	Droit à restitution pour la jouissance ( <i>art. 1352-3</i> )

**Annexe 3** – Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations –  
Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018

**Étude par Olivier Deshayes professeur de droit privé, directeur du Laboratoire d'études juridiques et politiques de l'université de Cergy-Pontoise (EA – 4458) et Thomas Genicon professeur à l'université Rennes-I et Yves-Marie Laithier professeur à l'École de droit de la Sorbonne – université Paris 1**

Contrats et obligations

Deux ans après son adoption, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient d'être ratifiée par une loi du 20 avril 2018. Cette ratification s'accompagne de changements non négligeables portant notamment sur le contrôle du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, le régime de la rupture fautive des pourparlers, le domaine de la réticence dolosive et de l'abus de l'état de dépendance, l'exécution forcée en nature, la capacité et la représentation des personnes morales. La présente étude examine la teneur et l'entrée en vigueur des modifications intervenues. Elle met également en lumière les nombreux apports des travaux préparatoires.

1.– La loi n° 2018-281 du 20 avril 2018 ratifie l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Cette loi est importante pour trois raisons. Premièrement elle clôt le processus de réforme ouvert par la loi d'habilitation du 16 février 2015. Deuxièmement, elle transforme la nature et le statut juridique de l'ordonnance. Alors que le texte avait jusqu'alors conservé la nature d'acte « de forme réglementaire »<sup>1</sup>, il accède désormais au statut de loi en se confondant avec l'acte qui en approuve le contenu. Cette appropriation par le Parlement du texte du Gouvernement produit deux conséquences. D'une part, l'ordonnance ne peut plus faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. D'autre part, les hypothétiques dépassements de l'habilitation donnée par le Parlement ne peuvent plus être contestés<sup>2</sup>. Troisièmement et surtout, la loi ne se contente pas de ratifier l'ordonnance. Elle apporte aussi un certain nombre de changements : 21 articles du Code civil sont retouchés ; 2 nouveaux articles sont introduits dans le Code monétaire et financier ; une précision est apportée à l'article 9 de l'ordonnance relatif à l'application dans le temps des textes de 2016. C'est sur ces points que nous voudrions plus particulièrement nous arrêter.

2. – Il faut dire d'emblée que les modifications introduites par la loi de ratification (V. Tableau en annexe de l'Étude) ne sont pas telles qu'on puisse parler de réforme de la réforme. Il s'agit plutôt d'une ratification-rectification, dont l'ampleur est finalement modeste au regard du nombre de dispositions du Code civil réécrites par l'ordonnance<sup>3</sup>. Le Parlement, à vrai dire, n'avait guère le choix. Le Gouvernement, en précipitant l'entrée en vigueur de

1. V. Cons. const. 29 févr. 1972, n° 72-73 L : « les ordonnances qui ont fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la Constitution, demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue » (JO 18 mars 1972, p. 2849)

2. V. Cons. const. 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, cons. 36 : « qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait dépassé les limites de l'habilitation » (JO 10 déc. 2004, p. 20876).

3. En ce sens également, V. T. Revet, *Le temps d'après* : RDC 2018, p. 1 : « le nombre des modifications (...) est des plus modestes au regard du volume des dispositions issues de la réforme gouvernementale ».



l'ordonnance au 1<sup>er</sup> octobre 2016, a en effet pratiqué la politique du fait accompli et créé les conditions pour que remontent aux assemblées de nombreuses et légitimes exhortations, faites au nom de la sécurité juridique, à ce que la ratification intervienne sans nouvelles modifications<sup>4</sup>. Entravé dans son action, le Parlement n'a pas pu exercer librement ce contrôle dont la perspective avait pourtant été un argument, pour ne pas dire une promesse, destiné à justifier le recours au procédé de l'ordonnance... Quoi qu'il en soit, et même sous cette réserve, il est regrettable que le Parlement se soit borné à un contrôle presque négatif des dispositions introduites par l'ordonnance, cherchant avant tout à prendre en compte et à apaiser les inquiétudes exprimées, et qu'il n'ait pas, plus positivement, saisi l'occasion de la ratification pour achever la réforme. Le législateur n'a consacré ni distinction, ni notion, ni réglementation nouvelle (manquent, entre autres, la clause de dédit ou la promesse synallagmatique). Il n'a pas même complété le régime des institutions pourtant en mal de précisions (la promesse unilatérale, le pacte de préférence, la caducité, l'exception d'inexécution, les effets de la nullité et de la résolution à l'égard des tiers, la cession de dette, la cession de contrat...). L'ensemble a été adopté sans réelle difficulté. Seuls trois ou quatre points de désaccords ont conduit à ce qu'une commission mixte paritaire soit constituée, après deux examens devant chaque assemblée. Cette commission est parvenue rapidement à proposer un texte, ensuite voté conformément par les deux assemblées<sup>5</sup>.

3. – Les développements qui suivent ont pour objet de présenter les principaux changements intervenus (2) et d'indiquer comment va s'opérer leur application dans le temps (3). Avant cela, il importe de dévoiler ce que la lecture de la loi elle-même ne révèle pas mais qui mérite toute l'attention : les apports des travaux préparatoires (1).

## 1. Les apports des travaux préparatoires

4. – Averti des difficultés posées par les textes issus de l'ordonnance, le Parlement n'a pas manqué de prendre parti lorsque cela lui a paru nécessaire. Plusieurs dispositions interprétatives ont ainsi été adoptées et divers changements, sur lesquels on reviendra, ont été opérés. Mais, rassuré parfois par le Gouvernement ou convaincu de lui-même que les inquiétudes soulevées par l'interprétation de tel ou tel texte n'étaient pas fondées, le Parlement a également, sur plusieurs points, choisi de ne pas intervenir. Les travaux préparatoires confirment qu'il s'agit là d'un parti délibéré<sup>6</sup> et permettent de donner un sens à ces faux silences qui disent encore, qu'on le veuille ou non, quelque chose de la volonté du Souverain<sup>7</sup>. Ils constituent un puissant argument au soutien de l'interprétation qui a convaincu le Parlement<sup>8</sup>.

5. – Devant le Sénat, appelé à connaître du projet de loi en seconde lecture, le Gouvernement s'est d'ailleurs félicité que des interprétations convergentes aient pu se dégager des discussions, jugeant que « ces interprétations claires, confirmées par le Gouvernement, puis approuvées par l'Assemblée nationale, constitueront un guide précieux pour les praticiens, qui disposeront ainsi de travaux préparatoires enrichis »<sup>9</sup>. On portera particulièrement attention aux cinq points suivants<sup>10</sup>.

6. – Caractère supplétif ou impératif des dispositions. – Lors des débats parlementaires, il a été suggéré d'indiquer dans le Code civil que les textes qui ne sont pas expressément présentés comme étant d'ordre public sont supplétifs. Un amendement a même été déposé tendant à ce que soient listées toutes les dispositions impératives. Tant le Sénat que l'Assemblée nationale se sont opposés à de tels ajouts. Les débats en indiquent la raison. Les assemblées ont bel et bien repris à leur compte la position exprimée dans le Rapport au Président de la République

4. V. not. Y. Wehrli, La réforme inachevée : RDC 2017-4, p. 1. – C.-E. Brault, Pour une ratification sans bouleversement : Gaz. Pal. 21 nov. 2017, n° 40, p. 49. – N. Molfessis, Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : JCP G 2017, act. 1045. – M. Mekki, Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 : AJ Contrat 2017, p. 462.

5. Le dossier législatif de la loi de ratification peut être consulté aux adresses suivantes : [http://www.assemblee-nationale.fr/15/dossiers/ratification\\_ordonnance\\_2016\\_131.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/15/dossiers/ratification_ordonnance_2016_131.asp) ; <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html>

6. V. not., au sujet du caractère supplétif des textes issus de l'ordonnance, le rapport fait par M. Pillet, au nom de la Commission des lois du Sénat, préalablement à l'examen du projet de loi en première lecture (<http://www.senat.fr/rap/17-022/17-022.html>, p. 20) : « Sauf en cas de trop forte indétermination de la solution à appliquer, votre commission n'a pas souhaité modifier les dispositions du code civil issues de l'ordonnance qui soulevaient des doutes au regard du caractère impératif ou supplétif ou au regard de l'articulation entre droit commun et droit spécial. Elle a préféré apporter une règle générale d'interprétation, ci-après, destinée à résoudre les éventuelles difficultés, pour faire connaître l'intention du législateur à cet égard au stade de la ratification ».

7. On se souvient que Gényn, pourtant père de la libre recherche scientifique, considérait les travaux préparatoires comme le moyen pertinent de déterminer le sens intrinsèque d'une loi, sous réserve que s'en dégage « sans contradiction notable » la volonté du législateur. V. F. Gényn, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, 1932, n° 104 et s., p. 293 et s.

8. Sur la valeur des travaux préparatoires, V. par ex., F. Terré, Introduction générale au droit : Dalloz, 10<sup>e</sup> éd. 2015, n° 558 et les réf. citées.

9. M<sup>me</sup> Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, présentation du projet de loi devant le Sénat en seconde lecture.

10. Sur l'apport des travaux préparatoires à la délimitation du domaine du contrôle du déséquilibre significatif (art. 1171), V. note 17.



accompagnant l'ordonnance, selon laquelle la supplétivité est la règle<sup>11</sup>. On doit donc tenir cette règle pour acquise. Cela dit, le Parlement a aussi observé qu'inscrire cette règle dans le code risquait d'aboutir à des résultats approximatifs. Les articles contenant des définitions ne se prêtent notamment pas au jeu d'opposition entre le supplétif et l'impératif. Par ailleurs, une liste, si elle était adoptée, risquerait d'être incomplète ou dépassée<sup>12</sup>. Il a donc été jugé préférable de reconnaître au juge le soin d'apprécier si, dans le silence de la loi, telle ou telle disposition est ou non d'ordre public<sup>13</sup>.

7. – Caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil. – Un texte a toutefois donné lieu à des précisions : le fameux article 1195 du Code civil relatif à la révision des contrats pour imprévision. À de nombreuses reprises, les travaux préparatoires révèlent qu'il est supplétif de volonté et qu'il peut donc être écarté ou aménagé par les parties<sup>14</sup>. Sur ce point-là au moins les discussions n'ont plus lieu d'être. Par ailleurs, une catégorie entière d'opérations se trouve placée à l'abri de toute révision pour imprévision. Un nouvel article L. 211-40-1 fait en effet son entrée dans le Code monétaire et financier (CMF), aux termes duquel : « L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ».

8. – Articulation entre les règles de droit commun et les règles spéciales. – Il s'évince encore des travaux préparatoires que le Parlement a refusé de consacrer une solution unique au conflit entre les règles générales (ou de droit commun) et les règles spéciales. On sait qu'une partie de la difficulté est tranchée par l'article 1105 du Code civil : les règles générales ne s'appliquent que « sous réserve » des règles spéciales, ce qui implique que les secondes chassent les premières lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec elles. Mais qu'en est-il lorsqu'un régime spécial est muet sur un point qui fait l'objet de règles générales ou bien est compatible avec ces règles générales ? Peut-on affirmer que ces dernières s'appliquent alors ? La réponse qui ressort des travaux préparatoires est nuancée. Le rapport de la Commission des lois avant examen en première lecture indique notamment « qu'une appréciation au cas par cas devra être assurée, en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial, car une application simultanée du droit commun et du droit spécial, même si elle est formellement possible, n'est pas toujours pertinente et justifiée. En particulier, l'application du droit commun ne peut conduire à dénaturer la cohérence ou méconnaître l'esprit du droit spécial »<sup>15</sup>.

9. – Articulation de l'article 1171 avec les textes spéciaux relatifs aux clauses abusives. – Un texte particulier a toutefois – là aussi – donné lieu à des précisions capitales. Il s'agit de l'article 1171 du Code civil, relatif au déséquilibre significatif. Le premier rapport de la commission des lois du Sénat indique que ce texte « ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du Code de commerce et par l'article L. 212-1 du Code de la consommation »<sup>16</sup>, c'est-à-dire dans le domaine d'application des textes spéciaux équivalents. Devant l'Assemblée nationale, un amendement a été déposé, visant à ce que cette prohibition du cumul soit inscrite dans la loi. Il a été retiré au motif que cette précision était inutile et que « le compte rendu des débats » suffirait « à trancher ce

11. V. not. Rapp. Commission des lois Sénat, première lecture, p. 20 et 21 : « Votre Commission fait sienne cette interprétation du rapport au président de la République, de sorte que doivent seules être considérées comme impératives les dispositions expressément mentionnées comme telles dans le texte de l'ordonnance ou celles dont la rédaction indique sans ambiguïté le caractère impératif (...). Dès lors, entrent dans la catégorie des dispositions impératives celles qui comportent une mention expresse de leur valeur d'ordre public, celles qui, sauf à être dépourvues d'effet réel, exigent le respect des règles d'ordre public ou réputent non écrites certaines clauses, ainsi que celles dont il se déduit clairement, au vu de leur rédaction, qu'elles ne peuvent être écartées ou pour lesquelles il n'est pas possible de concevoir une clause d'exemption ».

12. La Commission des lois du Sénat n'en a pas moins fourni une liste indicative des dispositions qu'elle tient pour impératives. Ce sont les articles 1102, 1104, 1112, 1112-1, 1128, 1170, 1171, 1231-5, 1245-14, 1343-5 (V. Rapp. précédant l'examen en 1<sup>re</sup> lecture, p. 21 et 22).

13. V. la position de M<sup>me</sup> Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, devant l'Assemblée nationale, lors de l'examen du texte en première lecture (discussion sur l'amendement n° 3) : « certains textes, par exemple ceux relatifs aux conditions de validité du contrat et à leur sanction, sont par essence d'ordre public sans que cela soit rappelé expressément. Il faut également admettre que les textes qui reconnaissent des droits à des tiers ne peuvent être écartés par les parties. En outre, il existe des textes tels que ceux porteurs de définitions ou de classifications, pour lesquels une clause contraire serait un non-sens. Enfin, la jurisprudence pourra, dans le cadre de sa mission d'interprétation de la loi, qualifier d'impératifs certains textes : c'est l'ordre public virtuel ». V. déjà en ce sens, C. Pérès, Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats : JCP G 2016, act. 454, Libres propos.

14. Débat en séance publique devant le Sénat en seconde lecture, p. 837 ; Rapp. au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale avant examen en seconde lecture, p. 6 et p. 30 ; Débat en séance publique devant l'Assemblée nationale, 7 févr. 2018, p. 32.

15. p. 22.

16. Rapp. au nom de la Commission des lois du Sénat avant examen en première lecture, p. 60 *in fine*. Le rapport poursuit : « Dès lors, l'article 1171 du code civil ne s'applique qu'à un champ assez limité de contrats d'adhésion ne relevant ni des relations commerciales – les relations entre un producteur, commerçant, industriel ou artisan et un « partenaire commercial » – ni du code de la consommation – les relations entre un professionnel et un consommateur. Seraient principalement concernés les contrats entre particuliers ne relevant pas déjà d'un droit spécial ainsi que les contrats conclus par les professions libérales, dont l'activité ne relève pas du champ commercial. Seraient aussi concernés les baux commerciaux, lorsque des bailleurs institutionnels imposent des contrats-types sans en permettre la négociation ».



point de droit en cas de difficulté »<sup>17</sup>. Le clou a été enfoncé par la commission des lois du Sénat dans son rapport avant examen en seconde lecture : « ce dispositif instauré dans le droit commun des contrats ie l'article 1171 n'a pas vocation à s'appliquer dans les champs déjà couverts par des droits spéciaux. Votre rapporteur ne peut que constater sur ce point la parfaite cohérence des travaux préparatoires de la ratification de l'ordonnance, de nature à éclairer sans ambiguïté le juge s'il est saisi de la question »<sup>18</sup>.

10. – Fausse disparition de la cause. – Les travaux préparatoires jettent enfin un éclairage décisif sur la fameuse « disparition » de la cause, qui suscite bien des interrogations en France comme à l'étranger. Le Gouvernement avait lui-même déjà minimisé la portée de l'innovation en indiquant dans son rapport au Président de la République sur l'ordonnance qu'il était simplement question d'un « abandon formel de la notion de cause »<sup>19</sup> – façon de dire que si le mot avait disparu, il n'en était rien de la chose. Les travaux préparatoires confirment que le changement est purement sémantique<sup>20</sup>. À plusieurs reprises lors du processus de ratification, il a été demandé que la cause soit réintroduite dans les dispositions du Code civil. Ces demandes n'ont pas été reçues : il y a été répondu que l'exigence de fond n'avait nullement disparu. Comme l'a résumé plaisamment le rapporteur au Sénat : « si la cause est sortie côté jardin, elle est rentrée côté cour ! »<sup>21</sup>. L'exigence d'une cause, entendue comme celle d'une justification rationnelle de tout engagement, est donc bien maintenue. Le droit français, demeuré causaliste, ne reconnaît pas plus aujourd'hui qu'hier la validité à titre de principe de l'acte abstrait. Venons-en à ce qui figure dans la loi de ratification.

## 2. Les changements opérés par la loi

11. – Il a été dit que la loi de ratification modifie 21 articles du Code civil. La portée de ces modifications est inégale ; tous les changements apportés à la lettre des textes n'emportent pas d'authentiques changements au fond. Aussi convient-il de distinguer les simples clarifications des véritables innovations.

### A. – Les clarifications

12. – Une part significative des changements intervenus consiste en des précisions apportées à des textes existants, dont la rédaction était defectueuse ou ambiguë. La loi de ratification corrige ainsi deux erreurs de plume, bien identifiées en doctrine : la première concernait la cession de dette (C. civ., art. 1327-1), la seconde les restitutions dues par un mineur (C. civ., 1352-4)<sup>22</sup>.

13. – Surtout, la loi précise plusieurs dispositions afin de répondre à l'inquiétude des praticiens ou aux doutes exprimés par les auteurs. Dans l'ensemble, elle consacre les interprétations qui brident le plus les textes ou les inscrivent dans la continuité du droit antérieur à l'ordonnance. Un travail jurisprudentiel d'interprétation des textes en cause aurait pu, pour la quasi-totalité de ceux-ci, aboutir aux mêmes résultats. Il est heureux néanmoins que la clarification soit immédiatement et définitivement apportée par le législateur, d'autant que l'importance pratique de certaines de ces dispositions est grande. Parmi ces clarifications, on relèvera les suivantes<sup>23</sup>.

14. – À l'article 1112 du Code civil, il est précisé que le préjudice réparable en cas de faute commise dans les négociations précontractuelles ne comprend ni la perte des avantages attendus du contrat négocié (ce qui est

17. Débat en séance publique devant l'Assemblée nationale en première lecture, discussion sur les amendements 16 et 17 bis.

18. Rapp. au nom de la Commission des lois du Sénat avant examen en seconde lecture, p. 23.

19. Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO 11 févr.2016, texte n° 25).

20. V. les propos de M. François Pillet, rapporteur, examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture au Sénat – 17 octobre 2017 : « (...) Le contenu et le but renvoient aux fonctions de la cause, de sorte que la jurisprudence ne se trouvera pas bouleversée (...) Cela ne mérite peut-être pas que l'on modifie l'ordonnance sur ce point (...) J'espère, M<sup>me</sup> Mélot, vous avoir au moins rassurée sur le fait que, dans l'ombre, la cause existe encore, et je vous invite en conséquence à retirer l'amendement n° 10 rectifié ». – M. Sacha Houlié, rapporteur, examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture à l'Assemblée nationale – 11 décembre 2017 : « De la notion de cause, nous avons enlevé les éléments qui étaient difficiles pour les étudiants en droit, tout en en conservant l'essence. Si la cause disparaît formellement, plusieurs des fonctions traditionnelles sont conservées, et même consacrées (...) On retrouvera donc dans le code civil une traduction de la notion de cause sans avoir à s'embarrasser de son objet, quasiment indéfinissable ». – M<sup>me</sup> Nicole Belloubet, garde des Sceaux, examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture à l'Assemblée nationale – 11 décembre 2017 : « la notion de cause a été supprimée mais l'ensemble de ses fonctions sont désormais clairement consacrées dans le code civil (...) Dans l'ordonnance, le choix a été fait d'écarter formellement le terme, tout en prenant soin de consacrer, pour plus de prévisibilité, les fonctions attribuées à la cause par la jurisprudence ».

21. M. François Pillet, *eod. loc.*

22. Sur ces erreurs, V. not. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article : LexisNexis, 1<sup>re</sup> éd., 2016, p. 660 et p. 238. – V. également, G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil : Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 2016, p. 756. – F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats : Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 45.42.

23. Sur chacune de ces dispositions suivantes, V. l'exposé des doutes suscités par la rédaction issue de l'ordonnance de 2016 in O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc. note 44





la rédaction issue de l'ordonnance) ni même la perte de chance d'obtenir ces avantages. Ceci revient à consacrer explicitement la jurisprudence « Manoukian ». On relèvera que la rédaction de l'article 1116 du Code civil sur l'offre de contrat, qui était identique à celle de l'article 1112 sur ce point, est quant à elle restée inchangée. Il faut en déduire que la perte de chance de tirer profit du contrat est bien indemnisable au titre de la rétractation fautive de l'offre, ce qui confirme qu'une distinction de régime existe entre la rupture des pourparlers et la rétractation d'une offre<sup>24</sup>.

15. – À l'article 1137 du Code civil, au sujet de la réticence dolosive, il est indiqué que le dol ne peut pas être caractérisé en cas de silence gardé par une partie sur la valeur de la prestation de l'autre. Dit autrement, c'est la jurisprudence « Baldus » qui est ici consacrée<sup>25</sup>. Ce faisant, la loi lève un doute qui avait pu surgir de la confrontation de l'article 1112-1, lequel exclut tout devoir d'information portant « sur l'estimation de la valeur de la prestation », avec les articles 1137 et 1139 du Code civil qui laissaient une porte ouverte pour la réticence dolosive de l'information portant sur cette valeur<sup>26</sup>. Cette porte est à présent fermée de façon générale. On se demandera tout de même si elle ne pourrait pas s'ouvrir à nouveau lorsqu'existe entre les parties une obligation de loyauté renforcée (comme cela a été admis par la jurisprudence dite « Vilgrain » imposant au dirigeant social de révéler à ses associés les éléments d'estimation des droits sociaux dont il dispose)<sup>27</sup>.

16. – L'article 1145 du Code civil, relatif à la capacité des personnes morales, est quant à lui amputé d'un membre de phrase que le Gouvernement imaginait probablement neutre mais qui avait suscité l'émoi légitime de la pratique. Désormais, le texte indique qu'une personne morale ne peut faire que... ce que les textes qui la régissent l'autorisent à faire. Ceci devrait dissiper définitivement la crainte, née de la rédaction antérieure, que des conditions nouvelles soient posées qui modifieraient les solutions du droit des groupements et particulièrement des sociétés<sup>28</sup>.

17. – À l'article 1165 du Code civil, relatif à la détermination du prix dans les contrats de prestation de service, il est précisé que l'abus commis par le créancier qui fixe le prix peut entraîner non seulement l'allocation de dommages et intérêts (ce qui était la rédaction issue de l'ordonnance) mais aussi la résolution du contrat. Ceci revient à aligner le régime des sanctions prévues par ce texte sur celui fixé à l'article 1164 pour l'abus dans la détermination du prix dans les contrats-cadre<sup>29</sup>, ce qui est heureux.

18. – La réduction de prix de l'article 1223 du Code civil fait quant à elle l'objet d'un toilettage notable, dont le résultat est décevant. La nouvelle rédaction distingue clairement deux hypothèses. Première hypothèse : le créancier qui n'a pas encore payé la totalité du prix peut, en cas d'exécution imparfaite et après mise en demeure, notifier « sa décision » d'en réduire de manière proportionnelle le prix (C. civ., art. 1223, al. 1 nouveau). Seconde hypothèse : s'il a déjà payé, il peut, sous la même condition de mise en demeure préalable, et à défaut d'accord des parties, demander au juge la réduction du prix (C. civ., art. 1223, al. 21 nouveau). C'est donc une opposition entre la réduction par notification et la réduction judiciaire qui est consacrée. La rédaction antérieure n'était pas aussi claire. Malheureusement, les parlementaires ont cru bon d'ajouter que, en cas de réduction unilatérale par notification, « l'acceptation » du débiteur doit être faite par écrit. La difficulté ne procède pas de l'exigence d'écrit (bien qu'elle soit curieuse puisqu'elle introduit un formalisme mal venu s'agissant d'un instrument censé répondre à un besoin de souplesse et de rapidité dans la sanction). Elle procède de la référence à « l'acceptation » du débiteur. Cet ajout, qui frise la bévée législative, mine le caractère unilatéral de la mesure et peut faire craindre qu'une réduction non suivie d'une acceptation ne suffise pas à produire effet, ce qui serait regrettable. Au fond, le législateur n'a pas perçu que l'intérêt majeur de toute sanction unilatérale tient à son effet immédiatement constitutif : par sa notification même, le créancier fait naître à cet instant les droits spécifiques que produit la sanction (ici la libération partielle), quand bien même le juge serait saisi après coup (son jugement d'approbation n'étant que déclaratif d'un effet déjà produit et non constitutif). Si l'acceptation du débiteur fautif était nécessaire pour que cet effet juridique se produise, l'innovation se trouverait vidée de tout son intérêt. L'interprétation la moins mauvaise du nouveau texte consiste donc à reconnaître que la réduction est bien, dans ce cas, unilatérale et que la prétendue « acceptation », nullement nécessaire, n'est en réalité qu'une reconnaissance par le débiteur de la réalité du manquement et

24. Sur ce point V. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, à paraître.

25. Pour une présentation convaincante de l'enchaînement qui a conduit à ce que les textes de l'ordonnance fassent finalement douter, malgré leurs auteurs, du maintien de la solution « Baldus », V. F. Chénéde, préc. note 22, spéc. n° 23.112.

26. V. G. Chantepie, M. Latina, préc. note 22, spéc. p. 266.

27. Sur ce point V. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc. note 24, à paraître.

28. Sur ces craintes, V., parmi une littérature abondante : A.-F. Zattara-Gros, La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales : JCP N 2017, n° 39, 1269. – B. Dondéro, Capacité et représentation dans les sociétés : Bull. Joly Soc. 2016, n° 9, p. 510

29. Pour une explication de la discordance initiale et de la nécessité d'y remédier, V. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc. note 22, spéc. p. 279.



de la proportionnalité de la réduction. Il s'agirait en somme d'une renonciation à contester la réduction de prix, décidée par le créancier et qui s'imposerait aussi bien au débiteur qu'au juge éventuellement saisi par la suite<sup>30</sup>.

19. – Enfin, à l'article 1221 du Code civil, il est indiqué que la possibilité pour le débiteur de résister à une demande en exécution forcée au motif que son coût est manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt qu'en retirerait le créancier, est réservée au seul débiteur de « bonne foi ». Sous réserve des difficultés de preuve, cet ajout restreint le domaine de l'« exception de disproportion manifeste » et met fin aux craintes que le débiteur ne choisisse, après calcul, de saborder l'exécution du contrat en misant sur le fait qu'on ne pourra le contraindre à l'exécution forcée. Le débiteur de bonne foi devrait donc s'entendre de celui qui a tenté loyalement de s'exécuter. Bien qu'elle soit en apparence une simple déclinaison de la règle suivant laquelle le contrat doit être exécuté de bonne foi, cette précision doit retenir l'attention pour deux raisons. Tout d'abord, elle implique une condamnation de la fameuse théorie américaine de la violation efficace du contrat (c'est-à-dire la rupture de contrat à des fins purement lucratives) – l'efficient breach of contract – qui se nourrit de la faiblesse de l'exécution forcée en nature. Ensuite, il n'est pas impossible d'y voir la première pierre de la construction d'un régime propre à l'« inexécution de bonne foi » du contrat, laquelle, à mi-chemin entre l'inexécution fautive et l'inexécution fortuite, pourrait prendre place dans une version modernisée de la théorie de la gradation des fautes. Une telle inexécution, certes imputable mais qui n'est pas moralement blâmable, est désormais dotée d'un élément de régime spécifique. Il n'est pas exclu que la notion porte à l'avenir d'autres fruits, par exemple pour servir à tracer le champ d'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. La clarification apportée se rapprocherait alors des authentiques innovations, dont il va à présent être question.

## B. – Les innovations

20. – D'autres changements entraînent une modification franche des solutions qui étaient consacrées par l'ordonnance.

21. – Le décès du destinataire de l'offre devient, comme celui de l'offrant, une cause de caducité de celle-ci (C. civ., art. 1117, al. 2). Il s'agit là de la consécration d'une solution retenue dans un arrêt isolé et critiqué, sur laquelle le Sénat a fait une curieuse fixation. Il eût été plus convaincant de distinguer selon que l'offre est faite en considération de la personnalité du destinataire (*intuitu personae*) ou non, même s'il faut concéder que cette solution uniforme a le mérite de la simplicité (et qu'elle pourra être contrée par l'offrant lui-même<sup>31</sup>).

22. – La cession de dette, quant à elle, devient un contrat solennel (C. civ., art. 1327, al. 2 nouveau) : il faut, pour sa validité, un écrit. Ce changement, qui conduit à aligner le régime de constitution de l'opération sur celui de la cession de créance (C. civ., art. 1322) et de contrat (C. civ., art. 1216), est en un sens logique. Il confirme surtout la curieuse inflation de solennités en matière d'opérations translatives d'obligations.

23. – Le paiement en monnaie étrangère, en France (C. civ., art. 1343-3), est triplement libéralisé. Il devient possible dès lors que l'opération procède d'une « opération internationale » (et non plus d'un « contrat international »). Il l'est également entre professionnels lorsque l'usage d'une monnaie étrangère « est communément admis pour l'opération concernée ». Il l'est enfin, sans restriction, si l'obligation libellée en monnaie étrangère « procède d'un instrument financier à terme ou d'une opération de change au comptant », en vertu d'un nouvel article L. 112-5-1 introduit dans le CMF. Les règles sur la représentation se trouvent elles aussi libéralisées. La prohibition du double mandat et celle de la conclusion du contrat par le mandataire avec lui-même (C. civ., art. 1161) se trouve désormais réservée à la matière de « la représentation des personnes physiques ». Même dans ce domaine à vrai dire, le mandataire peut recevoir mandat des deux parties, pourvu qu'elles ne soient pas « en opposition d'intérêt ». On en déduira notamment que le mandataire social de deux sociétés peut, au regard des règles civiles, conclure un contrat liant les deux représentées ou que le notaire instrumentant une vente entre deux personnes physiques peut recevoir mandat des deux parties de publier l'acte. On se demandera en revanche quelle solution retenir lorsqu'un mandataire agit à la fois pour une personne physique et pour une personne morale.

24. – Le nouveau cas de violence, l'abus de l'état de dépendance, subit quant à lui une restriction importante. Il convient de rappeler que l'article 1142 du Code civil admet que la violence conduise à l'anéantissement du contrat « qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ». On pouvait donc penser qu'il en allait de même pour l'abus de l'état de dépendance de l'article 1143. La nouvelle rédaction de ce texte va à l'encontre de cette interprétation. Elle porte qu'il y a violence lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant « à son égard ». On ne s'explique pas aisément cette différence de traitement parmi les cas de violence, alors surtout que certains abus d'état de dépendance peuvent fort bien être l'œuvre d'une personne agissant

30. Sur tous ces points, V. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc. note 24, à paraître.

31. L'offrant pourra très bien formuler, en même temps que l'offre principale au destinataire, une offre subsidiaire (qui sera techniquement une offre sous condition suspensive) aux héritiers du destinataire



dans l'intérêt d'une autre (par exemple, une société mère pour une filiale). A tout le moins, on pourrait s'interroger sur une application par analogie de la solution prévue par l'article 1138 qui admet, par exception à l'indifférence du dol d'un tiers, la nullité pour dol d'un « faux tiers » (le tiers intermédiaire ou le tiers complice). À cela s'ajoute que la nullité pour violence restera possible lorsque se superposera à la dépendance vis-à-vis d'un tiers, une autre dépendance vis-à-vis du cocontractant.

25. – Quoi qu'il en soit de ce dernier point, la nouveauté la plus remarquable concerne le contrôle du déséquilibre significatif dans les contrats (C. civ., art. 1171) et la définition du contrat d'adhésion (C. civ., art. 1110) qui constitue la clé de son déclenchement. Les craintes d'une invasion endémique de ce contrôle ont été telles que le Parlement a muselé l'article 1171 en tentant de clarifier la définition du contrat d'adhésion et surtout en limitant l'objet du contrôle. La définition du contrat d'adhésion est désormais la suivante : « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » (C. civ., art. 1110, al. 2). Le critère essentiel reste l'absence de négociabilité (à ne pas confondre avec l'absence de négociation). Mais les embarrassantes « conditions générales »<sup>32</sup> sont remplacées par l'exigence d'un « ensemble de clauses », ce qui est moins formel certes mais risque de donner lieu à bien des interprétations. La modification de l'objet du contrôle est bien plus significative et procède d'un ajout arraché par le Sénat : dans un contrat d'adhésion, seules les clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties peuvent être réputées non écrites, et non celles qui, le cas échéant, ont fait l'objet d'une négociation individuelle. Ces précisions doivent être complétées par les enseignements livrés par les travaux préparatoires, déjà évoqués plus haut : l'article 1171 du Code civil est exclu dans le champ d'application des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6 du Code de commerce, ce qui revient à l'amputer d'une part considérable de son domaine<sup>33</sup>. Il restera tout de même à voir, dans le futur, si l'avènement du nouveau dispositif issu du Code civil ne sera pas précisément de nature à justifier un rétrécissement du champ d'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce (que l'on ramènerait plus raisonnablement au domaine qui a suscité son adoption, celui des relations de dépendance dans la distribution), ce qui libérerait autant de place pour l'article 1171 (dont le régime est différent, notamment en ce que l'objet et l'adéquation du prix sont exclus du contrôle du déséquilibre significatif).

### 3. L'application dans le temps

26. – La loi de ratification apporte deux précisions importantes au sujet de l'application de la réforme dans le temps. Elle précise la disposition transitoire de l'ordonnance du 10 février 2016 et contient plus classiquement sa propre disposition transitoire.

#### A. – L'application dans le temps de l'ordonnance

27. – L'article 9 de l'ordonnance, qui détermine l'application dans le temps des dispositions issues de l'ordonnance de 2016, prévoit qu'hormis quelques articles précisément désignés, les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 demeurent soumis à « la loi ancienne », c'est-à-dire au droit antérieur à l'ordonnance. La question a néanmoins été posée de savoir si cette survie de la loi ancienne ne pourrait pas être tenue en échec (au profit d'une application immédiate de la loi nouvelle) pour toutes les dispositions d'ordre public de l'ordonnance ainsi que pour celles fixant les effets légaux des contrats<sup>34</sup>.

28. – La loi de ratification confirme que ce scénario du panachage, redoutablement imprévisible dans son déclenchement et ses effets, n'a pas lieu d'être. C'est bien une césure franche et totale qui existe entre les contrats antérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016 et ceux qui sont postérieurs à cette date puisque, désormais, l'article 9 de l'ordonnance dispose : « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public »<sup>35</sup>.

32. Les conditions générales restent mentionnées à l'article 1119 du Code civil, mais cette disposition n'a pas trait à la définition du contrat d'adhésion

33. On ajoutera la précision suivante. Elle porte sur la question délicate de savoir si le nouvel associé qui vient à être lié par les statuts sociaux ou par un pacte d'actionnaire, documents en pratique non négociables, conclut un contrat d'adhésion. Sur ce point, le Gouvernement a répondu qu'il « n'entendait nullement couvrir ces hypothèses : les clauses des statuts d'une société ou d'un pacte d'actionnaires sont négociées par les parties initiales. Considérer que ces statuts ou pactes sont assimilables à un contrat d'adhésion pour le cessionnaire de parts auquel il s'impose reviendrait à méconnaître si ce n'est la lettre, du moins l'esprit du texte » : M<sup>me</sup> Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, débat en séance publique devant l'Assemblée nationale, première lecture, sous article 2 du projet de loi, discussion sur l'amendement n° 5.

34. Sur cette discussion, V. not. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc. note 22, sous art. 9 de l'ordonnance.

35. On observera que cela ne règle pas toute difficulté de droit transitoire relativement à l'ordonnance. Notamment l'application dans le temps des dispositions relatives au régime de l'obligation pourrait continuer de susciter des doutes. Sur ce point, V. not. M. Julienne, Le régime général des obligations après la réforme, préf. L. Aynès : LGDJ, 1<sup>re</sup> éd., 2017, n° 42 et s.



29. – Cette modification s'applique elle-même rétroactivement, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, ainsi que le prévoit explicitement l'article 16, III de la loi. C'est dire que l'ordonnance doit être lue comme si elle avait toujours contenu cette précision <sup>36</sup>.

## B. – L'application dans le temps de la loi de ratification

30. – L'article 16, I de la loi de ratification dispose que « La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2018 ». À compter de cette date, deux régimes distincts d'application dans le temps sont prévus s'agissant des modifications résultant de la loi de ratification.

31. – Le premier concerne les changements véritables, du moins, les modifications dont le Parlement n'a pas souhaité qu'elles vaillent pour le passé ou même immédiatement <sup>37</sup>. L'article 16, I dresse ainsi la liste des dispositions qui ne s'appliquent qu'aux « actes juridiques conclus ou établis » à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018 (mention en est faite dans le tableau ci-après).

32. – Le second régime n'est pas aussi précisément détaillé par l'article 16, I. Le texte fournit en effet une autre liste de textes, à propos desquels il se contente d'indiquer que les modifications dont ils sont l'objet ont « un caractère interprétatif » (art. 16, I, al. 3 ; V. égal. tableau en Annexe). Cette affirmation est à première vue destinée à justifier la rétroactivité des changements intervenus. Une disposition interprétative est en effet une disposition « qui se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses » <sup>38</sup>. Pendant longtemps la règle a été qu'une telle disposition, parce qu'elle fait corps avec la disposition interprétée, entre en vigueur en même temps que celle-ci <sup>39</sup>, ce qui implique qu'elle s'applique même aux instances en cours, y compris pour permettre la cassation d'une décision du fond définitivement rendue avant son adoption. On prendra garde toutefois au fait que les juges se reconnaissent aujourd'hui le pouvoir de contrôler le caractère réellement interprétatif d'une loi nouvelle <sup>40</sup> et aussi au fait que la Cour de cassation ne déduit plus automatiquement du caractère interprétatif d'un texte son caractère rétroactif <sup>41</sup>. Il faut, pour cela, « rechercher dans le texte de la loi ou dans les travaux préparatoires la volonté du législateur de conférer à la loi nouvelle une portée rétroactive, son caractère interprétatif étant à cet égard indifférent » <sup>42</sup>. Les arguments ne manquent pas pour établir que les dispositions ici qualifiées d'interprétatives rétroagissent, quoiqu'il faille faire preuve de prudence dans l'analyse <sup>43</sup>.

33. – On ne se réjouira pas de ces incertitudes sur l'application d'une réforme qui, se voulant pourtant de simplification, en est déjà à deux actes et trois droits. On s'en réjouira d'autant moins qu'un pan entier du droit commun des contrats reste encore orphelin de textes nouveaux : la responsabilité contractuelle. Gouvernement et Parlement se sont entendus pour que cette responsabilité soit intégrée dans la refonte plus générale de la responsabilité civile. Outre les complications pratiques qu'entraîne cette réforme par séquences, il est à craindre, d'après le dernier état du projet présenté, que la spécificité de la responsabilité contractuelle soit insuffisamment considérée. Par où la réforme appelle sans cesse la réforme...

\* Cette modification a, en vertu de l'article 16, I de la loi, un « caractère interprétatif ». Sur la rétroactivité qui en découle, V., dans ce numéro, les précisions et réserves apportées *in* O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JCP G 2018, doct. 529.

© LexisNexis SA

36. Comme toute rétroactivité, celle-là peut être contestée au motif qu'elle serait contraire à la Constitution ou à la Convention EDH (V. du reste la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-710 DC du 12 février 2015, relative à la loi d'habilitation du 16 févr. 2015, spéc. cons. n° 6 et 7). Toutefois le contrôle, en schématisant, se résume à la vérification qu'existe un motif d'intérêt général suffisant justifiant la rétroactivité. On le trouvera dans le fait que la précision apportée clarifie le droit transitoire de l'ordonnance en confortant la sécurité juridique des parties aux contrats antérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016, lesquelles sont désormais assurées que ces contrats demeurent en toutes choses soumis au droit qui existait au moment de leur conclusion.

37. Ce qui n'aurait d'ailleurs probablement pas été compatible avec les exigences constitutionnelles, rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision concernant la loi d'habilitation : V. Cons. const. 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC, cons. n° 6 et 7 : JO 17 févr. 2015, texte n° 2. – V. N. Molfessis, Droit des contrats : l'heure de la réforme : JCP G 2015, doct. 199.

38. V. not. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 févr. 2002, n° 00-17.902 : JurisData n° 2002-013243 ; RTD civ. 2002, p. 599, obs. N. Molfessis. – *Adde* le commentaire de cette décision *in* H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Dalloz, coll. Grands arrêts, 13<sup>e</sup> ed., t. 1, 2015, comm. n° 10, p. 72 et s.

39. V. not. Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit : LexisNexis, coll. Manuels, 17<sup>e</sup> éd., 2017, n° 157

40. V. Com. 7 avr. 1992, n° 89-20.418 : JurisData n° 1992-000924 ; Bull. civ. IV, n° 150 ; JCP G 1992, II, 21939, note C. David.

41. Cass., ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617 : Juris-Data n° 2004-021964 ; JCP G 2004, II, 10030, note M. Billiau ; RTD civ. 2004, p. 598, obs. P. Deumier ; *adde* G. Canivet, L'apport de l'article 6 de la CEDH à la théorie des conflits d'application de la loi dans le temps. À propos de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 : Rev. av. au Conseil d'État et à la Cour de cassation 2005, p. 290. – Ph. Malinvaud, L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives *in* 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir : Dalloz, 2004, p. 671

42. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, préc. note 38, spéc. p. 79.

43. V. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc. note 24, commentaire article 15 de la loi de ratification.



## Annexe 4 – BENABENT A., Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats, D. 2018, p. 1024 et s.

1. Puisque le législateur a écarté la voie de la ratification sèche et apporté à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qu'il ratifiait un certain nombre de modifications ou retouches (affectant au total 21 articles du code civil et 2 du code monétaire et financier), la question se posait de leur application dans le temps. C'est à cette question qu'est consacré l'article 16 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 auquel se limitera la présente étude.

2. Sans doute par un souci de symétrie avec l'ordonnance, la loi a reporté son entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2018 : même quantième du même mois que l'article 9 de l'ordonnance de 2016, deux ans jour pour jour de décalage, voilà une belle initiative mnémotechnique.

Mais, au-delà, le législateur de 2018 a, sur le plan transitoire, entendu dépasser un peu le travail « à la serpe » de l'article 9 de l'ordonnance de 2016. Cependant, en 2018 comme en 2016, l'attention du « législateur transitoire » s'est essentiellement concentrée sur les seuls contrats : alors que le champ de la réforme de fond est beaucoup plus vaste, incluant d'autres sources d'obligations et le régime général, ce dernier n'est concerné que par quelques rares dispositions.

Il n'en sera pas moins utile d'envisager non seulement le droit transitoire de la réforme des contrats eux-mêmes, mais aussi celui de la réforme du droit extracontractuel

### I – Le droit transitoire de la réforme des contrats

3. Ayant choisi de procéder non seulement à des retouches rédactionnelles ayant pour seul but d'éclairer la réforme de 2016, mais aussi à certaines modifications de fond, qui ont pour effet de superposer à la réforme de 2016 une seconde réforme millésimée 2018, la loi de ratification ne pouvait donner un effet interprétatif uniforme à son intervention, et se condamnait à un régime transitoire divisé. Ce que fait son article 16 en répartissant les textes renouvelés en deux listes : l'une conférant un effet interprétatif (donc rétroactif au 1<sup>er</sup> oct. 2016) aux simples retouches apportées à douze articles, l'autre désignant les onze autres textes, dont la nouvelle rédaction ne s'appliquera qu'aux actes postérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2018 (V. le tableau ci-après).

4. Il en découle la coexistence de deux cas de figure : – l'un soumis à un régime à deux vitesses opposant simplement les contrats antérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016 et les contrats postérieurs à cette date, régis par l'ordonnance de 2016 telle qu'interprétée par la loi de 2018 ; – l'autre soumis à un régime à trois vitesses dans lequel il faut insérer une « tranche » supplémentaire concernant les contrats conclus entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 1<sup>er</sup> octobre 2018, régis par les textes de l'ordonnance avant leur modification par la loi de ratification. Comme en outre l'article 16 de la loi a voulu compléter l'article 9 de l'ordonnance qui fixait son propre régime transitoire, la commodité commande de préciser le sort des contrats selon leur date de conclusion : – avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ; – entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 1<sup>er</sup> octobre 2018 ; – après le 1<sup>er</sup> octobre 2018.

#### A – Les contrats antérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016

5. Commençons donc par la surprise : de ces contrats antérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016, on pouvait attendre que la loi de ratification ne parle pas puisque leur sort avait été clairement réglé par l'article 9 de l'ordonnance de 2016 indiquant que « les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ». Voilà pourtant que le législateur de 2018 a éprouvé le besoin de compléter cette disposition pour y ajouter « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public », en précisant que ce complément est applicable « à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 ».

6. Lue littéralement, cette adjonction est plutôt énigmatique (peut-être même syntaxiquement bancale, car les « effets légaux » visés sont ceux de la loi ancienne mais les « dispositions d'ordre public » celles de la loi nouvelle...). Mais les travaux préparatoires lèvent le voile, traduisant une méfiance ouverte envers la jurisprudence, analyse jurisprudentielle détaillée à l'appui : c'est parce que « certaines décisions récentes de la Cour de cassation semblent devoir faire échec à la rédaction retenue sur ce point par l'ordonnance », que « la Cour de cassation indique désormais clairement qu'elle peut apprécier différemment la loi ancienne au regard de la loi nouvelle », et qu'ainsi, elle « crée pour les parties une grande insécurité juridique et une grande imprévisibilité » qu'il convient, « au nom de la protection constitutionnelle des contrats légalement conclus et de la loyauté dans les relations contractuelles et dans l'exécution des contrats », d'enfoncer le clou de l'article 9 de 2016 en prévoyant expressément « que les contrats conclus avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les règles d'ordre public avec une application rétroactive de cette disposition à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance » (Rapp. de la Commission des lois au Sénat des 11 oct. 2017 et 24 janv. 2018).

7. On a rarement vu une telle semonce adressée à la Cour de cassation et une telle volonté (conjoncturelle ?) de rappeler qui, dans nos institutions, est chargé de faire le droit. Par conséquent, si la référence aux « effets légaux » et aux « dispositions d'ordre public » est intrinsèquement quelque peu équivoque, la volonté qui la sous-tend



est claire : il s'agit d'un coup d'arrêt à l'éclairage rétrospectif du droit antérieur et les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 doivent, y compris pour leurs effets futurs, échapper définitivement à la réforme, même en ses dispositions d'ordre public. Reste à savoir si un tel coup d'arrêt suffira à arrêter un train en marche...

## B – Les contrats conclus entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 1<sup>er</sup> octobre 2018

**8.** Pour eux, point d'énigme, mais la nécessité d'une consultation méticuleuse des deux listes de textes énumérés aux alinéas 2 et 3 de l'article 16, car ils ne seront affectés que par les retouches interprétatives listées à l'article 3.

Autrement dit, leur seront applicables :

- l'ensemble des textes de l'ordonnance de 2016 dans sa rédaction initiale ;
- à la seule exception des douze textes auxquels la loi de ratification a donné une nouvelle rédaction interprétative (V. le tableau ci-après, première colonne).

Et, pour ceux-ci, il semble inutile d'attendre le 1<sup>er</sup> octobre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi, puisqu'il est déjà acquis qu'elle produira à leur égard un effet rétroactif !

**9.** C'est le lieu de rappeler quelques précisions qui influent sur la date à prendre en compte :

- les mécanismes de renouvellement (légal ou conventionnel, exprès ou tacite) et de tacite reconduction donnent lieu à la naissance d'un nouveau contrat (art. 1214 et 1215 c. civ.), contrairement à une simple prorogation du contrat initial, qui doit être convenue avant son expiration ; – les contrats issus d'une promesse unilatérale ne naissent qu'à la levée de l'option, tandis que ceux issus d'une promesse synallagmatique se forment *ab initio*, sauf clause expresse différant cette formation, et que ceux procédant d'un contrat-cadre ne naissent que lors de chaque contrat d'application ;
- les cessions de contrats, de créances ou de dettes constituent des contrats en eux-mêmes, soumis au régime de leur date, mais les contrats, créances ou dettes cédés demeurent gouvernés par leur propre régime.

**10.** Mais il y a des cas plus délicats, comme par exemple celui de l'avenant : l'avenant apporté après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 à un contrat antérieur relèvera évidemment, quant à l'accord modificatif, du droit nouveau. Mais l'accord modifié, c'est-à-dire le contrat antérieur, restera-t-il intégralement sous son régime initial, même pour les clauses nouvelles qui y auront été ajoutées ? Faudra-t-il envisager une « dissection » du contrat modifié selon la datation de chacune de ses dispositions ?

## C – Les contrats postérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2018

**11.** C'est à eux que sera réservé le rivage de la simplicité (sur le plan transitoire, s'entend) : l'ordonnance ratifiée, y compris en ses vingt-trois articles réécrits, leur sera pleinement applicable. Et les précédentes observations sur la datation précise à prendre en compte (*supra* n° 9 et n° 10) se transposent naturellement.

## II – Le droit transitoire de la réforme des règles extracontractuelles

**12.** En ce qui concerne les quasi-contrats, l'article 16 de la loi de ratification ne prévoit pas plus de mesure transitoire que ne l'avait fait l'article 9 de l'ordonnance. Pourtant, le droit commun des conflits de lois dans le temps ne fournit pas toujours une solution évidente : par exemple, dans quelle mesure les règles nouvelles concernant l'évaluation de l'indemnité d'enrichissement sans cause (art. 1303-4 c. civ.) ou l'ouverture de la répétition de l'indu contre le véritable débiteur (art. 1302-2 c. civ.) pourront-elles s'appliquer à une action exercée après la réforme sur la base d'un enrichissement ou d'un paiement indu antérieurs, voire couvrant une période à la fois antérieure et postérieure ?

**13.** En ce qui concerne le régime général des obligations, l'article 16 prend le seul soin de préciser si les perfectionnements décidés par la loi de ratification sont interprétatifs ou non (pour la cession de dette, art. 1327, 1327-1 et 1328-1 c. civ. ; pour la monnaie de paiement, art. 1343-3 c. civ. et L. 112-5-1 c. mon. et fin. ; pour la compensation : art. 1347-6 c. civ. ; pour les restitutions dues à un mineur : art. 1352-4 c. civ.).

Mais un épais silence continue de planer sur des questions beaucoup moins ponctuelles. Par exemple, on ne sait toujours pas si les restitutions consécutives à une annulation (art. 1178 c. civ.) ou (désormais parfois seulement) à une résolution (art. 1229 c. civ.) obéiront au nouveau *corpus* élaboré aux articles 1352 et suivants même si le contrat annulé ou résolu est antérieur à la réforme : non, si l'on considère que le droit du contrat formait dès l'origine un bloc incluant même le régime d'annulation (ce qui sous-tend la règle du maintien des sûretés, consacrée par l'article 1352-9) ; oui, si l'on s'attache plutôt à la règle « *Quod nullum est* » qui, après disparition du contrat, charge la loi de régler les restitutions (et donc la loi nouvelle pour celles dues à une annulation postérieure). On ne sait pas non plus, au sujet de la compensation, à quelles créances s'appliquera la nouvelle condition « d'être invoquée » (art. 1347 c. civ.) remplaçant l'ancien « de plein droit par la seule force de la loi » (ex. art. 1290 c. civ.).

**14.** En définitive, malgré certaines lacunes de toutes façons inévitables en cette matière tant le droit transitoire est une réserve inépuisable d'imprévis quel que précaution qu'on ait pu prendre, il faut souligner le soigneux effort de la loi de ratification pour tenter de fournir un guide à ceux qui vont, pendant quelques années, avoir la rude tâche de jouer une double et parfois une triple partition.



**Tableau récapitulatif**

<b>Retouches interprétatives :</b> (application depuis le 1 <sup>er</sup> oct. 2016)	<b>c. civ.</b>	<b>Modifications de fond :</b> (application à partir du 1 <sup>er</sup> oct. 2018)
	<b>1110</b>	Définition du contrat d'adhésion
Négociation : préjudice réparable en cas de faute	<b>1112</b>	
	<b>1117</b>	Offre : décès du destinataire
	<b>1137</b>	Dol : définition
Violence économique : définition	<b>1143</b>	
	<b>1145</b>	Capacité des personnes morales : limites
	<b>1161</b>	Représentation : opposition d'intérêts
Abus dans la fixation du prix : sanction	<b>1165</b>	
	<b>1171</b>	Déséquilibre significatif : clauses visées
Cession de contrat : maintien des sûretés	<b>1216-3</b>	
Réduction du prix : à «obtenir»	<b>1217</b>	
Exécution en nature excessive : condition de bonne foi	<b>1221</b>	
	<b>1223</b>	Réduction du prix par le créancier : procédure
Condition : faculté d'y renoncer	<b>1304-4</b>	
Déchéance du terme : inopposabilité aux cautions	<b>1305-5</b>	
	<b>1327</b>	Cession de dette : forme écrite
Cession de dette : opposabilité au créancier	<b>1327-1</b>	
Cession de dette : maintien des sûretés	<b>1328-1</b>	
	<b>1343-3</b>	Paiement en devises
Compensation : codébiteurs et cautions	<b>1347-6</b>	
Restitutions à un mineur	<b>1352-4</b>	
	<b>c. mon. fin. L. 112-5-1</b>	Paiement en devises
	<b>c. mon. fin. L. 211-40-1</b>	Opérations sur titres financiers : pas d'imprévision

## **Annexe 5 – MAZEAUD D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, D. 2018, p. 912 et s.**

1. « Quelques mots » seulement, parce que, pour avoir une vision complète sur la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, publiée au *Journal officiel* du 21 avril dernier, il suffit de se reporter au commentaire exhaustif et minutieux de notre collègue Mustapha Mekki, publié dans ce même *Recueil*<sup>44</sup>.
2. « Réforme de la réforme », car c'est bien ce qu'emporte cette loi de ratification.

44. M. Mekki, La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ?, ce numéro, p. 900 ; D. Houtcieff, Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats de la preuve et du régime des obligations : le droit schizophrène, *Gaz. Pal.* 7 avr. 2018, p. 14.



Il était pourtant concevable, voire préférable dans l'intérêt des artisans du droit des contrats (avocats, juristes d'entreprise, magistrats), d'opter « pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats »<sup>45</sup>. Cela aurait évidemment supposé qu'en dépit des quelques approximations, imperfections, contradictions et lacunes de l'ordonnance, confiance ait été faite au juge pour les corriger, les résoudre ou les combler. Pour ceux qui, comme l'auteur de ces lignes, sont convaincus que les juges seront les coauteurs de la réforme, cette position était non seulement envisageable, mais encore souhaitable. Cela aurait évité, en tout cas, de forts maux de tête à tous ceux qui devront mettre la réforme en action, lesquels seront désormais confrontés à trois droits applicables, au lieu de deux...

Certes, la loi de ratification n'a pas défigurée l'ordonnance de 2016. Pas de retour de la cause, pas d'abandon de la révision judiciaire pour l'imprévision, même si l'abandon de l'une et l'admission de l'autre, sont essentiellement symboliques, puisque les fonctions de celle-là sont maintenues et que l'ingérence du juge, s'agissant de celle-ci, peut être écartée par une clause contraire.

Certes, la loi de ratification ne résout pas toutes les questions que la doctrine s'est posées en disséquant les dispositions de l'ordonnance, et c'est tant mieux. À la Cour de cassation de décider, dans les années à venir, si l'article 1163 du code civil, comme les articles qui le suivent le suggèrent, a le prix pour objet ! À elle aussi de décider si l'article 1165 abroge la jurisprudence ancestrale qui permettait au juge de réviser les honoraires excessifs des mandataires et entrepreneurs ! À elle encore de se prononcer sur la validité d'une clause en vertu de laquelle un créancier pourra agir en exécution forcée contre un débiteur de bonne foi, même en cas de disproportion manifeste entre l'intérêt que cette sanction présente pour lui et le coût qu'elle représente pour son cocontractant. J'en passe et des meilleures, sans doute. Dans cette perspective, elle pourra s'inspirer, il est permis de rêver, de l'abondante littérature relative à ces questions<sup>46</sup>, étant entendu que si les juges seront les coauteurs de la réforme, les auteurs eux-mêmes, du moins certains d'entre eux, ont joué un rôle capital dans sa conception tant initiale que finale.

Certes... Mais la loi de ratification mérite néanmoins d'être appréhendée comme une véritable réforme de la réforme, et on ne souscrira donc pas à l'opinion de notre cher Mustapha Mekki qui soutient qu'elle « s'est contentée, en deçà des intentions de départ, de consolider l'essentiel »<sup>47</sup>. L'affirmation est indiscutable sur un plan quantitatif, mais elle convainc moins d'un point de vue qualitatif. Le législateur a, en effet, substantiellement modifié certaines des dispositions emblématiques de l'ordonnance, notamment, mais pas uniquement, celle qui emporte une véritable révolution de notre modèle contractuel en intégrant le contrat d'adhésion dans le code civil.

3. Sans souci d'exhaustivité, donc, on s'arrêtera simplement sur quelques dispositions de la loi de ratification qui, peu ou prou, emportent une réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 dans le seul droit des contrats.

## I – Des maux (de tête...)

4. On évoquera brièvement à ce stade la question des conflits de lois dans le temps<sup>48</sup>, étant entendu qu'en l'état, trois droits des contrats coexistent : le droit antérieur à l'ordonnance pour les contrats en cours conclus avant son entrée en vigueur (1<sup>er</sup> oct. 2016) ; le droit issu de l'ordonnance pour les contrats conclus après son entrée en vigueur ; le droit conçu par la loi de ratification pour ceux conclus après son entrée en vigueur (1<sup>er</sup> oct. 2018). C'est peu dire qu'on n'envie pas les praticiens qui devront se montrer extrêmement vigilants, en raison de cette pluralité de lois potentiellement applicables aux contrats qu'ils auront entre les mains.

5. Pour éviter que les juges n'appliquent les dispositions de l'ordonnance aux contrats en cours, la loi de ratification dispose que les contrats conclus avant son entrée en vigueur sont régis par la loi ancienne, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ». Cette disposition risque de constituer un coup d'épée dans l'eau, car l'arme apparemment fatale exploitée par les juges, notamment par la Cour de cassation, pour appliquer les dispositions de l'ordonnance aux contrats en cours, est plus sophistiquée. Elle consiste à trancher un litige contractuel relatif à de tels contrats, en s'éclairant à la lumière des dispositions nouvelles de l'ordonnance<sup>49</sup>. Or la

45. N. Molfessis, JCP 2017. 1045

46. G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016 ; F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, 2016 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016 ; N. Dissaux et C. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2016.

47. *Eod. loc.*, n° 38.

48. Sur ce point, V. M. Mekki, *eod. loc.*, spéc. n° 8 s.

49. En ce sens, Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793, note B. Fauvarque-Cosson, 1149, obs. N. Damas, et 2018. 371, obs. M. Mekki ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thioye, et 2018. 11, étude H. Jégou et J. Quiroga-Galdo ; AJ Contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier ; JCP 2017, n° 305, note B. Sturlèse ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 sept. 2017, n° 16-12.906, D. 2017. 1911 ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier ; Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-20.104, D. 2017. 2007, note D. Mazeaud, 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry, 2018. 371, obs. M. Mekki, et 435, obs. S. Karaa ; AJ Contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; Dr. soc. 2018. 170, étude R. Vatinet, et 175, étude Y. Pagnerre ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier ; CCC 2017. Comm. 238, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 2017. 2662, note M. Latina ; JCP 2017. 1238, obs. N. Molfessis.





loi de ratification ne neutralise pas ce pouvoir. Faut-il s'en inquiéter, si tant est qu'on soit hostile à ce pouvoir que s'octroie ainsi le juge d'appliquer une loi nouvelle à des contrats en cours ? Sans doute pas trop. D'abord, parce que les deux premiers arrêts cités n'emportaient qu'une exception relative au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, puisque, quant à la question tranchée par la Cour à la lumière des dispositions de l'ordonnance, celle-ci codifiait purement et simplement le droit antérieur. Ensuite, parce que, dans les arrêts rendus par la chambre sociale, certes celle-ci modifiait, dans sa motivation, le droit antérieur en revenant sur sa jurisprudence relative à la sanction de la révocation d'une promesse unilatérale de contrat, mais cette modification était sans conséquence, puisque la Cour avait retenu la qualification d'offre à propos de l'acte sur la rupture duquel elle devait trancher. Enfin, parce que, comme l'a relevé Laurent Leveneur<sup>50</sup>, « ici, en réalité, il n'y avait pas auparavant de « loi ancienne » précise sur le sujet (les choses auraient été différentes si un texte clair avait existé : il aurait fallu l'appliquer) ». Autant de raisons pour ne pas s'alarmer outre mesure du silence de la loi de ratification sur ce point précis.

6. Pour tempérer les effets néfastes de l'empilement des droits potentiellement applicables aux contrats en cours, la loi de ratification précise aussi que certains des textes modifiés ont un caractère interprétatif et s'appliqueront, en tant que tels, aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance. L'intention, en termes de sécurité juridique, est louable, mais on n'est moins que certain que, parmi ces textes prétendument interprétatifs, le nouvel article 1143, par exemple, « se borne à reconnaître sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse »<sup>51</sup>. Et si tel est bien le cas, un contrôle de la rétroactivité de ce texte pourra alors s'exercer, tel qu'il a été initié par le Conseil constitutionnel et intensifié par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>52</sup>.

## II – Du nécessaire, probablement

7. Seront simplement évoquées, ici, les corrections qui s'imposaient manifestement en matière de capacité (art. 1145, al. 2) et de représentation (art. 1161). Ces textes souffraient de malheurs, peut-être parce que les rédacteurs n'avaient pas assez pris garde aux effets collatéraux d'une réforme du droit commun des contrats sur le droit spécial, notamment le droit des sociétés. Les spécialistes de la matière, et aussi sans doute des forces plus obscures mais pas moins influentes, ont donc sonné la charge, et ils ont manifestement été entendus par les parlementaires.

8. Comme la cession de contrat et la cession de créances, la cession de dette, innovation relative de l'ordonnance, devient un contrat solennel. La *ratio legis* n'est pas plus évidente pour cette cession que pour les autres, mais notre droit y gagne en cohérence et c'est mieux que rien...

9. La réparation du préjudice en cas de rupture déloyale d'une négociation contractuelle ne pouvait pas, sous l'empire de l'ordonnance, « avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu » (art. 1112, al. 2). Cette règle constituait une codification de la jurisprudence inaugurée par un arrêt rendu le 26 novembre 2003 par la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>53</sup>, à ceci près que la règle légale n'était pas la réplique exacte de la règle jurisprudentielle. Dans l'arrêt précité, en effet, la Cour avait décidé que le préjudice réparable ne pouvait consister ni dans l'équivalent de la perte de l'avantage attendu de la conclusion du contrat, dont la négociation avait été déloyalement rompue, ni dans la perte de chance d'obtenir un tel avantage. L'ordonnance, par inadvertance de ses auteurs, était restée muette sur ce second type de préjudice. Il n'aurait pas été hasardeux de laisser à la Cour de cassation le soin de remédier à cet oubli. Mais la loi de ratification complète l'ordonnance sur ce point et codifie dans son intégralité la règle jurisprudentielle susvisée.

Dans le même ordre d'idées, peut être envisagée la réforme de l'article 1165, à propos de la nouvelle sanction en cas de fixation unilatérale d'un prix abusif en matière de contrats de prestations de service : outre des dommages-intérêts, le débiteur du prix peut, « le cas échéant, [demander] la résolution du contrat ». Une fois encore, il n'est pas interdit de penser que la Cour de cassation n'avait pas besoin de ce sauf-conduit du législateur pour prononcer une telle sanction, mais, puisque l'article 1164 prévoit ces deux sanctions pour le prix abusif unilatéralement fixé dans un contrat-cadre, un souci de symétrie, si ce n'est de simple élégance, peut justifier cette modification.

## III – Du trop (car on s'en serait passé)

10. Aux termes du nouvel article 1117, le décès du destinataire de l'offre provoque la caducité de l'offre. Mustapha Mekki a suffisamment expliqué l'inanité d'une telle règle pour qu'on s'y attarde plus avant<sup>54</sup>.

50. Obs. préc.

51. Soc. 3 oct. 1957, Bull. civ. IV, n° 899 ; dans le même sens M. Mekki, *eod. loc.*, spéc. n° 13.

52. Sur ce point, V., entre autres, P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, 2017, n° 286.

53. A.-S. Dupré-Allemagne, D. 2004. 869 ; JCP 2004. I. 163, n° 18, obs. G. Viney ; JCP E 2004. 738, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2004. 257, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages

54. *Eod. loc.*, n° 27.



À tout prendre, on aurait préféré que la loi de ratification suive le sillon tracé par la Cour de cassation en 2014<sup>55</sup> et dispose que l'offre à personne déterminée assortie d'un délai d'acceptation survivait au décès de l'offrant. Règle amplement justifiée par l'idée que lorsqu'il « assortit son offre d'un délai ferme d'efficacité (...), cette décision peut s'analyser en une renonciation à exercer le droit de révoquer l'offre »<sup>56</sup> ; dès lors, *mutatis mutandis*, « lorsque l'offrant a renoncé à révoquer l'offre durant une certaine période, puis décède avant l'expiration de ce délai, il est censé avoir voulu que son offre lui survive »<sup>57</sup>.

11. Était-il, par ailleurs, indispensable, de modifier la lettre de l'article 1223 qui prévoit, à titre de sanction de l'exécution imparfaite, la réduction du prix ?

Certes, certains avaient plaidé en ce sens et soutenaient que la lettre du texte ne permettait pas de savoir s'il instaurait un régime dual de réduction du prix (réduction judiciaire avec l'al. 1<sup>er</sup>, réduction unilatérale avec l'al. 2) ou si seule une réduction unilatérale du prix s'induisait de l'article 1223.

Argumentation discutable, pour le moins, ne serait-ce qu'au regard de la structure du texte. Si ce dernier n'avait envisagé qu'une réduction unilatérale du prix, il était, en effet, inutile de consacrer deux alinéas distincts à la sanction de l'exécution imparfaite. Il suffisait d'écrire que : « En cas d'exécution imparfaite, le créancier peut, après mise en demeure, solliciter du juge une réduction proportionnelle du prix » ou à l'inverse que : « En cas d'exécution imparfaite, le créancier notifie au débiteur sa décision de réduire le prix ». En somme, l'existence de deux alinéas dans l'article 1223 révélait suffisamment la dualité de régime à laquelle cette sanction obéit, selon que le prix avait déjà ou non été payé. Une réforme de ce texte ne s'imposait donc pas avec la force de l'évidence.

Pourtant, la loi de ratification modifie l'article 1223 et met les points sur les « i ». Désormais, si le créancier n'a pas encore payé le prix, il peut « notifier dans les meilleurs délais » au débiteur sa décision de réduire proportionnellement le prix. Et si le prix a été payé, « il peut demander au juge la réduction du prix ».

Dans le premier cas de figure, le nouveau texte précise que l'« acceptation » par le débiteur de cette réduction unilatérale « doit être rédigée par écrit ». Ce qui ne signifie évidemment pas que la réduction unilatérale est impossible faute d'acceptation par le débiteur du prix, mais que cette acceptation équivaut à une modification conventionnelle du contrat, qui, en tant que telle, sera irrévocable unilatéralement, et qu'un éventuel refus quant au principe de la réduction ou à son importance se traduira par une action en justice<sup>58</sup>. Dans le second cas de figure, le texte précise que la réduction judiciaire est susceptible d'intervenir « à défaut d'accord entre les parties ». Évidence dont le législateur aurait pu dispenser les juristes et les justiciables...

#### IV – Du rassurant (pour les zéloteurs du modèle contractuel français traditionnel)

12. En vertu de l'article 1221, tel qu'issu de l'ordonnance : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

Cette nouvelle exception au principe de l'exécution en nature a suscité une controverse quant à son impact sur notre modèle contractuel. Certains lui ont reproché de porter une atteinte fatale au principe du respect de la parole donnée, aux termes duquel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix (entendons par là qu'elle ne peut pas être rachetée par le débiteur *via* le paiement de dommages-intérêts pour se désengager), au nom de l'impératif d'efficacité économique du droit. D'autres ont répliqué qu'elle n'était que l'expression de la traditionnelle réserve d'abus, qui transcende tout notre droit privé, et qui canalise l'exercice de tous les droits, pouvoirs et prérogatives.

Quoi qu'il en soit, la loi de ratification limite désormais la portée de cette exception d'ordre économique puisque seul le débiteur de bonne foi pourra l'opposer au créancier. Les amateurs d'éthique se réjouiront de ce retour en force de la morale contractuelle dans la mise en jeu de la règle, puisque désormais, au fond, l'abus du créancier sera neutralisé par la mauvaise foi du débiteur.

Reste alors à identifier les contours de la mauvaise foi que le créancier, qui entend obtenir l'exécution en nature en dépit de la disproportion manifeste entre l'intérêt qu'elle représente pour lui et le coût qu'elle emporte pour son débiteur, devra prouver. Dans un premier mouvement, on songe à l'hypothèse dans laquelle le débiteur se sera rendu coupable d'une faute dolosive dans l'exécution du contrat, caractérisée soit par l'intention de nuire, soit par une inexécution délibérée. Dans un second temps, comme le suggèrent pertinemment MM. Zenati-Castaing et

55. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2014, n° 13-16.529, D. 2014. 1574, note A. Tadros, 1715, chron. I. Darret-Courgeon et I. Guyon-Renard, et 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJ fam. 2014. 509, obs. C. Vernières ; RTD civ. 2014. 877, obs. H. Barbier ; RDC 2014. 601, obs. Y.-M. Laithier, et 2015. 53, obs. R. Libchaber.

56. F. Zenati-Castaing et T. Revet, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale-Quasi-contrats, PUF, 2014, spéc. n° 90

57. *Ibid.*, spéc. n° 91

58. F. Zenati-Castaing et T. Revet, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale-Quasi-contrats, PUF, 2018, à paraître, spéc. n° 221



Revet, la mauvaise foi du débiteur semble exclue lorsque « la disproportion entre le coût de l'exécution en nature et l'avantage est apparue depuis la conclusion du contrat, sans que le débiteur n'ait pu la prévoir légitimement »<sup>59</sup>.

En définitive, le destin du principe du respect de la parole donnée, marqueur du modèle contractuel français, et la portée de l'exception d'ordre économique, qui en tempère la force, dépendront, une fois de plus, de la façon dont les juges, plus que jamais coauteurs de la réforme, exploiteront ce standard que constitue la bonne foi, dont on sait que l'ordonnance l'a dotée, fût-ce virtuellement, au même titre que la liberté et la sécurité contractuelle, du statut de principe directeur de notre nouveau droit.

## V – Du moins bon...

**13.** Un bilan objectif de l'ordonnance conduisait à constater qu'elle avait maintenu un îlot de justice contractuelle dans un océan libéral. Par deux de ses dispositions, la loi de ratification submerge l'îlot en question, ce que l'on peut regretter car le fragile équilibre mis en place par l'ordonnance est ainsi rompu.

**14.** En premier lieu, la loi de ratification règle la question de l'influence d'une erreur sur la valeur, provoquée par une réticence dolosive, sur le sort du contrat.

Les textes de l'ordonnance, en raison de leur délicate conciliation, divisaient la doctrine sur la réponse à apporter à cette question.

Certains auteurs, épris de sécurité juridique et soucieux d'assurer une continuité avec le droit antérieur<sup>60</sup>, prenaient appui sur l'article 1112-1, alinéa 2, qui exclut toute obligation d'information sur la valeur de la prestation, et plaidaient pour l'absence d'influence du silence d'un contractant, quand celui-ci ne provoquait qu'une erreur sur la valeur<sup>61</sup>. Selon eux, l'existence même d'une réticence dolosive suppose l'existence préalable d'une obligation d'information, or celle-ci est exclue, par le texte précité, quant à la valeur de la prestation ; logiquement, donc, le silence sur la valeur n'est pas constitutif d'une réticence dolosive et la nullité du contrat est alors exclue.

D'autres, plus soucieux d'éthique contractuelle, se fondaient notamment sur la lettre de l'article 1137, alinéa 2, et soutenaient que l'ordonnance avait procédé à un « découplage »<sup>62</sup> entre l'obligation d'information et la réticence dolosive. Découplage qui procédait de la définition de la réticence dolosive donnée par l'article 1137, alinéa 2, dont le centre de gravité est manifestement la mauvaise foi qui anime son auteur. Dès lors, peu importe l'objet de son silence déloyal et de l'erreur qu'il provoque. En outre, l'article 1139 disposait expressément que l'erreur sur la valeur qui résulte d'un dol emporte la nullité du contrat. Or la réticence dolosive est bien un dol, donc... Aussi, pouvait-on légitimement considérer et se réjouir, pour peu qu'on soit attaché à l'idée que le contrat doit reposer sur la justice et que le droit qui le régit ne peut pas heurter le sentiment élémentaire d'éthique contractuelle, que le silence intentionnel sur une information déterminante du consentement d'un contractant constitue bien une réticence dolosive qui emporte la nullité du contrat. Et il n'était pas illégitime de penser que les juges, en dépit de la jurisprudence antérieure et en raison de la lettre des articles 1137, alinéa 2, et 1139, se rallieraient à cette solution.

La loi de ratification balaie d'un revers de la main ces espérances. L'article 1137, alinéa 2, dispose désormais que ne constitue pas un dol le fait de garder le silence sur l'estimation de la valeur de la prestation. Donc, un contractant qui négocie de mauvaise foi et se tait intentionnellement sur ce point, alors qu'il sait que son silence va provoquer une erreur déterminante du consentement de son cocontractant n'a rien à craindre quant à la validité du contrat qu'il conclut déloyalement. À bon entendeur, salut ! Passons sur le fait que l'article 1139 issu de l'ordonnance, qui énonce que l'erreur sur la valeur provoquée par un dol emporte la nullité du contrat, est maintenu tel quel ! La réticence dolosive n'est donc plus un dol comme les autres. Quel progrès ! Nous voilà revenus plus d'un demi-siècle en arrière. Mais l'attractivité du droit français vaut sans doute bien quelques atteintes à la bonne foi et à la cohérence la plus élémentaire. Il faut vraiment être mauvais coucheur pour se plaindre d'une disposition par la grâce de laquelle les opérateurs internationaux vont certainement enfin succomber au charme du droit français des contrats...

59. *Ibid.*, spéc. n° 216

60. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000, n° 98-11.381, D. 2002. 928, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCC 2000. Comm. 140, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2000, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; JCP 2000. II. 10510, obs. C. Jamin ; 17 janv. 2007, n° 06-10.442, D. 2007. 1051, note D. Mazeaud, 1054, note P. Stoffel-Munck, et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007. 416, obs. S. Bigot De La Touanne ; RTD civ. 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCC 2007. Comm. 117, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2007. 443, obs. E. Savaux ; JCP 2007. II. 10042, obs. C. Jamin ; RDC 2007. 703, obs. Y.-M. Laithier

61. F. Durmaux, La réforme des vices du consentement, Dr. et patr. 2016, n° 258, p. 57 s., spéc. p. 59 ; B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, 2016, spéc. n° 115

62. O. Deshayes, La formation des contrats, RDC 2016. 21 s., spéc. 26. V. aussi, G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016, spéc. n° 327 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016, spéc. p. 204 ; N. Dissaux et C. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2016, spéc. p. 43



15. Et c'est le même sentiment qu'inspire la réforme de l'article 1143 qui, dans l'ordonnance, énonçait : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

L'impact de cette règle sur notre modèle contractuel était considérable puisqu'elle emportait un tempérament au principe de la validité, de l'efficacité et de l'intangibilité des contrats lésionnaires. En effet, affecté d'un déséquilibre manifestement excessif, engendré par l'exploitation abusive d'un état de dépendance, le contrat était annulé. Autant dire que ce texte permettait au juge de s'immiscer dans le contrat pour corriger les injustices contractuelles les plus flagrantes.

Parce qu'il tempérerait une règle emblématique de notre modèle contractuel traditionnel, ce nouveau vice du consentement, qui revêtait en fait les atours d'un vice du contrat, avait été critiqué, et la tentation d'en réduire la portée était forte pour les apôtres du libéralisme qui avaient proposé de le réserver au seul cas où l'état de dépendance était d'origine économique.

La loi de ratification les a entendus, mais a posé une autre limite à l'exploitation de ce vice, puisque l'article 1143 dispose désormais que celui-ci n'est caractérisé que si une partie abuse « de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard (...) ».

Un peu plus de sécurité juridique et toujours moins de justice contractuelle, donc ! Reste à déterminer le sens de ces termes. Il est certain que ce nouveau vice de violence ne pourra pas émaner d'un tiers au contrat, fût-il complice du contractant qui abuse de l'état de dépendance de son cocontractant. L'abus de dépendance n'est donc pas une violence précontractuelle comme les autres. Fort bien ou plutôt fort mal ! Il est aussi possible qu'il sera exclu quand la dépendance ne sera pas le produit du comportement blâmable du contractant qui tirera un avantage manifestement excessif de son partenaire dépendant, mais de facteurs inhérents à celui-ci.

Nul besoin d'être grand clerc pour deviner que la portée de ce nouveau vice, qui introduisait une dose bienvenue de justice contractuelle dans notre modèle contractuel, risque de se réduire comme une peau de chagrin, pour le plus grand bien de l'attractivité de notre droit nouveau. Cette « régression » est, comme MM. Zenati-Castaing et Revet l'ont justement souligné, « regrettable »<sup>63</sup>. C'est le moins que l'on puisse dire.

## VI – Du mieux

16. Quand le temps sera venu de prendre un peu de recul et de s'interroger sur l'influence de la doctrine sur la réforme du droit des contrats, le nom de mon ami Thierry Revet occupera une place de choix. La bataille acharnée qu'il a menée et gagnée à propos de la définition du contrat d'adhésion restera immanquablement gravée dans les mémoires. Et son engagement aura été d'autant plus important qu'il porte sur la vraie révolution de la réforme, à savoir l'intrusion du contrat d'adhésion dans le code civil.

Intrusion qui acte l'idée émise par MM. Zenati-Castaing et Revet, selon lesquels notre univers contractuel est composé de deux planètes distinctes. La première qui comprend les contrats structurellement équilibrés, autrement dit ceux qui sont librement et effectivement négociés. La seconde qui contient les contrats structurellement déséquilibrés qui, en raison du rapport de forces qui préside à leur conclusion, ne sont pas librement négociés. Et cette différence profonde de nature, laquelle se répand donc aussi avec la réforme aux contrats qui entrent dans le champ d'application du code civil, implique fatalement une distinction de régime<sup>64</sup>. Plus encore, cette intrusion conduit à reconnaître que, même en droit commun des contrats, volonté et contrat ne riment plus nécessairement : « l'ordonnance du 10 février 2016 a pris acte de ce que la volonté des parties ne constitue plus l'alpha et l'oméga du contrat<sup>65</sup> ; du moment qu'une volonté accepte le contenu d'un acte juridique qu'elle n'a ni élaboré ni pu discuter, cet acte peut accéder au titre de contrat, exactement comme quand la volonté des deux parties en a déterminé le contenu »<sup>66</sup>.

Seul contre tous, ou presque, Thierry Revet a, idéologie clairement assumée, combattu pour que la notion de contrat d'adhésion soit appréhendée largement. D'abord, en neutralisant l'obstacle des conditions générales que l'ordonnance avait exploité pour canaliser la qualification de contrat d'adhésion, en réservant celle-ci aux seules hypothèses dans lesquelles la détermination unilatérale du contenu du contrat avait ces clauses pour objet. Alors que certains proposaient d'identifier ces conditions générales en raisonnant dans les termes du droit commun et en les opposant aux conditions particulières, le nouveau corsaire du droit des contrats s'était opposé à une telle proposition en se fondant sur la « *ratio legis* de la réception par le droit commun du contrat d'adhésion », laquelle

63. *Ibid.*, spéc. n° 85

64. *Ibid.*, *passim*

65. C'est l'auteur qui souligne.

66. L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, D. 2018. 124.



réside « dans la volonté de faire la distinction entre les contrats dont le contenu a pu être négocié et ceux dont le contenu n'a pas pu être négocié »<sup>67</sup>. Dans cette perspective, « la notion de conditions générales devait recevoir un sens propre au contrat d'adhésion » et s'entendre « du contenu du contrat pris dans son ensemble, parce que le contrat d'adhésion est celui dont le contenu n'a pas pu être négocié par l'un des contractants, qui n'a pas eu d'autre possibilité que d'accepter ou de refuser en bloc le contenu proposé par l'autre »<sup>68</sup>. En somme, ce qui distingue le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, c'est l'impossibilité de négocier le contenu du contrat qui caractérise le second : c'est à adhérer ou à laisser ! Aux contrats bilatéralement conclus et conçus, il faut donc opposer désormais les contrats bilatéralement conclus mais unilatéralement conçus. Les premiers sont de gré à gré, les seconds, d'adhésion. C.Q.F.D. !

Puis, dans un article, aussi stimulant qu'énergique, publié dans ce *Recueil*, il avait dit tout le mal qu'il pensait de « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse »<sup>69</sup>. Sa plume, trempée dans l'encre d'une philosophie contractuelle renouvelée, a fait mouche, puisque la loi de ratification a supprimé cette inopportune limitation.

Désormais, en effet, le contrat d'adhésion est, en vertu de l'article 1110, alinéa 2, « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Au fond, le contrat d'adhésion est donc celui dont « un ensemble de clauses » sont composées unilatéralement par un des contractants et imposées à l'autre, lequel est dépourvu de tout pouvoir de les négocier.

La difficulté, mais pas la seule, réside dans l'identification du concept d'« ensemble de clauses non négociable ». D'abord, il est certain qu'il n'est pas nécessaire que toutes les clauses du contrat ne soient pas négociables pour que celui-ci soit qualifié de contrat d'adhésion. Ensuite, il est concevable de retenir un critère quantitatif et de décider que le contrat est d'adhésion quand il comporte un grand nombre de clauses qu'il était impossible de négocier<sup>70</sup>. Enfin, et c'est le critère qui nous paraît le plus pertinent, c'est au regard de l'importance des clauses non négociables au regard de l'équilibre contractuel que pourrait s'opérer la qualification<sup>71</sup>. Interprétation qui a, par ailleurs, le « mérite » d'être en phase avec la principale occurrence du contrat d'adhésion, à savoir la protection contre les clauses abusives.

Ultime difficulté, mais pas des moindres, la détermination de celui des contractants sur lequel va peser la charge de la preuve de la non-négociabilité. Il serait opportun que lorsque le contractant de l'adhérent prétend qu'un ensemble de clauses était négociable, la preuve de cette négociabilité pèse sur lui.

17. Conséquence de l'intrusion du contrat d'adhésion dans le code civil, celui-ci comporte désormais, comme le code de consommation (art. L. 212-1, al. 1<sup>er</sup>) et le code de commerce (art. L. 442-6, I, 2<sup>e</sup>), une règle de protection contre les clauses abusives. L'article 1171 du code civil, tel qu'il émane de la loi de ratification, permet au juge de réputer non écrite les clauses non négociables déterminées à l'avance par un des contractants, qui créent un déséquilibre contractuel significatif, quand elles sont stipulées dans un contrat d'adhésion.

Une clause qui emporte un déséquilibre significatif ne peut donc être réputée abusive qu'à la condition d'avoir été stipulée dans un contrat d'adhésion et de ne pas avoir été négociable. Certes, le champ d'application de la protection est réduit par rapport à celui que l'ordonnance avait édicté, car il suffisait, pour être boutée hors du contrat, qu'une clause ait été insérée dans un contrat d'adhésion, sans qu'il soit nécessaire de se demander si, en outre, elle était ou non négociable. Mais cette restriction est légitime si on part du postulat que la protection contre les clauses abusives a pour raison d'être l'impossibilité de l'adhérent de librement négocier le contenu de la clause litigieuse : il est alors légitime qu'il ne supporte pas les déséquilibres excessifs qui ne sont pas le fruit de la liberté contractuelle, mais le produit de la liberté unilatérale du contractant qui la lui a imposée. Si les clauses étaient négociables, fût-ce dans un contrat d'adhésion, la protection ne s'impose pas car le contractant avait le pouvoir de refuser la clause, d'en discuter le contenu.

Quant à la preuve de la non-négociabilité, on rappellera que l'article 33 de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008 énonçait que : « Si le professionnel prétend qu'une clause contractuelle a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe ». Dommage que le législateur français ne se soit pas inspiré de ce texte qui renforce sensiblement la protection de l'adhérent.

On a déjà beaucoup glosé sur la légitimité de la règle énoncée par l'article 1171, du moins dans sa version initiale, mais sa nouvelle version n'apaisera pas la controverse, car c'est son principe même qui est débattu. Il a été reproché à ce texte, en raison du flou qui entoure le concept de « déséquilibre significatif », de constituer un facteur

67. T. Revet, Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil, D. 2016. 1771, spéc. n° 7.

68. *Ibid.*, spéc. n° 8

69. D. 2018. 124.

70. En ce sens, V. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, 2018, à paraître, spéc. n° 8.

71. *Ibid.*



d'insécurité juridique et de judiciarisation du contrat et, par conséquent, d'être un épouvantail qui détournera les opérateurs économiques de notre droit. On connaît la rengaine...

L'argument relatif au « déséquilibre significatif » n'est pas nouveau, il avait déjà été brandi à l'occasion de la loi relative à la protection des professionnels contre les clauses abusives. Précisément, le Conseil constitutionnel avait alors été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la compatibilité de l'amende, prévue par le code de commerce pour sanctionner le professionnel qui impose une clause abusive à son partenaire, avec l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pour décider que l'article litigieux était bien conforme au principe de légalité des délits et des peines, le Conseil a considéré, dans une décision du 13 janvier 2011, que la notion de déséquilibre contractuel significatif incriminé par l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce était... suffisamment claire et précise, étant donné que la jurisprudence l'avait d'ores et déjà précisée à l'occasion de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation (alors applicable). Autant dire que la critique tenant au caractère flou de la notion de déséquilibre significatif, régulièrement brandie par ceux qui critiquent la politique de protection contre les clauses abusives, est aussi récurrente qu'inopérante.

Quoi qu'il en soit, cette protection contre les clauses abusives désormais organisée au sein même du code civil nous paraît parfaitement légitime et, ce, pour plusieurs raisons.

D'une part, à ceux qui critiquent l'existence d'une telle règle protectrice dans le code civil, on répondra qu'on verrait mal pourquoi une clause, stipulée dans les mêmes conditions et créant elle aussi un déséquilibre significatif, serait sanctionnée lorsque le contrat, dans lequel elle est stipulée, entre dans le champ d'application du code de la consommation ou du code de commerce, et ne le serait pas si elle entre dans celui du code civil. S'il en allait autrement, il en résulterait une discrimination au sein des contractants victimes de clauses abusives dont on ne percevrait pas la raison d'être. Les mêmes clauses doivent produire les mêmes effets !

D'autre part, pour ceux qui s'émeuvent des atteintes potentielles que provoquerait ce nouveau pouvoir accordé au juge de réputer non écrites les clauses abusives, on les rassurera en rappelant que son champ d'application est rigoureusement circonscrit par le texte. Outre la double condition que la loi impose, le pouvoir du juge est, par ailleurs, neutralisé quand la clause porte sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation ; de plus, la règle du code civil, donc la règle du droit commun, sera susceptible d'être parfois évincée, dès lors que les règles du droit spécial (code de la consommation et code de commerce) auront vocation à s'appliquer, ce qui restreindra probablement sensiblement son champ d'application.

Aussi, la sécurité juridique ne devrait-elle pas trop souffrir de la règle nouvelle insérée dans le code civil et la justice contractuelle peut-elle se maintenir, sans envahir pour autant notre nouveau modèle contractuel. Tout est donc pour le mieux dans le meilleur des mondes contractuels...



# Thème 2

## Processus de formation du contrat

### Plan du thème

#### Section 1 – CONCLUSION DU CONTRAT

##### § 1. Processus classique : acceptation d'une offre

###### *A. Offre*

###### 1) Conditions

###### 2) Régime

###### *a) Rétractation de l'offre*

###### *b) Caducité de l'offre*

###### *B. Acceptation*

##### § 2. Processus progressif : les phases préparatoires

###### *A. Pourparlers précontractuels*

###### 1) Négociation

###### 2) Rupture

###### *B. Contrats préparatoires*

###### 1) Promesses unilatérales

###### *a) Validité et qualification*

###### *b) Violation*

###### *1. Rétractation*

###### *2. Vente à un tiers*

###### 2) Pacte de préférence

##### § 3. Processus particuliers : les contrats à distance

###### *A. Contrats entre absents*

###### *B. Contrats électroniques*

## **Section 2 – FORME DU CONTRAT**

### **§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats**

### **§ 2. Manifestations du formalisme**

*A. Formes solennelles*

*B. Contrats réels*





# Processus de formation du contrat

## Introduction

1. L'ordonnance portant **réforme** du droit des contrats a enfin intégré des dispositions légales sur cette phase importante de la formation du contrat qui n'avait fait l'objet jusqu'à présent, faute de textes dans le Code civil, que d'une jurisprudence abondante et souvent incertaine. Tout le processus est désormais légal, de l'offre à l'acceptation, en passant par les négociations précontractuelles et les contrats préparatoires. L'essentiel des dispositions se contente de **consolider la jurisprudence** en la sécurisant, comme en matière de rétractation de l'offre, et parfois, plus exceptionnellement, marque une **rupture**, dont la plus notable concerne la rétractation d'une promesse unilatérale.

## Section 1 – CONCLUSION DU CONTRAT

2. Une section entière du Code civil est désormais consacrée à la phase de « conclusion du contrat », découpée en quatre sous-sections : les négociations, l'offre et l'acceptation, le pacte de préférence et la promesse unilatérale et des dispositions propres au contrat conclu par voie électronique (art. 1112 à 1127-6).

### § 1. Processus classique : acceptation d'une offre

3. Le droit français conceptualise la formation du contrat comme étant l'acceptation d'une offre (art. 1113 al. 1), impliquant que ces deux moments sont distincts et pouvant être clairement isolés. Or, si tel est généralement le cas, il existe des situations dans lesquelles il peut être difficile de préciser le moment précis de l'acceptation (par ex. lors d'une longue négociation entre les parties qui donnent leur accord clause par clause, participant toutes deux activement, comme c'est généralement le cas pour les contrats d'affaires), ou un tiers a pu rédiger le contrat sans qu'il soit possible de distinguer l'offrant de l'acceptant. C'est la raison pour laquelle, à l'instar de certaines propositions doctrinales (cf. PDEC, art. 2 : 211 ; Terré, art. 14 al. 2), le nouvel article 1113 al. 2 du Code civil prend en compte le comportement des parties attestant d'un accord, indépendamment de toute offre ou d'acceptation formelle.

#### A. Offre

4. L'offre est polymorphe et peut se présenter différemment. Sans exigence de forme, elle peut **être écrite ou verbale, expresse ou tacite**, à personne **déterminée ou indéterminée** (offre faite au public), avec ou sans délai quant à son maintien (art. 1114). Il peut exister, exceptionnellement, des situations particulières où la loi va réglementer l'offre, dans un but de protection du destinataire (par ex. l'offre de crédit à la consommation, cf. art. L. 312-18 c. consom.).

#### 1) Conditions

5. Pour qu'il y ait juridiquement une offre, **deux conditions** de fond, élaborées par la jurisprudence et désormais précisées au **nouvel article 1114** du Code civil, sont nécessaires : la précision de l'offre et sa fermeté (pour un ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 2015, n° 14-20.536, inédit, AJDI 2015. 709 ; RTD civ. 2015. 864, obs. H. Barbier). La **précision** de l'offre signifie que l'offre doit être précise quant au contrat projeté et comporter les éléments essentiels du contrat (pour une vente par ex., l'offre devra préciser la chose et le prix). Seuls les éléments essentiels à la formation du contrat en cause sont nécessaires et suffisants à la constitution de l'offre (par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 28 oct. 2009, n° 08-20.224, JCP 2009. 574, n° 8 obs. Loiseau : la Cour de cassation censure une cour d'appel qui avait fait dépendre l'existence d'une offre de bail de la mention, outre le prix et la situation du bien, de la date de prise d'effet du bail, alors que cet élément n'est pas essentiel à la formation du bail et donc à la constitution



de l'offre). Si des éléments essentiels sont à débattre, comme le prix, alors il ne peut s'agir d'une offre, faute de précision. La **fermeté** de l'offre signifie que l'offre doit manifester sans équivoque la volonté de son auteur de contracter et donc d'être lié en cas d'acceptation. Tel n'est pas le cas si l'offre est assortie de réserves, implicites ou explicites, c'est-à-dire si l'offrant se réserve la possibilité de choisir son cocontractant (par ex., une offre d'emploi n'est pas juridiquement une « offre » car implicitement l'auteur se réserve la possibilité de choisir son employé. V. par ex. Soc. 28 janv. 2015, n° 13-23.440, inédit, RTD civ. 2015. 864, obs. Barbier). Faute de fermeté ou de précision, il ne s'agira pas juridiquement d'une offre mais d'une invitation à entrer en négociation, comme le précise désormais l'article 1114 *in fine*.

## 2) Régime

### a) Rétractation de l'offre

6. C'est le régime de l'offre qui soulève le plus de difficultés et de débats, notamment la question traditionnelle de sa révocation qui n'a jamais connu de régime certain en jurisprudence. L'offrant peut-il librement changer d'avis et révoquer son offre avant l'acceptation ? Pour répondre à cette question, il faut avoir conscience des **principes et intérêts** qui la sous-tendent. D'un côté, *la liberté contractuelle* implique la liberté de l'offrant tant qu'il n'y a pas eu d'acceptation et donc de formation du contrat ; être libre de contracter c'est aussi être libre de ne pas contracter et donc de rétracter son offre. De plus, *l'engagement unilatéral* n'est pas, en droit français, une source d'obligation (*cf.* art. 1100 C. civ., anc. art. 1370 sur les sources des obligations) ; il ne suffit pas de vouloir seul, pour être juridiquement engagé et créer ainsi une obligation, c'est-à-dire ici celle de devoir maintenir son offre et d'être lié en cas d'acceptation. L'offre ne peut donc être, en elle-même, contraignante. Mais, d'un autre côté, les intérêts du *destinataire de l'offre* ne peuvent être laissés indifférents. Ce destinataire a pu légitimement croire que l'offre serait maintenue, au moins pendant un certain temps. Cette croyance légitime du destinataire, née du comportement de l'offrant, doit également être protégée, pour des raisons de *sécurité juridique* comme de *loyauté contractuelle*. C'est à partir de ces intérêts que la jurisprudence s'est construite, avec quelques zones d'ombre malgré tout, et que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a tranché, en faveur de la liberté contractuelle.

7. La réforme du droit des contrats limite la **liberté de rétractation** à la période antérieure à la réception de l'offre par le destinataire (art. 1115). La jurisprudence antérieure était légèrement différente en ce qu'elle prolongeait la liberté de rétractation jusqu'à l'acceptation par le destinataire, mais avec les limites de l'obligation de maintien pendant un délai raisonnable qui rendait finalement fictive cette liberté entre la réception de l'offre et son acceptation. La réforme clarifie donc ce point. Une fois reçue, l'offre fait naître chez le destinataire une croyance dans son maintien pendant au moins un « délai raisonnable », et toute rétractation est alors fautive, reprenant en cela la jurisprudence antérieure. Ainsi, soit l'offre contient, dans son libellé, un **délai exprès de maintien** par lequel l'offrant s'engage à ne pas lever son offre pendant un temps fixé dans l'offre, et alors l'offrant est obligé de la maintenir (art. 1116 al. 1. V. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1968, n° 66-13 187, *Bull. civ.* III, n° 209 : « Si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque »), soit l'offre ne contient aucun délai particulier, et alors il doit la maintenir pendant au moins un « **délai raisonnable** » (art. 1116 al. 1. V. par ex. Com., 22 avr. 1958, *Bull. civ.* III, n° 160. – Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mai 2005<sup>1</sup>. – Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mai 2009<sup>2</sup>).

8. La question la plus débattue concernait celle de la **sanction du non-respect de l'obligation de maintien** durant le délai exprès ou raisonnable. Deux possibilités s'ouvraient au juge : soit la seule responsabilité délictuelle, la révocation constituant une faute ; soit, plus audacieuse, l'inefficacité de la

1. *Bull. civ.* III, n° 117, D. 2005. Pan. 2837, obs. S. Amrani Mekki ; JCP 2005. I. 172, n° 1 s., obs. P. Grosser.  
2. n° 08-13.230, D. 2009. 1537, RDC. 2009. 1325 obs. Lathier, CCC. 2009. Com 214 obs. Leveneur.



révocation et donc la conclusion du contrat. Si aucun arrêt n'avait jusqu'à présent admis la conclusion du contrat, un arrêt important semblait l'avoir consacré en cassant au visa de l'article 1134, relatif à la force obligatoire du contrat, un arrêt d'appel qui avait validé la rétractation de l'offre (**Civ. 3<sup>e</sup>, 7 mai 2008**<sup>3</sup>). La comparaison avec le sort de la révocation d'une promesse unilatérale de vente s'imposait alors (*cf. infra* n° 26). En effet, alors qu'en 1993 la troisième chambre civile avait considéré que la révocation de l'engagement du promettant, qui lui est contractuel, ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts (responsabilité cette fois contractuelle), la révocation d'une offre aurait ainsi un effet plus fort.



#### À noter

Dans l'arrêt du **7 mai 2008**, un acheteur, ayant signé une offre d'achat pour un immeuble, décide finalement de la retirer deux jours plus tard par l'émission d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Le lendemain, il apprend par courrier que le vendeur accepte l'offre. C'est alors l'acheteur-offrant qui assigne l'acceptant en restitution du dépôt de garantie versé et en dommages-intérêts. La cour d'appel accueille la demande et retient la validité de la rétractation de l'offre d'achat, la rétractation étant antérieure à l'acceptation. La Cour de cassation casse au visa très important de l'article **1134** du C. civ en considérant que « si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que (les vendeurs) disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que (l'acheteur) s'était engagé(e) à maintenir son offre jusqu'à cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

**9.** Quant aux **propositions de réforme**, qu'il s'agisse de l'avant-projet Catala ou des propositions de réforme émanant de la Commission présidée par M. Terré, il était proposé que la révocation d'une offre, dès lors qu'elle est faite à personne déterminée et contient un délai exprès de maintien, soit sans effet, conduisant alors à la formation du contrat (Catala, art. 1105-4 ; Terré, art. 18). C'est également en ce sens que se prononcent les PDEC (art. 2 : 202 (3)). Il n'est d'ailleurs pas à exclure que l'arrêt rendu le 7 mai 2008 se soit inspiré de ces différents projets.



#### À noter

Catala, art. 1105-4 : « Cependant, lorsque l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, sa révocation prématurée... ne peut empêcher la formation du contrat. »

Terré, art. 18 al. 2 : « La révocation de l'offre faite à personne déterminée, en violation de cette obligation de maintien, n'empêche pas la formation du contrat ».

PDEC<sup>4</sup>, art. 2 : 202 (3) : « La révocation est cependant sans effet (a) si l'offre indique qu'elle est irrévocable (b) ou si elle fixe un délai déterminé pour son acceptation. »

**10. En contradiction avec ces différentes propositions, la réforme du droit des contrats** a finalement tranché en faveur de la seule **responsabilité délictuelle** : la violation de l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé ou raisonnable « empêche la conclusion du contrat » (art. 1116 al. 2) et est constitutive d'une faute de nature délictuelle conduisant à la seule allocation de dommages et intérêts, « sans obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat » (art. 1116 al. 3). Cette dernière référence fait écho à la jurisprudence Manoukian (*cf. infra* n° 18) de manière à limiter les préjudices réparables aux pertes réellement subies sans inclure les gains espérés.

3. n° 07-11690, *JCP* 2008. I. 179 n° 1 obs. Serinet ; D. 2008. Pan. 2965 obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2008. 474 obs. Fages

4. PDEC = Principes de droit européen du contrat



## b) Caducité de l'offre

11. La caducité est la sanction d'un acte juridique qui perd un élément essentiel à sa formation en cours de vie, ce qui le conduit à ne plus produire d'effet à compter de ce moment. La question est ici de savoir si l'offre devient caduque lorsque se produit, au cours de l'offre, le décès du pollicitant ou son incapacité. S'il y a acceptation de l'offre après le décès ou l'incapacité du pollicitant, le contrat est-il formé ou l'offre n'existait-elle plus alors ? Cette question soulève les mêmes débats que pour la révocation de l'offre. Permettre la formation du contrat, et donc refuser la caducité de l'offre en cas de décès ou d'incapacité, c'est donner à l'offre une force contraignante équivalente à une obligation contractuelle et également, d'une certaine manière, reconnaître la force d'un engagement unilatéral.

12. Alors que la jurisprudence relative au décès du pollicitant était imprécise, la **réforme** du droit des contrats tranche en faveur de la **caducité de l'offre** « en cas d'incapacité ou de décès de son auteur » auquel la loi de ratification a ajouté le « décès de son destinataire » qui est plus discutable (art. 1117 al. 2). Cette position ferme permet de sécuriser une situation que la jurisprudence avait laissé très imprécise, parfois en laissant entendre le contrat conclu malgré le décès (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 déc. 1997, *Bull. civ.* III, n° 223 ; *D.* 1999. Somm. 9, obs. Ph. Brun ; *Defrénois* 1998. 336, obs. D. Mazeaud. Cependant les faits de cet arrêt étaient particuliers puisqu'il existait deux offrants dont un seul était mort. La décision aurait-elle été la même en cas d'un seul offrant décédé ?), et parfois l'inverse (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1989, *Bull. civ.* III, n° 109, *D.* 1990. 365, note Virassamy ; *D.* 1991. Somm. 317, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990. 69, obs. J. Mestre). Le trouble avait continué plus récemment avec un arrêt du 25 juin 2014 semblant faire une distinction, comme en matière de révocation, selon l'existence d'un délai de maintien (**Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2014, n° 13-16529, D. 2014. 1574, note Tadros ; D. 2014. 1715, note Guyon-Renard, JCP 2014, doct. 1195, obs. Loiseau ; JCP 2014, 960, note Antippas ; CCC 2014, comm. 211, obs. Leveneur ; RTD civ. 2014. 877, obs. Barbier ; RDC 2014. 601, note Laithier ; 2015. 33, note Libchaber**).



### À noter

Dans cet important arrêt rendu par la 1<sup>re</sup> chambre civile le **25 juin 2014**, la Cour de cassation a considéré qu'une « offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée ». En l'espèce, l'offre de vente d'un bien indivis faite au frère de l'offrant est devenue caduque au décès de celui-ci puisqu'« aucun délai de validité de l'offre n'avait été fixé ». C'est l'interprétation *a contrario* de cet arrêt qui fait débat puisqu'il laisse entendre que si l'offre avait été assortie d'un délai elle n'aurait pas été caduque, ce qui aurait permis au destinataire de l'accepter.

Si une telle interprétation était exacte, elle emprunterait au raisonnement tenu par les propositions doctrinales en matière de révocation de l'offre, mais curieusement pas à leurs propositions relatives à la caducité puisque toutes ces propositions considéreraient caduques, sans autre précision, toute offre en cas d'incapacité ou de décès de son auteur (Catala, art. 1105-3 ; Terré, art. 16).

## B. Acceptation

13. L'acceptation est « la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre » (art. 1118 al. 1). Comme l'offre, elle doit porter sur les éléments essentiels du contrat pour produire cet effet. Elle doit être **pure et simple**, ce qui signifie qu'elle ne doit pas elle-même comporter de réserves ; si celles-ci sont précises et fermes, il s'agira alors d'une contre-offre, c'est-à-dire une offre nouvelle. Il revient alors à l'offrant initial d'accepter, et ainsi de suite. Comme pour le nouveau régime de l'offre, l'acceptation peut être rétractée par son auteur jusqu'à sa réception par l'offrant (art. 1118 al. 2).

14. Si l'acceptation peut être expresse ou implicite (un comportement non équivoque comme l'exécution du contrat), elle ne peut, en principe, se déduire d'un silence (art. 1120). Ce principe selon lequel le **silence ne vaut pas acceptation**, remontant à une jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle (Civ., 25 mai



1870, *GAJC* tome II, n° 146), est assorti d'**exceptions** telles que « des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières » (nouv. art. 1120. V. ég. **Civ. 1<sup>er</sup>, 24 mai 2005**, *Bull. civ. I*, n° 223 ; *D.* 2006. 1025, note Bensamoun ; *JCP* 2005. I. 194, n° 1 s., obs. Pérès-Dourdou ; *RDC* 2005. 1007, obs. Mazeaud ; **Com., 18 janv. 2011**, n° 09-69.831, *RDC*. 2011. 789 obs. Y.-M. Laithier ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RLDC* 2011 n° 80).

**15.** La **réforme** du droit des contrats introduit pour la première fois des dispositions légales relatives au sort des **conditions générales**, c'est-à-dire des clauses contractuelles pré rédigées par un professionnel et destinées à s'appliquer de manière standardisée à tous les contrats conclus. La difficulté principale vient du fait que ces conditions ne font pas toujours partie de *l'instrumentum*, conduisant à un contentieux pour savoir si elles ont été acceptées et donc font partie du champ contractuel. La réforme consolide l'essentiel des solutions dégagées par la jurisprudence. Ainsi, ces conditions « n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées » (art. 1119 al. 1). Les conditions générales de chacune des parties qui seraient contradictoires sont privées d'effet, et les conditions particulières priment les conditions générales (art. 1119 al. 2 et 3). Cette primauté des conditions particulières a été admise pour le droit antérieur pour un arrêt récent sous réserve qu'elles soient inconciliables avec les conditions générales (Civ. 2<sup>e</sup>, 4 oct. 2018, n° 17-20624, PB). L'article 1119 exige, quant à lui, qu'elles soient incompatibles.



### À noter

Dans la jurisprudence antérieure, le fait de porter les conditions générales à la connaissance du cocontractant (par le renvoi d'une stipulation contractuelle) suffisait à en déduire son acceptation tacite (Civ. 1<sup>er</sup>, 16 fév. 1999, n° 96-19469, *Bull. civ. I*, n° 51 ; *JCP* 1999, II, 10162, note B. Fillion-Dufouleur ; Civ. 1<sup>er</sup>, 11 mai 2012, n° 10-25.620), quand bien même aucune formule ne mentionnerait expressément leur prise de connaissance ni leur acceptation (V. dern. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 avril 2016, n° 15-16.625 et 15-22.147, *D.* 2016 actu ; *D.* 2016. 895, 2187, obs. S. Porchy-Simon et 2017. 24, obs. C. Quézel-Ambrunaz, *D.* 2017. 375 chron Mekki ; *Com.* 2 juin 2015, n° 14-11014, *CCC* 2015, comm. 225 ; *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 36, obs. D. Houtcieff). Le fait que le nouvel art. 1119 du Code civil exige une acceptation en plus de la traditionnelle connaissance des conditions générales, pourrait conduire à un contrôle plus strict des tribunaux. C'est en ce sens que semblent s'orienter des arrêts récents (**Civ. 3<sup>e</sup>, 20 avr. 2017**, n° 16-10696, *RTD civ.* 2017. 635, obs. Barbier ; *JCP E* 2017. 1393, note Le Gac-Pech ; *D.* 2018. 371, obs. Mekki : « la connaissance et l'acceptation des conditions générales et particulières conditionnent leur opposabilité à l'assuré et non la formation du contrat (...) » ; **Civ. 1<sup>er</sup>, 4 oct. 2017**, n° 16-10411).

## § 2. Processus progressif : les phases préparatoires

### A. Pourparlers précontractuels

#### 1) Négociation

**16.** De nombreux contrats, et notamment les contrats d'affaires, sont conclus au terme d'une longue période de négociations. Faut de texte dans le Code civil en 1804, c'est la jurisprudence qui en a construit le régime que la **réforme** s'est contentée de consacrer. La phase de négociation commence par une entrée en négociation qui ne répond à aucune règle particulière et est soumise au **principe de liberté** (art. 1112). Cette phase court tant que les parties n'ont pas trouvé d'accord sur les éléments essentiels du contrat (pour un ex., Civ. 3<sup>e</sup>, 22 nov. 2014, n° 10-24834, *JCP* 2015, doct. 306, obs. Ghestin). L'entrée en pourparlers peut se matérialiser par un écrit, qui prend parfois le nom de « lettre d'intention » (à distinguer alors de la sûreté), de « gentlemen's agreement » ou d'« accord de principe » (pour un exemple, v. *Com.*, 10 janv. 2012, n° 10-26149, *RTD civ.* 2012. 311, obs. B. Fages ; *D.* 2013. 391, obs. M. et S. Mekki), permettant de formaliser le cadre de la négociation et particulièrement d'éventuelles clauses



de confidentialité ou d'exclusivité (par ex. Paris, 7 nov. 2002, *RTD civ.* 2003. 76 obs. Mestre). Le cours de la négociation est également libre et n'empêche pas la négociation avec plusieurs partenaires en même temps ; la seule obligation est celle de « **satisfaire aux exigences de la bonne foi** » (art. 1112, en écho à l'art. 1104. Cf. ég. Civ. 1<sup>re</sup>, 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* »).



#### À noter

Indépendamment de tout accord explicite sur la confidentialité des négociations, le nouvel article 1112-2 du Code civil semble instaurer **un devoir de confidentialité** empêchant l'utilisation et la divulgation sans autorisation des informations confidentielles obtenues à l'occasion des négociations. Sanctionnée sur le terrain contractuel en cas d'accord, la violation de ce devoir l'est sinon sur le fondement délictuel.

## 2) Rupture

**17.** Le principe est celui de la **liberté** de la rupture des pourparlers, fondé sur la liberté contractuelle (art. 1112) ; une rupture des pourparlers ne peut donc jamais être, en elle-même, une faute (1<sup>er</sup> arrêt : Com, 20 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n° 93, *JCP* 1973.II.17543 note Schmidt, *RTD civ.* 1972. 779, obs. Durry). La limite de cette liberté réside dans l'**abus**, sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle. Cet abus dans la rupture se manifeste par un comportement déloyal, apprécié par le juge en fonction des circonstances de la rupture (brutalité de la rupture ; faire faussement croire à la conclusion du contrat en faisant naître chez l'autre la croyance erronée dans la conclusion du contrat. cf. **Com., 26 nov. 2003**, Manoukian, *GAJC* tome II n° 142 ; *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *D.* 2004. 869 note Dupré-Dallemagne ; *JCP E* 2004.738 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC.* 2004. 257 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 80 obs. Mestre ; Com., 18 janv. 2011, n° 09-14.617, *LEDC* 2011 n° 3 p. 5 obs. Deshayes).

**18.** Le contentieux s'est longtemps focalisé sur une question pratique importante : l'**étendue du préjudice réparable** en cas de rupture abusive. Si sont évidemment réparés les préjudices matériels tenant dans les pertes subies (déplacements lors des négociations, frais de mobilisation des collaborateurs, v. réc. Com. 22 mars 2017, n° 15-14875, CCC 2017, comm. 119, obs. Leveneur), plusieurs juges du fond avaient accordé la réparation du préjudice consistant dans la **perte d'une chance** d'obtenir les gains attendus du contrat non conclu. C'est l'**arrêt Manoukian** rendu par la Cour de cassation qui casse cette jurisprudence, confirmée depuis : « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (**Com., 26 nov. 2003, Manoukian**<sup>5</sup>. – Civ. 3<sup>e</sup>, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, *RDC* 2009. 480 obs. Laithier, *RLDC* 2009 n° 3324 ; et plus récemment Com., 18 sept. 2012, n° 11-19629, *RTD civ.* 2012. 721, obs. Fages, *JCP* 2012. 1151, n° 6, obs. Loiseau, CCC 2012, comm. 274, obs. Leveneur). Malgré la critique de certains auteurs (not. J. Mestre et B. Fages, sous Com., 26 nov. 2003, *RTD civ.* 2004. 80), la position de la Cour de cassation s'explique au regard du lien de causalité entre la faute et le préjudice : dans la mesure où la faute n'est pas dans la rupture mais dans ses circonstances, si la faute n'avait pas été commise le contrat n'aurait pas plus été conclu, seule la négociation se serait arrêtée plus tôt. Le simple espoir de gain, trop hypothétique, n'est pas suffisant pour la Cour de cassation. C'est cette position jurisprudentielle qu'a consacrée la **réforme** en précisant que la réparation du préjudice résultant de la rupture fautive « ne peut avoir pour objet

5. *GAJC* Tome 2 n° 142 ; *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *D.* 2004. 869 note Dupré-Dallemagne ; *JCP E* 2004.738 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC.* 2004. 257 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 80 obs. Mestre. – Civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 2006, n° 04-20040, *D.* 2006. Pan. 2639 obs. Amrani-Mekki ; *JCP* 2006. II. 10130 note Deshayes ; *JCP* 2006. I. 166 n° 6 obs. Stoffel-Munck.



de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu » (art. 1112 al. 2). La loi de ratification y a ajouté l'impossibilité de demander réparation de « la perte de chance d'obtenir ces avantages », ce qui correspondait déjà à la réalité de la jurisprudence (rappel : valeur interprétative de cet ajout).

## **B. Contrats préparatoires**

19. Alors que les promesses synallagmatiques relèvent davantage des contrats spéciaux (art. 1589 C. civ) ou du régime de l'obligation avec la condition (cf. Fascicule Régime de l'obligation), les régimes du contrat de promesse unilatérale et du pacte de préférence rejoignent le droit commun par son introduction dans l'ordonnance portant **réforme** du droit des contrats, à l'instar des projets Catala et Terré. Ces contrats s'inscrivent dans un processus prolongé de conclusion d'un contrat final, seul objectif des parties, pour lequel il est nécessaire de s'engager par avance sur certains aspects.

### **1) Promesses unilatérales**

20. Pour reprendre la **définition** du nouvel article 1124 du Code civil, « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». La réforme ne codifie pas toute la jurisprudence relative aux promesses unilatérales en se concentrant sur la définition (art. 1124 al. 1) et surtout les conséquences de la révocation de la promesse sur lesquelles elle innove (art. 1124 al. 2).

#### **a) Validité et qualification**

21. Pour qu'une promesse unilatérale soit conclue, il faut donc que seul le promettant s'engage à contracter, à des **conditions essentielles déjà définies** (pour la vente, il s'agira de la chose et du prix). Quant au bénéficiaire, il est titulaire d'une **option** lui laissant la liberté de conclure ou non le contrat final. La levée de l'option, par laquelle le bénéficiaire contracte le contrat final, n'est soumise à aucune forme ou modalités particulières (Civ. 3<sup>e</sup>, 19 déc. 2012, n° 08-14225). Ce droit d'option, dont est titulaire le bénéficiaire, peut être cédé à un tiers afin que ce dernier se substitue au bénéficiaire. Traditionnellement nommée « faculté de substitution », fréquente aussi bien dans les promesses synallagmatiques qu'unilatérales, son régime juridique fait l'objet d'un contentieux nourri aux confins du régime de l'obligation. Une des questions récurrentes concerne la qualification de cette faculté en cession de créance, dont les enjeux résident dans le respect tant des formalités de l'art. 1690 du Code civil (nouv. art. 1321 s.) que de l'enregistrement de l'art. 1589-2. La Cour de cassation a réaffirmé que la substitution n'est pas une cession de créance, et donc n'emporte pas l'obligation d'accomplir les formalités de l'art. 1690 (**Civ. 3<sup>e</sup>, 12 avr. 2012**, n° 11-14.279, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2012. 760, note Dagorne-Labbe ; *JCP* 2012. 945, n° 4, obs. Billiau ; *JCP* 2012. 1151, n° 16 ; obs. Barthez. Auparavant : Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avr. 1987, *D.* 1987. 454, note Aynès ; *RTD civ.* 1987. 777, obs. Remy). Ni stipulation pour autrui, ni cession de créance, la Cour de cassation dit ce que n'est pas la faculté de substitution sans la qualifier pour autant. Peut-être que la reconnaissance de la cession de contrat par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats conduira le juge à cette nouvelle qualification (cf. *infra* Thème 10, n° 23).



#### **Actualité**

Même si la chambre commerciale n'a pas tranché la question de savoir si la clause de substitution doit désormais s'analyser comme une clause autorisant à l'avance une cession de contrat, elle a eu récemment à connaître d'un pourvoi formé contre un arrêt l'ayant admis. A cette occasion, elle a décidé que l'acceptation de la faculté de substitution ne décharge jamais, à elle seule, le débiteur originaire de sa dette (Cass. com., 14 nov. 2019, n° 18-18833, PB). En effet, seule la mise en œuvre de la faculté de substitution est susceptible de décharger le débiteur originaire.





### Actualité

En l'absence de précision quant au délai d'option dans la promesse, la promesse unilatérale est à durée indéterminée. Alors que des arrêts anciens obligeaient le promettant à mettre en demeure le bénéficiaire de lever l'option, un arrêt du 27 sept. 2017 qualifie la promesse de contrat à durée indéterminée en lui appliquant son régime : le promettant qui veut mettre fin au contrat peut résilier à tout moment sous réserve d'un préavis raisonnable pendant lequel la promesse s'exécute et l'option peut être levée. **Com., 27 sept 2017, n° 16-13112, AJ contrat 2017, p. 542 obs. C. Coupet ; RDC 2018, 11 note Génicon.**

22. Bien que non nécessaire à la validité de la promesse, la plupart des promesses unilatérales prévoient une somme d'argent remise par le bénéficiaire au promettant, en contrepartie de l'immobilisation exclusive du bien à son profit. Cette somme, communément appelée « **indemnité d'immobilisation** », n'est ni une clause pénale, ni une clause de dédit puisque ne pèse sur le bénéficiaire aucune obligation ; elle constitue « **le prix de l'exclusivité** » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 5 déc. 1995, Bull. civ. I, n° 452**). Si le bénéficiaire lève l'option, le prix de l'indemnité s'imputera sur le prix final, alors qu'il restera acquis au promettant en cas de non levée de l'option (la promesse sera alors caduque). Si la non-réalisation du contrat final n'est pas imputable au bénéficiaire, l'indemnité d'immobilisation doit être restituée (cas de l'exercice d'un droit de préemption par un tiers : **Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 2010, n° 09-15.211, RLDC 2011 n° 79**). Une question traditionnelle est celle de savoir si le montant de l'indemnité d'immobilisation peut affecter la nature de la promesse unilatérale pour la transformer en promesse synallagmatique. Bien que critiquée par la doctrine, cette position a été affirmée par la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation considérant que telle peut être le cas si « la promesse de vente est assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle prive le bénéficiaire de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 26 sept. 2012, n° 10-23912, RTD civ. 2012. 723, obs. Fages. Contraire à Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-65673, D. 2012. 459, spéc. 462, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2011. 346, obs. Fages ; RDC 2011. 420, obs. Laithier**). Une telle requalification en promesse synallagmatique a également été admise, bien qu'également critiquée, à propos des promesses croisées de vente et d'achat, fréquentes en matière de cessions de droits sociaux (**Com., 22 nov. 2005, 04-12183, Bull. civ. IV, n° 234, D. 2006. 2793, note Moury ; RTD civ. 2006. 302, obs. Mestre et Fages ; Rev. Soc. 2006. 521, obs. Barbieri ; RDC. 2006. 383, obs. Brun : « l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes »).**



### Actualité

La qualification de **deux promesses unilatérales croisées**, l'une de vente et l'autre d'achat, est peut-être en voie d'évolution, sans qu'on puisse pour autant l'assurer. Dernièrement, la Chambre commerciale a qualifié ces deux promesses de promesses synallagmatiques, au pluriel et non au singulier, dès lors qu'elles avaient « le même objet et stipulées dans les mêmes termes ». Au lieu d'en conclure la vente parfaite dès la conclusion des promesses, celle-ci résulte de la levée de l'option (**Com., 27 sept 2017, n° 16-13112, AJ contrat 2017, p. 542 obs. C. Coupet ; RDC 2018, 11 note Génicon**).

23. Si les promesses unilatérales sont des contrats consensuels, certaines promesses unilatérales peuvent nécessiter le respect de formes particulières, comme, par exemple, les promesses unilatérales de vente portant sur un immeuble ou un fonds de commerce, pour lesquelles la loi exige **un enregistrement** dans les dix jours de l'acceptation du bénéficiaire à peine de nullité (**art. 1589-2 C. civ, anc. Art. 1840-A CGI**). L'exigence formelle de cet article a nécessité de préciser la notion même de promesse unilatérale ; l'enjeu de la qualification se trouve alors dans la nullité de l'acte en cas de non-enregistrement. Un contentieux important s'est développé à propos des promesses unilatérales de





vente d'immeuble **insérées dans un autre acte comme une transaction** ; l'insertion d'une promesse unilatérale dans un ensemble contractuel plus vaste et comportant des obligations réciproques peut-elle ôter le caractère unilatéral de la promesse pour la soustraire aux exigences de l'ancien article 1840-A du CGI ? Pour la Cour de cassation, dès lors que l'acte général, dans lequel est insérée une promesse unilatérale, comporte des « **engagements réciproques interdépendants** », il fait perdre à la promesse son caractère unilatéral, et donc ne nécessite pas l'application de l'ancien article 1840-A CGI (« *la transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément, de sorte que l'art 1840 A du CGI est sans application* »), **Ass. plén., 24 févr. 2006**<sup>6</sup>. Il semble donc que la promesse unilatérale perde son autonomie et ses caractéristiques propres lorsqu'elle se fonde dans un ensemble contractuel plus large aux obligations interdépendantes. Si le fond de la motivation de la Cour de cassation est très largement critiqué, l'opportunité de cette solution, permettant de sauver ces contrats complexes de la nullité, est généralement appréciée.

### **b) Violation**

**24.** Le promettant peut ne pas honorer son engagement de deux manières : soit en se rétractant, soit en vendant à un tiers avant la levée de l'option par le bénéficiaire. La difficulté concerne la sanction alors applicable, qui dépend en réalité de la manière dont on analyse le contenu de l'obligation du promettant, point sur lequel la réforme a définitivement tranché.

#### *1. Rétractation*

**25. La réforme du droit des contrats** a tranché : « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » (art. 1124 al. 2). Ainsi, le bénéficiaire de la promesse, s'il lève l'option dans les temps, peut **forcer à l'exécution** du contrat promis. Elle suit en cela les projets Catala et Terré ainsi que la très grande majorité de la doctrine<sup>7</sup>.

**26.** Par cette disposition, la réforme **renverse la jurisprudence** qui décidait depuis 1993 que la rétractation du promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire ne pouvait qu'entraîner la mise en jeu de sa responsabilité civile contractuelle, et non l'exécution forcée du contrat de vente (« *tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire (...) et la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer* », **Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993**<sup>8</sup>). Cette jurisprudence avait été confirmée jusqu'en 2010, malgré les plus vives critiques de la doctrine et les projets de réforme proposés en droit des contrats, jusqu'à l'apparition d'arrêts semblant contradictoires et laissant penser à une évolution possible de la Cour de cassation.



#### **À noter : tergiversations jurisprudentielles**

Le trouble est apparu à compter d'un arrêt rendu par la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation le 8 sept. 2010 qui a semblé remettre en cause la jurisprudence de 1993 en considérant que le consentement définitif du promettant à la vente est donné au moment de la conclusion de la promesse (**Civ. 3<sup>e</sup>, 8 sept. 2010**<sup>9</sup>). Puis s'enchaînent deux décisions de cette même chambre, l'une (**Civ. 3<sup>e</sup>,**

6. *JCP* 2006. II. 10065 ccl. Cédras ; *RDC*. 2006. 689, obs. Laithier et p. 806, obs. Lagarde ; *RLDC*. 2006/27 n° 2031, note Mallet-Bricout ; *D*. 2006. 2076, note Jamin ; *RTD civ.* 2006. 301 obs. Mestre et Fages ; S. Chassagnard-Pinet, La perte d'autonomie de la promesse de vente insérée dans une transaction, *D*. 2006. 2057 Cf. précédemment : Civ. 3<sup>e</sup>, 5 juill. 1995, B. III n° 175, *JCP* 1996. II.22659. – Com., 15 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 12 ; *Defrénois* 2002. 765 obs. Savaux ; *RTD civ.* 2002. 504 obs. Mestre et Fages).

7. Pour les dernières réticences, cf. Fabre-Magnan, De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente (dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats), *D*. 2015. 826.

8. *Bull. civ.* III, n° 174, *D*. 1994. 507 note Bénac-Schmidt ; *D*. 1994. Somm. 230 obs. Tournafond ; *D*. 1995. Somm. 88 obs. Aynès ; *RTD civ.* 1994. 588 obs. Mestre ; *JCP* 1995. II. 22366 note Mazeaud ; *Defrénois* 1994. 795 note Delebecque. – Civ. 3<sup>e</sup>, 28 oct. 2003, n° 02-14.459, *RDC*. 2004. 270). – Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, n° 08-12.237, *RDC*. 2009. 995 obs. Laithier, *JCP* 2009. 273, note Labarthe ; *Defr.* 2009. 1270, obs. Libchaber ; *Dt et pat.* 2009 n° 183 p. 84, obs. Aynès et Stoffel-Munck.

9. n° 09-13.345, *RTD civ.* 2010. 778, obs. Fages, *D*. 2011. Pan. 472, obs. Amrani-Mekki ; *JCP* 2010. 1051 note Pillet ; *Defrénois* 2010. 2123, note L. Aynès ; *JCP* 2011. 63 n° 3 obs. Ghestin ; *Gaz. Pal.* 31 oct.-4 nov. 2010, p. 14, note D. Houtcieff.



**11 mai 2011**<sup>10</sup> : au visa des articles 1101 et 1134 du Code civil, la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour refuse la réalisation forcée de la vente, confirmant ainsi sa jurisprudence de 1993, en affirmant que : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée » réaffirmant la position de 1993, l'autre (**Civ. 3<sup>e</sup>, 6 sept. 2011**<sup>11</sup>) la contredisant. Cependant, ce dernier arrêt n'ayant pas reçu les honneurs de la publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, sa portée s'en trouvait limitée laissant planer un doute sur la réelle jurisprudence de la 3<sup>e</sup> chambre civile.

À cette complexité, s'ajoutèrent quelques autres décisions réaffirmant très classiquement la position de 1993 selon laquelle « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée » (**Com., 13 sept. 2011**, n° 10-19526, *D.* 2012. 130, note A. Gaudemet ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2011. 1353, note. J. Heymann ; *CCC.* 2011 com. 253 obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2011. 758 obs. Fages ; **Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2013**, n° 12-19.105, *CCC* 2013, comm. 205).

Voir dernièrement une réaffirmation de la position de 1993 tout en acceptant de réparer la perte de chance d'obtenir un gain : **Civ. 3<sup>e</sup>, 16 juin 2015**, n° 14-14758, *RDC* 2015. 832, note Laithier.

27. Se fondant en 1993 sur l'article 1142 du Code civil, cette jurisprudence était majoritairement **critiquée** sur trois points essentiels. Tout d'abord, il n'est pas certain que l'obligation du promettant soit une obligation de faire mais plutôt de donner, puisqu'il s'est déjà engagé à vendre (pour une opinion conforme à la Cour de cassation sur ce point, *cf.* M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, p. 242 ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse contractuelle*, *RTD civ.* 2004. 1). Ensuite, quand bien même il s'agirait d'une obligation de faire, ce ne serait pas suffisant pour refuser par principe l'exécution forcée lorsqu'elle est possible (*cf.* Thème 8, n° 23). Enfin, l'allocation de dommages-intérêts aligne la promesse sur le régime de l'offre, même si le montant des dommages-intérêts ne sera pas le même, alors qu'il s'agit d'un contrat ayant force obligatoire certaine, à la différence de l'offre. Peut-être sensible aux critiques tenant au fondement de l'article 1142, la Cour de cassation, qu'il s'agisse de la 3<sup>e</sup> chambre civile ou de la chambre commerciale, ne se fondait plus dans ses arrêts de 2011 sur l'obligation de faire pour refuser l'exécution forcée de la vente, mais sur l'absence de consentement en considérant que la levée d'option postérieurement à la rétractation du promettant « exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».



#### À noter

Ironie du sort, alors que le Code civil adopte désormais une position contraire, le Conseil d'État vient de suivre la position de la jurisprudence de 1993 : « Il résulte de la combinaison des articles 1101, 1134 et 1589 du Code civil que, ainsi que le juge la Cour de cassation, la rétractation par le promettant d'une promesse unilatérale de vente, lorsqu'elle intervient avant que le bénéficiaire ait levé l'option dans le délai stipulé dans le contrat, se résout, conformément aux dispositions de l'article 1142 du Code civil, en dommages et intérêts, à moins que les parties aient contractuellement décidé d'écarter l'application des dispositions de cet article » (**CE, 3<sup>e</sup> ss-sect., 2 avril 2015**, n° 364539, *D.* 2015. 869). Peut-être que le Conseil d'État sera amené à changer rapidement sa position.

10. n° 10-12.875, *D.* 2011. 1457 note Mazeaud, et 1460 note Mainguy, *D.* 2011. 2679 chron. Goanvic ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. Fages ; *Defr.* 2011. 1398, obs. Seube ; *RDC.* 2011. 1133, obs. Laithier ; *CCC.* 2011. comm. 186, obs. Leveneur.

11. n° 10-20362, inédit, *D.* 2011. 2838 note C. Grimaldi ; *D.* 2012. Pan. 459 ; *JCP* 2011. 1316, note L. Perdrix.





## Actualité

Toutes les chambres de la Cour de cassation ne s'accordent pas sur l'opportunité de faire une application anticipée de la réforme sur cette question de la révocation de la promesse. Alors que la Chambre sociale vient de faire une telle application tonitruante concernant la promesse d'embauche en reprenant *in extenso* les définitions de l'offre et de la promesse unilatérale issues de la réforme (**Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103, 16-20.104** : JCP 2017, doct. 1238, Étude Molfessis ; D. 2017. 2007, note Mazeaud ; JCP 2017, doct. 1269, obs. Loiseau ; CCC 2017, comm. 238, obs. Leveneur ; D. 2018. 371, obs. Mekki), la 3<sup>e</sup> chambre civile s'y refuse en restant sur la jurisprudence de 1993 pour les contrats conclus antérieurement au 1<sup>er</sup> oct. 2016 (**Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juill. 2017, n° 16-17625, RDC 2017. 619, note Chauviré ; D. 2018. 371, obs. Mekki**). Fin 2018, la troisième chambre civile a encore réitéré sa jurisprudence Consorts Cruz et ainsi démontré qu'elle ne souhaitait pas appliquer de manière anticipée le nouvel article 1124 du Code civil (v. **Civ. 3<sup>e</sup>, 6 déc. 2018, n° 17-21170, inédit**).

Par ailleurs, la troisième chambre civile a levé tout doute quant à la constitutionnalité de la sanction de la rétractation prévue par le nouvel article 1124 du Code civil. Elle a en effet décidé que « *dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété* » (Civ. 3<sup>e</sup>, 17 oct. 2019, n° 19-40028, PB).



## À noter

Ni l'ancien art. 1142 ni la jurisprudence de 1993 n'étant d'ordre public, les parties peuvent très bien prévoir expressément une clause dans la promesse assurant l'exécution forcée en cas d'inexécution de son engagement par le promettant. **Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, n° 07-11.721, RDC 2008. 734 obs. Mazeaud** : « *les parties à une promesse unilatérale de vente sont libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre peut se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente* ».

En raisonnant désormais à l'inverse, on peut considérer que les parties peuvent aménager le nouvel art. 1124, qui ne devrait pas être non plus d'ordre public, afin de limiter la sanction à des dommages et intérêts, sauf à considérer que cette clause déséquilibrerait le contrat (*cf.* Thème 5, n° 10 s.).

## 2. Vente à un tiers

**28.** Lorsque la promesse unilatérale porte sur une vente, ce qui est généralement le cas, le risque est que le promettant décide de vendre à un tiers avant la levée de l'option par le bénéficiaire, en violation de son engagement. Si la mise en jeu de la responsabilité **contractuelle** du promettant est possible, se pose la question de l'éventuelle **nullité de la vente au tiers**. Le bénéficiaire ne peut, en principe, l'obtenir en raison de l'effet relatif des contrats et du droit réel dont bénéficie alors le tiers. La nullité ne devient possible qu'à la condition pour le bénéficiaire de prouver la **fraude**, c'est-à-dire la mauvaise foi du tiers caractérisé par sa connaissance de la promesse au moment de la vente. C'est cette position jurisprudentielle que la **réforme** a consacrée dans le nouvel article 1124 al. 3 (pour une définition de la mauvaise foi différente pour le pacte de préférence, *cf. infra* n° 31).

### 2) Pacte de préférence

**29.** Le pacte de préférence est désormais défini au nouvel article 1123 al. 1 comme étant un contrat unilatéral « par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter



avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ». Si la préférence se porte généralement sur une vente, ce n'est pas obligatoire. Le juge doit respecter la volonté des parties quant aux situations contractuelles susceptibles de déclencher l'application de la préférence (ainsi, une fusion-absorption n'est pas une vente et ne déclenche pas la clause de préférence ne visant que la vente : Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, LEDC 2011 n° 1 p. 3 obs. Pillet ; *RLDC* 2011 n° 78). À la différence de la promesse unilatérale, l'engagement du promettant porte sur une **priorité** conférée au cas où il souhaiterait vendre ; la vente étant hypothétique, aucun accord sur le prix n'est nécessaire (Civ. 3. 15 janv. 2003, *Bull. civ.* III, n° 9, CCC. 2003 n° 71 obs. Leveneur), et si un prix est prévu il peut être bas sans être illicite dès lors qu'il est librement convenu et qu'il est justifié (pour un ex. de prix particulièrement bas justifié par la volonté d'« empêcher la spéculation sur le bien ». Civ. 3<sup>e</sup>, 23 sept. 2009, n° 08-18.187, *JCP* 2009. 479 note Pillet, *RTD civ.* 2009. 717 obs. Fages, CCC. 2010 comm. 2, obs. Leveneur, *D.* 2009. 224 obs. Amrani-Mekki., *RDC.* 2010. 32 obs. Génicon).



### Actualité

Un pacte de préférence n'a pas à prédéterminer le prix du contrat qu'il prépare, mais s'il le fait par une clause de prix dont les termes conduisent à rendre le prix ni déterminé ni déterminable, la nullité de la clause de prix est alors susceptible d'affecter le pacte dans son ensemble.

C'est ce qu'a décidé un arrêt non publié rendu par la chambre commerciale. En l'espèce un pacte de préférence a été annulé dans son ensemble en raison d'une clause qui prévoyait la fixation du prix, à défaut d'accord entre les parties, par un tiers au titre de l'article 1592 du Code civil. Or la procédure convenue de fixation du prix comportait des directives imprécises et ignorées des parties au jour de la conclusion du pacte, conduisant à faire perdre au cédant la liberté de déterminer lui-même le prix de la cession. **Com. 5 janv. 2016**, n° 14-19.584, *RTDciv.* 2016. 98, obs. Barbier, *RLDC* 2016, n° 135, p. 11, note Fleury.

**30.** Encore plus que pour la promesse unilatérale, les difficultés du pacte de préférence se concentrent sur sa **violation**. Le juge considère qu'il y a violation à partir du moment où le bien, objet du contrat, n'a pas été proposé au bénéficiaire ; s'il l'a été, même plusieurs années auparavant, le juge considère que le pacte a été honoré (la vente du bien réservé à un tiers ne viole pas le pacte de préférence lorsqu'elle a déjà été proposée sept ans auparavant, au même prix, au bénéficiaire qui a refusé d'acheter, quand bien même l'évolution du marché immobilier rendrait l'opération plus attractive. Civ. 3<sup>e</sup>, 29 janv. 2003, *Bull. civ.* III, n° 24 ; *JCP E* 2004. 384, n° 1, obs. Mousseron ; *Defrénois* 2003. 1267, obs. Aubert ; *RTD civ.* 2003. 497, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* 517, obs. Gautier ; *RDC* 2004. 340, obs. Brun). Dans le cas particulier où le pacte de préférence porte sur un bien faisant partie d'un ensemble, la vente de l'ensemble à un tiers doit respecter le droit de priorité dès lors que le pacte ne distingue pas entre la vente du bien ou de son ensemble (à propos d'un pacte de préférence dans un bail commercial et de la vente de la totalité de l'immeuble : Civ. 3<sup>e</sup>, 6 juin 2012, n° 11-12893, *RTD civ.* 2012. 525, obs. Fages ; *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki). Pour qu'il y ait violation de la promesse, encore faut-il que le bénéficiaire n'ait pas non plus renoncé, même tacitement, au droit de se prévaloir du pacte (pour un ex. de renonciation tacite où il a été avéré que le bénéficiaire avait eu connaissance de la violation du pacte sans se manifester, établissant ainsi « une renonciation tacite certaine et non équivoque ... de se prévaloir du pacte de préférence » Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011, n° 10-20.297).



### Actualité

Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation a rappelé que « le pacte de préférence implique l'obligation, pour le promettant, de donner préférence au bénéficiaire lorsqu'il décide de vendre le bien » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 6 déc. 2018, n° 17-23321, PB**) et en a déduit que la conclusion par le promettant d'une promesse unilatérale de vente avec un tiers constituait une violation du pacte de préférence.



**31.** Concernant les **sanctions** en cas de contrat avec un tiers en violation du pacte, si la responsabilité contractuelle du promettant peut évidemment être mise en jeu, se pose la question d'une éventuelle exécution forcée. Sur ce point, **la réforme du droit des contrats** a consacré les solutions dégagées par la jurisprudence (nouv. art. 1123 al. 2). Ainsi, comme pour les promesses unilatérales, **la nullité de la vente** conclue en violation du pacte ne peut pas être prononcée, sauf si le bénéficiaire peut prouver une fraude. Mais à la différence de la **fraude** dans les promesses unilatérales, il est exigé **deux conditions cumulatives**, appréciées au moment de la vente (Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, n° 07-22.027, *RTD civ.* 2009. 524 obs. Fages, p. 337 obs. Gautier, *RDC.* 2009. 991 obs. Laithier, *D.* 2009. 224 obs. Amrani-Mekki : « la connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique ». Dans le même sens : Civ. 3<sup>e</sup>, 25 sept. 2012, n° 11-24235, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *AJDI* 2012. 777) : non seulement la connaissance du pacte par le tiers, mais également sa connaissance de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr. 1999, *JCP* 1999, II, 10191 note Y. Dagonne-Labbé ; *RTD civ.* 1999. 856). La publication du pacte n'est donc pas suffisante à établir la fraude (Civ. 3<sup>e</sup>, 24 mars 1999, *D. Affaires* 1999. 665 ; *RTD civ.* 1999. 627 obs. Jourdain et 644 obs. Gautier). Une telle preuve est **difficile** à établir, et peut rendre ineffective la reconnaissance de principe de la fraude. Deux cas, mais aux faits très particuliers, ont permis d'établir une telle fraude (Civ. 3<sup>e</sup>, 14 févr. 2007<sup>12</sup>. – **Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011**, n° 10-20.936, *D.* 2011. 2794, obs. G. Forest ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki). Alors que le projet d'ordonnance proposait de limiter la mauvaise foi à la seule condition de la connaissance du pacte, comme pour la promesse unilatérale (projet, art. 1125 al. 2), avec l'approbation de la doctrine, l'ordonnance finale est revenue à la jurisprudence actuelle.

**32.** En cas de fraude établie, le bénéficiaire peut également « demander au juge de le **substituer** au tiers dans le contrat conclu » (nouv. art. 1123 al. 2). Pendant longtemps la Cour de cassation avait refusé une telle substitution au nom de l'article 1142 du Code civil (not. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avr. 1997, *Bull. civ.* III, n° 96), mais le **26 mai 2006** elle a opéré un très remarqué revirement de jurisprudence désormais consacré par la réforme du droit des contrats (pour une application de la substitution, *cf.* Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011, n° 10-20.936, *préc.*)



#### À noter

**Chambre mixte, 26 mai 2006**, *GAJC* tome II n° 258 ; *RDC* 2006. 1080 obs. D. Mazeaud, *ibid.* p. 1131 obs. Collart-Dutilleul : « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ».

En admettant pour la première fois l'exécution forcée en nature d'un avant-contrat, la Cour de cassation a ouvert une brèche dans l'évolution du régime des avant-contrats et particulièrement des promesses unilatérales.

**33.** **La réforme** du droit des contrats ne se contente pas de consacrer la jurisprudence antérieure, elle **innove** également en introduisant une **action interrogatoire** renforçant la sécurité contractuelle. Ainsi, afin d'éviter que le contrat conclu entre le tiers et le promettant soit sujet à une action en nullité ou en substitution par le bénéficiaire, le tiers « peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir » (art. 1123 al. 3). Cette action doit suivre un certain formalisme puisqu'elle doit être écrite et au moins comporter une mention sur les effets d'un défaut de réponse par le bénéficiaire, c'est-à-dire qu'il « ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat » (art. 1123 al. 4).

12. n° 05-21814 ; *D.* 2007. 2444 note Théron ; *RTD civ.* 2007. 768 obs. Fages ; *JCP* 2007. II. 10143 obs. Bert ; *RDC.* 2007. 701 obs. Mazeaud.





## Actualité

Les actions (ou interpellations puisqu'il n'y a pas à proprement parlé d'action en justice) **interrogatoires** sont une grande nouveauté de la réforme qui en comporte trois : pacte de préférence, représentation (*cf.* Thème 11 n° 12) et nullité (*cf.* Thème 6 n° 15). Malgré la précision du texte quant au processus à suivre, il est certain que la pratique fera naître de nombreuses questions à résoudre.

### § 3. Processus particuliers : les contrats à distance

#### A. Contrats entre absents

**34.** Lorsque les parties ne sont pas physiquement réunies au même endroit au moment de la conclusion du contrat, quel moment caractéristique est pris en compte comme étant celui de l'acceptation formant le contrat ? Deux théories s'opposent, celle de l'**émission** (elle-même se subdivisant entre la déclaration d'acceptation, impossible à prouver, et l'expédition de l'acceptation, le cachet de la poste faisant foi) et celle de la **réception** (se subdivisant également entre l'information effective ou supposée de l'offrant selon qu'il a eu ou aurait pu avoir connaissance de l'acceptation). Alors que les décisions anciennes de la Cour de cassation étaient favorables à la théorie de l'émission (Com., 7 janv. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 14, *GAJC* Tome II n° 144), des arrêts plus récents avaient montré une **évolution** en faveur de la théorie de la réception (**Civ. 3<sup>e</sup>, 16 juin 2011**, n° 09-72.679, *D.* 2011. 2260, note Dissaux ; *D.* 2012. Pan. 459 obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2011. 1016, n° 39, obs. Serinet. A rapprocher de Civ. 3<sup>e</sup>, 17 sept. 2014, n° 13-21824, *D.* 2015. 529, obs. Mekki ; *RTD civ.* 2014. 879, obs. H. Barbier, relatif à la date de prise en compte, non pas de la formation du contrat, mais de la révocation d'une offre et pour laquelle a également été retenue la date de la réception de la révocation). La **réforme** a fait le choix de la **réception**, comme le font les PDEC, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ou les projets de réforme (nouv. art. 1121).

#### B. Contrats électroniques

**35.** Afin de renforcer la confiance des usagers dans les transactions numériques, une directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique a été transposée par la loi du 21 juin 2004 dite « pour la confiance en l'économie numérique », donnant lieu à un nouveau chapitre dans le Code civil sur les contrats sous forme électronique (anc. art. 1369-1 à 1369-11). Ces dispositions ont été reprises, sans changement notable, dans la **réforme** aux articles 1125 à 1127-6. L'**offre électronique** est alors encadrée par un régime spécial. Pour qu'il s'applique, il faut d'abord se trouver dans le champ d'application de ce texte, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un « contrat électronique » **conclu par un fournisseur professionnel**, peu importe ensuite que son cocontractant soit professionnel ou consommateur. L'offre de ce fournisseur doit alors répondre à un certain **formalisme** (mentions obligatoires, *cf.* nouv. art. 1127-1, anc. art. 1369-4), et l'acceptation se formalise par un « double-clic », le premier acceptant la commande et le second la confirmant (art. 1127-2, anc. art. 1369-5).





## Mémo

Les règles relatives au processus de conclusion du contrat sont intégrées par la **réforme** dans le Code civil ; elles reprennent pour l'essentiel la jurisprudence antérieure.

Le contrat se forme traditionnellement par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

L'**offre** doit être **ferme et précise**.

– L'offre ne peut être librement rétractée qu'avant sa réception par le destinataire. Ensuite, l'offrant **doit la maintenir** pendant un délai raisonnable, à défaut d'un délai expressément mentionné dans l'offre.

– En cas de **révocation fautive** de l'offre, la réforme du droit des contrats a choisi de limiter la sanction à la seule allocation de **dommages et intérêts** sur le fondement délictuel.

L'**acceptation** doit être **pure et simple**.

– Si elle comporte des réserves, il s'agit d'une **contre-offre**.

– Le **silence ne vaut pas acceptation**, sauf en cas d'usage professionnel ou de circonstances permettant de donner à ce silence la signification d'une acceptation.

Préalablement, les parties peuvent **négoier** pendant un certain temps avant de trouver un accord.

– le principe est celui de la liberté de **rupture des négociations**.

– la limite en est l'**abus**, qui se manifeste essentiellement par la mauvaise foi.

– le **préjudice réparable** ne peut pas s'étendre à la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus du contrat.

La phase préparatoire peut également se formaliser par un contrat, appelé par la doctrine « avant-contrat » dans la mesure où il a pour finalité la conclusion d'un autre.

– la **promesse unilatérale** est le contrat par lequel un promettant s'engage envers un bénéficiaire à conclure un contrat dont les éléments essentiels sont déjà déterminés.

– Si le promettant **se rétracte** avant la levée de l'option par le bénéficiaire, la **réforme** du droit des contrats permet au bénéficiaire de demander l'**exécution forcée** du contrat promis, contrairement à la jurisprudence antérieure.

– En cas de **vente à un tiers** en violation des droits du bénéficiaire, la vente reste **valable sauf fraude**, c'est-à-dire la mauvaise foi du tiers caractérisée par la connaissance de la promesse.

– Le **pacte de préférence** est un contrat unilatéral par lequel le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à lui proposer en priorité le contrat le jour où il décidera de contracter.

– Si le **promettant vend le bien à un tiers** en violation des droits du bénéficiaire, il engage sa **responsabilité contractuelle**. La **nullité** du contrat ou la **substitution** dans les droits du tiers, consacrées par la réforme, peuvent être demandées en cas de **fraude**, définie plus sévèrement que pour la promesse car réunissant **deux conditions** : la connaissance du pacte par le tiers et sa connaissance de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte.

– La réforme introduit une **action interrogatoire** permettant au tiers de lever les incertitudes pesant sur le contrat conclu avec le promettant.

Lorsque les contrats sont conclus à distance, le contrat est conclu à la **réception** de l'acceptation par l'offrant.

## Section 2 – FORME DU CONTRAT

**36.** Il est ici question de la forme à titre de validité (*ad validitatem*) et non de preuve (*ad probationem*). Les conséquences sont importantes puisqu'il y va de la validité ou de la nullité de l'acte sans forme. La **réforme** du droit des contrats y consacre désormais une section entière en réunissant de manière plus cohérente des dispositions existantes mais éclatées dans l'actuel Code civil au gré de réformes successives (art. 1172 à 1177).



## § 1. Place du formalisme dans le droit des contrats

37. Le principe en droit des contrats est celui du **consensualisme**, la rencontre des volontés étant suffisante à conclure le contrat (art. 1172. V. ég. nouv. art. 1109 al. 1). Principe sous-tendant la formation du contrat, il permet, moralement, de donner force au respect de la parole donnée, tout en permettant, économiquement, la rapidité des échanges. Le formalisme est donc une exception et permet d'atteindre plusieurs **objectifs**. Le plus fréquent, tout d'abord, est celui de la **protection de l'une des parties** : la forme, par le ralentissement du processus de formation du contrat ou par l'information qu'elle peut apporter, est susceptible de protéger le consentement des contractants. L'exigence d'une forme peut, ensuite, permettre de préconstituer une preuve ou encore **protéger les tiers** au contrat. Si notre droit a toujours connu des exigences formelles, celles-ci se sont multipliées et diversifiées dans la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Ce **renouveau du formalisme** se manifeste tant par la diversité de ses formes que par sa généralisation comme moyen de protection des parties faibles au contrat (assurance, consommation, etc.).

## § 2. Manifestations du formalisme

### A. Formes solennelles

38. Le contrat est dit solennel « lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi » (art. 1109 al. 2). Les trois types essentiels de formes solennelles sont : l'authenticité, l'écrit ordinaire et les mentions informatives. **L'authenticité** est la solennité la plus fréquente ; c'est un officier public – notaire, juge, – qui la confère, le support pouvant être électronique (art. 1369 al. 2, anc. art. 1317). L'écrit ordinaire regroupe tant l'acte sous seing privé que les contrats électroniques, la règle étant **l'équivalence de la forme écrite à la forme électronique** (art. 1174 et 1175, anc. art. 1108-1 et 1108-2). Enfin, les **mentions informatives** sont caractéristiques du formalisme contemporain (contrats relevant du droit de la consommation, comme par ex. les contrats conclus hors établissement, le crédit à la consommation ou immobilier). Les mentions exigées doivent parfois être manuscrites (ex. cautionnement dans les baux d'habitation).

39. En se diversifiant et se multipliant, ces différentes formes ont parfois perdu en intensité. Ainsi, si le défaut d'authenticité est sanctionné par la **nullité** du contrat, le défaut des mentions informatives ne donne pas nécessairement lieu à la nullité du contrat, soit que le législateur n'ait rien prévu, soit qu'il ait prévu une **sanction originale** (ex. la déchéance du droit aux intérêts pour le défaut de formalisme du crédit à la consommation, nouv. art. L. 341-1 s. c. consom.). Lorsque le législateur n'a pas expressément prévu de sanction, le **juge** peut être enclin à voir une règle de preuve et non de forme, raison pour laquelle on dit souvent le juge défavorable au formalisme (ex. traditionnel avec l'exigence de l'écrit pour le contrat d'assurance – art. L. 112-3 c. assur. – considéré par le juge comme une exigence de preuve). Le juge peut également, en l'absence de sanction prévue, n'annuler l'acte qu'à la condition que soit établi un vice du consentement, limitant ainsi la portée de l'exigence de forme (ex. classique avec les exigences de forme de la loi Doubin du 31 déc. 1989, art. L. 330-3 c. com. : Com., 14 juin 2005, n° 04-13.948, RDC. 2005. 1133, note Béhar-Touchais).

40. Le **Code civil** a imposé **quatre contrats solennels**, tous en la forme notariée : la donation (art. 931), le contrat de mariage (art. 1394), la constitution d'hypothèque conventionnelle (art. 2416), et la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur (nouv. art. 1346-2 al. 2 ; anc. art. 1250). À ces contrats historiques, se sont ajoutés dernièrement la cession de contrat (art. 1216, cf. Thème 10 n° 23 s) puis en dehors du Code civil, de nombreux contrats généralement lorsque se manifeste un déséquilibre de force entre les parties contractantes (consommation, assurance, baux, construction...)

### B. Contrats réels

41. Les contrats réels sont ceux qui exigent, en plus de l'échange des consentements, « la remise d'une chose » (art. 1109 al. 3 et 1172 al. 3). La formalité de la remise est alors perçue comme un moyen de protection ; en se dessaisissant de la chose, le remettant prend mieux conscience de l'importance de son





geste. Le **Code civil** de 1804 en avait prévu trois : le **prêt** (art. 1875 et 1982), le **dépôt** (art. 1919) et le **gage** (anc. art. 2071). Il s'agit de contrats unilatéraux puisque le contrat se forme au moment de la remise de la chose, qui fait alors l'objet d'une obligation de restitution par celui qui la reçoit. Le **juge** a rajouté le **don manuel**, par exception à l'exigence de la forme notariée de l'article 931.

42. Les contrats réels représentent une catégorie de contrats très discutés aujourd'hui, au point que leur **liste tend à diminuer**, qu'il s'agisse d'initiative du juge ou du législateur. Le juge, tout d'abord, a décidé que **les prêts consentis par un professionnel du crédit ne sont plus des contrats réels** (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, *GAJC* tome II n° 284. Cf. déjà pour les prêts de consommation, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 186, *D.* 1999. 194 note Bruschi, *Defrénois* 1998. 1054 obs. Delebecque). Ces contrats, qui étaient unilatéraux parce que réels, deviennent donc des contrats **synallagmatiques**, ce qui a eu des conséquences sur la cause (Thème 4 n° 46). En revanche, les prêts consentis par des non-professionnels du crédit demeurent des contrats réels (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2006, n° 02-20374, *Dr et pat.* 2006 p. 90 n° 152 obs. Aynès et Stoffel-Munck ; *JCP* 2006. 1339 obs. Piedelièvre). Quant au législateur, il a récemment supprimé le caractère réel du gage (art. 2336, ord. du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés).



### Mémo

Si le principe en droit français est le **consensualisme**, signifiant que le contrat se forme par le seul échange des consentements, des **formes** peuvent parfois être exigées par la loi à titre de **validité**.

Les deux formes traditionnelles se manifestent par les contrats solennels et les contrats réels.

- Les formes solennelles se sont **diversifiées** en se multipliant : acte authentique, acte sous-seing privé, mentions informatives ;
- Les contrats **réels** sont ceux qui se forment par la remise d'une chose. Ce type de forme tend à diminuer.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

BÉNABENT A., les nouveaux mécanismes, *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016/Hors-série, p. 17.

DESHAYES O., La formation des contrats, *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016/Hors-série, p. 21.

MAGNIER V., Les sanctions du formalisme informatif, *JCP* 2004. I. 106.

### Lectures thématiques

---

#### *Offre, délai raisonnable*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mai 2005**, *Bull. civ.* III, n° 117, *D.* 2005. Pan. 2837, obs. S. Amrani Mekki ; *JCP* 2005. I. 172, n° 1 s., obs. P. Grosser.

#### *Offre, obligation de maintien*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 7 mai 2008**, n° 07-11690, *JCP* 2008. I. 179 n° 1 obs. Serinet ; *D.* 2008. Pan. 2965 obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2008. 474 obs. Fages.

#### *Offre, caducité*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2014**, n° 13-16529, *D.* 2014. 1574, note Tadros ; *D.* 2014. 1715, note Guyon-Renard, *JCP* 2014, doct. 1195, obs. Loiseau ; *JCP* 2014, 960, note Antippas ; *CCC* 2014, comm. 211, obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2014. 877, obs. Barbier ; *RDC* 2014. 601, note Laithier ; 2015. 33, note Libchaber.

#### *Négociation, rupture et préjudice*

**Com., 26 nov. 2003**, Manoukian, *GAJC* tome II n° 142 ; *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *D.* 2004. 869 note Dupré-Dallemagne ; *JCP E* 2004.738 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC.* 2004. 257 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 80 obs. Mestre.

#### *PUV, qualification*

**Ass. plén., 24 févr. 2006**, *JCP* 2006. II. 10065 ccl. Cédras ; *RDC.* 2006. 689, obs. Laithier et p. 806, obs. Lagarde ; *RLDC.* 2006/27 n° 2031, note Mallet-Bricout ; *D.* 2006. 2076, note Jamin ; *RTD civ.* 2006. 301 obs. Mestre et Fages ; S. Chassagnard-Pinet, La perte d'autonomie de la promesse de vente insérée dans une transaction, *D.* 2006. 2057.

#### *PUV, sanction*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993**, *Bull. civ.* III, n° 174, *D.* 1994. 507 note Bénac-Schmidt ; *D.* 1994. Somm. 230 obs. Tournafond ; *D.* 1995. Somm. 88 obs. Aynès ; *RTD civ.* 1994. 588 obs. Mestre ; *JCP* 1995. II. 22366 note Mazeaud ; *Defrénois* 1994. 795 note Delebecque.

**Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011**, n° 10-12.875, *D.* 2011. 1457 note Mazeaud, et 1460 note Mainguy, *D.* 2011. 2679 chron. Goanvic ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. Fages ; *Defr.* 2011. 1398, obs. Seube ; *RDC.* 2011. 1133, obs. Laithier ; *CCC.* 2011. comm. 186, obs. Leveneur.



## *Pacte de préférence, substitution*

**Chambre mixte, 26 mai 2006**, *GAJC* tome II n° 258 ; *RDC* 2006. 1080 obs. D. Mazeaud, *ibid.* p. 1131 obs. Collart-Dutilleul.

## *Formalisme, prêt*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000**, *GAJC* tome II n° 284.

## II. Pour aller plus loin

---

ANDRIEN L., Article 1173 du projet de réforme : le parallélisme des formes, *RDC* 2015. 765.

DEROUSSIN D., Article 1107 du projet de réforme : les contrats réels, *RDC* 2015. 734.

DESHAYES O., La formation des contrats, *in* La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016, n° Hors série.

FABRE-MAGNAN M., De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente (dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats), *D.* 2015. 826.

GHESTIN J., La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, *JCP* 2007. I. 155 ; Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers, *JCP* 2007. I. 157.

GRIMALDI C., Le pacte de préférence et le notaire après la réforme du droit des contrats, *Defrénois* 2016. 1067

GRYNBAUM, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation, *D.* 2003. 1706.

GUERLIN G., Articles 1126-6 à 1126-8 du projet de réforme : la lettre électronique, *RDC* 2015. 745

Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contrats ?, actes de colloque, Bordeaux le 24 nov. 2011, *RDC* 2012. 617 s.

LAGARDE X., Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP* 1999. I. 170.

LOISEAU G., Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels, *D.* 2014. 2252.

LOISEAU G., Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats, *CCE* 2016, étude 15.

MAINGUY D., L'efficacité de la rétractation de la promesse contractuelle, *RTD civ.* 2004. 1.

MATHIEU-IZORCHE M.-L., L'irrévocabilité de l'offre de contrat (réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008), *D.* 2009. 440.

MEKKI M., Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat, *JCP N* 2016. Actualités 1071.

MEKKI M., Réforme des contrats et des obligations : le pacte de préférence, *JCP N* 2016. Actualités 1102.

MEKKI M., Réforme du droit des obligations : pourparlers, offre et acceptation, *JCP N* 2016. Actualités 1278.

MOULIGNER, Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats, *RRJ* 2004/4 p. 2233.

NAJJAR I., La sanction de la promesse de contrat. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *D.* 2016. 848.

PIAZZON Th., Retour sur la violation des pactes de préférence, *RTD civ.* 2009. 433 s.

PIMONT S., Article 1117 du projet de réforme : la révocation de l'offre – A New French Touch, *RDC* 2015. 743.

## III. Aperçu des publications récentes

---

. BUCHER C.-E., L'influence de la réforme du droit des contrat sur le droit spécial antérieur, *AJ Contrat* 2017, p. 480



# Annexes

**Annexe 1** – Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 2017, n° 16-17625

**Annexe 2** – Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, 16-20.104 : D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud

**Annexe 3** – Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale

**Annexe 4** – Com., 27 sept 2017, n° 16-13.112, AJ contrat 2017, p. 542 obs. C. Coupet

---

## Annexe 1 – Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 2017, n° 16-17625

**Cour de cassation  
chambre civile 3  
Audience publique du 13 juillet 2017  
n° de pourvoi : 16-17625**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C300844  
Non publié au bulletin

**Cassation**

**M. Chauvin (président), président**

SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Foussard et Froger, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1101, 1134, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 1583 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Fort-de-France, 3 mai 2016) et les productions, que, par acte du 18 décembre 2007, la commune de Case-Pilote a consenti à la société Cap Caraïbes, avec faculté de substitution, une promesse unilatérale de vente d'un terrain ; que la promesse était valable jusqu'au 18 décembre 2009 ; que, par délibération du 8 septembre 2008, le conseil municipal a dénoncé cette promesse de vente, décision annulée par un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 16 octobre 2012, décision annulée par un arrêt du Conseil d'État en date du 2 avril 2015 ; que la société Gaïa W, substituée dans le bénéfice de la promesse, a levé l'option le 15 décembre 2009 ; que la commune de Case-Pilote ayant refusé de régulariser la vente, les sociétés Cap Caraïbes et Gaïa W, substituée dans les droits de cette dernière, l'ont assignée en exécution forcée de la vente ;

Attendu que, pour dire la vente parfaite, l'arrêt retient que la société Gaïa W, dotée de la personnalité juridique depuis le 26 novembre 2009, a respecté les termes de la promesse, laquelle, régulièrement enregistrée, ne pouvait être atteinte de caducité et que la levée de l'option était régulière ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le retrait de la délibération par le conseil municipal le 8 septembre 2008, décision validée le 2 avril 2015 par le Conseil d'État, ne s'opposait pas à l'exécution forcée de la vente, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième et troisième moyens :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 mai 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Fort-de-France ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Basse-Terre ;

Condamne les sociétés Cap Caraïbes et Gaïa W aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande des sociétés Cap Caraïbes et Gaïa W et les condamne à payer à la commune de Case-Pilote la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;



Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize juillet deux mille dix-sept.

**Décision attaquée : cour d'appel** de Fort-de-France, du 3 mai 2016

---

**Annexe 2 – Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, 16-20.104 : D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud**

**Cour de cassation  
chambre sociale  
Audience publique du 21 septembre 2017  
n° de pourvoi : 16-20103**

ECLI :FR :CCASS :2017 :SO02063

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Frouin, président**

SCP Marlange et de La Burgade, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique, qui est recevable :

Vu les articles 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du code du travail ;

Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;

Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;

Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Z..., joueur international de rugby, a reçu courant mai 2012 du club de rugby, société Union sportive carcaissonnaise, une offre de contrat de travail pour la saison 2012/2013, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison sportive 2012/2013, avec une option pour la saison suivante, une rémunération mensuelle brute de 3 200 euros, la mise à disposition d'un véhicule et un début d'activité fixé au 1<sup>er</sup> juillet 2012 ; que dans un courrier électronique adressé le 6 juin 2012 à l'agent du joueur, le club indiquait ne pas pouvoir donner suite aux contacts noués avec ce dernier ; que le 12 juin 2012, le joueur faisait parvenir le contrat au club, alors que, le lendemain, son agent adressait la promesse d'embauche signée ; que soutenant que la promesse d'embauche valait contrat de travail le joueur a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 25 mai 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;



PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1<sup>er</sup> juin 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne M. Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, prononcé et signé par M. X..., président et M. Huglo conseiller doyen, en ayant délibéré, conformément à l'article 452 du code de procédure civile, en l'audience publique du vingt et un septembre deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par la SCP Marlange et de La Burgade, avocat aux Conseils, pour l'Union sportive carcassonnaise.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait constaté l'existence d'une promesse d'embauche valant contrat de travail conclue entre la SASP Union sportive carcassonnaise et M. Y... Z... et D'AVOIR condamné la SASP Union sportive carcassonnaise à payer à M. Y... Z... la somme de 38.400 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail à durée déterminée à l'initiative de l'employeur ;

AUX MOTIFS QUE il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat de la société Union sportive carcassonnaise qu'une promesse d'embauche a été transmise à M. Bruno C..., agent et représentant du joueur de rugby, M. Y... Z... ; que le 6 juin 2012, la société Union Sportive Carcassonnaise adressait à M. C... agent du joueur un courrier électronique rédigé en ces termes : « comme vu avec notre président Frédéric Calamel, nous vous confirmons par la présente que nous ne pouvons pas donner suite aux contacts pris avec les joueurs Doug D... et Y... Z.... Effectivement nous n'avons pas solutionné les reclassements de nos joueurs Paul E... et Sébastien F... évoluant au même poste, encore sous contrat pour la saison 2012/2013 et comptant dans notre masse salariale » ; que le 13 juin 2012, la promesse d'embauche signée par M. Z... était retournée au club par l'intermédiaire de l'agent et représentant du joueur ; que par ailleurs, le joueur lui-même faisait parvenir, par courrier, le contrat, le 12 juin 2012, à la société Union sportive carcassonnaise ; que le contrat dont il s'agit qui est intitulé « contrat de travail d'un joueur de rugby professionnel saison 2012/2013 » prévoit dans son article premier que le club engage M. Z... en qualité de joueur de rugby à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2012 ; qu'il stipule également : – que l'engagement est pour une durée d'une saison sportive 2012/2013 avec une option pour une saison supplémentaire, – qu'une rémunération mensuelle brute de 3 200 euros est prévue pour la saison 2012/2013 ; que le début d'activité est, selon la convention, fixé au 1<sup>er</sup> juillet 2012 ; que dans un document annexe dénommé « convention », il est stipulé que le club s'engage à mettre à la disposition du joueur un logement et un véhicule pendant toute la durée du contrat ; que la convention prévoit donc l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail ; que dans la mesure où M. Z... a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur ; qu'en effet la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

ALORS QUE l'écrit de l'employeur précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction constitue une offre de contrat de travail ; que la rétractation de cette offre par son auteur, avant son acceptation par son destinataire, empêche la conclusion du contrat de travail projeté ; qu'il ressort des constatations de la cour d'appel que le 25 mai 2012, la SASP Union sportive carcassonnaise a adressé à M. Z... un projet de contrat précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction, que le 6 juin 2012, elle a indiqué à M. Z... qu'elle ne pouvait donner suite à cette prise de contact et que le 12 juin 2012, M. Z... a néanmoins accepté l'emploi proposé le 25 mai 2012 ; que dès lors, en estimant que le projet de contrat adressé le 25 mai 2012 par la SASP Union sportive carcassonnaise à M. Z... constituait une promesse d'embauche valant contrat de travail, quand il ressortait de ses propres constatations que cet écrit constituait une offre de contrat de travail qui avait été rétractée avant son acceptation par M. Z..., ce qui excluait ainsi la conclusion du contrat, la cour d'appel a violé les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. **Publication :**

**Décision attaquée :** cour d'appel de Montpellier, du 1<sup>er</sup> juin 2016

**Titrages et résumés :** CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Offre de contrat de travail – Critères – Détermination – Portée

L'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à



la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur. En revanche, la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis (arrêt n° 1, pourvoi n° 16-20.103, et arrêt n° 2, pourvoi n° 16-20.104)

CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Promesse de contrat de travail – Critères – Détermination – Portée

CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Offre de contrat de travail – Rétractation – Conditions – Détermination – Portée

CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Promesse de contrat de travail – Droit d'opter – Exercice – Détermination – Portée

**Précédents jurisprudentiels :** Sur la définition de la promesse d'embauche, évolution par rapport à : Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-14.258, Bull. 2014, V, n° 138 (rejet), et l'arrêt cité

**Textes appliqués :**

article 1134 du code civil, dans sa rédaction alors applicable ; article L. 1221-1 du code du travail

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 21 septembre 2017**

**n° de pourvoi : 16-20104**

ECLI :FR :CCASS :2017 :SO02064

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Frouin, président**

SCP Marlange et de La Burgade, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique, qui est recevable :

Vu les articles 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du code du travail ;

Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;

Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;

Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Y..., joueur international de rugby, a reçu le 22 mars 2012 du club de rugby, société Union sportive carcassonnaise, une offre de contrat de travail pour les saisons 2012/2013 et 2013/2014, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour les saisons sportives 2012/2013 et 2013/2014, une rémunération mensuelle brute de 3 875 euros pour la saison 2012/2013 et de 4 200 euros pour la saison 2013/2014, la mise à disposition d'un logement et d'un véhicule et un début d'activité fixé au 1<sup>er</sup> juillet 2012 ; que dans un courrier électronique adressé le 6 juin 2012 à l'agent du joueur, le club indiquait ne pas pouvoir donner suite aux contacts noués avec ce dernier ; que le 18 juin 2012, la promesse d'embauche signée était retournée au club ; que soutenant que la promesse d'embauche valait contrat de travail le joueur a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 22 mars 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction de sorte que cet écrit constitue



bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 22 mars 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1<sup>er</sup> juin 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, prononcé et signé par M. Frouin, président et M. Huglo, conseiller doyen, en en ayant délibéré, conformément à l'article 452 du code de procédure civile, en l'audience publique du vingt et un septembre deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Marlange et de La Burgade, avocat aux Conseils, pour l'Union sportive carcassonnaise

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait constaté l'existence d'une promesse d'embauche valant contrat de travail conclue entre la SASP Union sportive carcassonnaise et M. Douglas Y... et D'AVOIR condamné la SASP Union sportive carcassonnaise à payer à M. Douglas Y... la somme de 116 280 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail à durée déterminée à l'initiative de l'employeur ;

AUX MOTIFS QUE il résulte d'un courrier électronique adressé, le 22 mars 2012, par le secrétariat de la société Union sportive carcassonnaise qu'une promesse d'embauche a été transmise à M. Bruno B..., agent et représentant du joueur de rugby, M. Douglas Y... ; que dans un courrier électronique du 7 mai 2012, adressé à l'agent du joueur, le secrétariat du club de rugby de Carcassonne précisait qu'au niveau médical M. Y... ferait l'objet d'une prise de sang et qu'il serait pris un rendez-vous avec le médecin d'aptitude du club ; que le 6 juin 2012, la société Union Sportive Carcassonnaise adressait à M. B... agent du joueur un courrier électronique rédigé en ces termes : « comme vu avec notre président Frédéric X..., nous vous confirmons par la présente que nous ne pouvons pas donner suite aux contacts pris avec les joueurs Doug Y... et Z... A.... Effectivement nous n'avons pas solutionné les reclassements de nos joueurs Paul C... et Sébastien D... évoluant au même poste, encore sous contrat pour la saison 2012/2013 et comptant dans notre masse salariale » ; que le 18 juin 2012, la promesse d'embauche, signée par M. Y..., était retournée au club par le joueur lui-même accompagné de la lettre suivante rédigée en ces termes : « je vous prie de trouver en retour votre offre de contrat de travail pour les saisons 2012/2013 et 2013/2014, moyennant, outre les divers avantages, le versement d'un salaire mensuel de 3875 euros bruts pour la première saison et 4 200 euros pour la suivante. » ; que le contrat dont il s'agit est intitulé « contrat de travail d'un joueur de rugby professionnel saison 2012/2013 » et prévoit dans son article premier que le club engage M. Y... en qualité de joueur de rugby à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2012 ; qu'il stipule également que l'engagement est pour une durée de deux saisons sportives 2012/2013 et 2013/2014 avec une rémunération nette mensuelle de 3 875 euros pour la saison 2012/2013 et 4 200 euros pour la saison 2013/2014, avec mise à disposition pour le joueur d'un logement et d'un véhicule pendant toute la durée du contrat ; que le début d'activité est, selon la convention, fixé au 1<sup>er</sup> juillet 2012 ; que la convention prévoit donc l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail ; que dans la mesure où M. Y... a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur ; que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

ALORS QUE l'écrit de l'employeur précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction constitue une offre de contrat de travail ; que la rétractation de cette offre par son auteur, avant son acceptation par son destinataire, empêche la conclusion du contrat de travail projeté ; qu'il ressort des constatations de la cour d'appel que le 22 mars 2012, la SASP Union sportive carcassonnaise a adressé à M. Y... un projet de contrat précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction, que le 6 juin 2012, elle a indiqué à M. Y... qu'elle ne pouvait donner suite à cette prise de contact et que le 18 juin 2012, M. Y... a néanmoins accepté l'emploi proposé le 22 mars 2012 ; que dès lors, en estimant que le projet de contrat adressé le 22 mars 2012 par la SASP Union sportive carcassonnaise à M. Y... constituait une promesse d'embauche valant contrat de travail, quand il ressortait de ses propres constatations





que cet écrit constituait une offre de contrat de travail qui avait été rétractée avant son acceptation par M. Y..., ce qui excluait ainsi la conclusion du contrat, la cour d'appel a violé les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. **Publication :**

**Décision attaquée :** cour d'appel de Montpellier, du 1<sup>er</sup> juin 2016

**Titrages et résumés :** CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Offre de contrat de travail – Critères – Détermination – Portée

L'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur. En revanche, la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis (arrêt n° 1, pourvoi n° 16-20.103, et arrêt n° 2, pourvoi n° 16-20.104)

CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Promesse de contrat de travail – Critères – Détermination – Portée

CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Offre de contrat de travail – Rétractation – Conditions – Détermination – Portée

CONTRAT DE TRAVAIL, FORMATION – Embauche – Promesse de contrat de travail – Droit d'opter – Exercice – Détermination – Portée

**Précédents jurisprudentiels :** Sur la définition de la promesse d'embauche, évolution par rapport à : Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-14.258, Bull. 2014, V, n° 138 (rejet), et l'arrêt cité

**Textes appliqués :**

article 1134 du code civil, dans sa rédaction alors applicable ; article L. 1221-1 du code du travail

---

## Annexe 3 – Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

1. Dans son arrêt, rendu le 21 septembre dernier <sup>1</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte d'intéressants enseignements, d'une part, sur la distinction entre l'offre de contrat et la promesse unilatérale de contrat, d'autre part, sur l'application d'une loi nouvelle aux **contrats en cours**.

2. En l'espèce, un joueur professionnel de rugby avait reçu une offre de contrat de travail, à laquelle était jointe une convention qui prévoyait, notamment, son engagement pour une saison, sa rémunération et la date de commencement d'exécution du contrat. Puis, le club avait indiqué au joueur qu'il ne pouvait pas donner suite aux contacts qu'il avait noués avec lui. Dans la foulée, le joueur avait alors adressé son acceptation en **expédiant la convention signée**.

3. Face au refus du club d'admettre qu'un contrat de travail avait été formé, le joueur a saisi le tribunal des prud'hommes en vue d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture du contrat en question, demande à laquelle la cour d'appel a, **par la suite, fait droit**.

4. L'arrêt a été censuré par la chambre sociale au visa de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et de l'article L. 1221-1 du code du travail. La motivation de l'arrêt est coiffée par le chapeau suivant : « Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ». Puis, la Cour énonce la définition de l'offre de contrat de travail, à savoir « l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». Quant à la promesse unilatérale de contrat de travail, la chambre sociale la définit ainsi : « (...) contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et

---

1. V., D. 2017. Actu. 1920, et la note explicative de la Cour de cassation.



pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». Quant aux sanctions de leur rupture unilatérale, la Cour précise que si l'offrant rétracte son offre pendant le délai qu'il a fixé ou avant l'expiration d'un délai raisonnable, cette rétractation « fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur ». En revanche, « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation **du contrat de travail promis** ».

Finalement, la chambre sociale retient la qualification d'offre de contrat de travail, au motif que les juges du fond, qui s'étaient prononcés en faveur d'une promesse unilatérale de contrat, n'avaient pas constaté que l'acte litigieux « offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement ».

5. Ce très riche arrêt invite, en premier lieu, à revenir sur la distinction de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat, et, en second lieu, à s'arrêter sur la question de l'application de la loi nouvelle, en l'occurrence l'ordonnance du 10 février 2016 relative à la réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations, aux contrats en cours.

## I – La distinction de l'offre de contrat et de la promesse unilatérale de contrat

6. De toute évidence, la motivation de l'arrêt, centrée sur les relations de travail en vue de distinguer offre et promesse, est parfaitement transposable dans les autres types de relations contractuelles.

7. Ainsi, si on reprend la définition de l'offre de contrat de travail adoptée par la chambre sociale (« acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »), on trouve énoncées les conditions qu'une manifestation de volonté unilatérale doit remplir, en droit commun des contrats, pour que celui qui l'exprime soit contractuellement lié en cas d'acceptation de celle-ci par son destinataire. En effet, pour qu'il en soit ainsi, l'offre doit être précise, c'est-à-dire comporter les éléments essentiels du contrat offert, et ferme, ce qui suppose que la volonté de l'offrant d'être lié en cas d'acceptation soit dépourvue de toute équivoque, soit exprimée sans réserves.

Il en va de même pour la promesse unilatérale de contrat de travail que la chambre sociale définit comme le « contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». Cette définition est, elle aussi, parfaitement conforme aux critères de qualification de ce contrat préparatoire en droit commun. La promesse unilatérale de contrat est, en effet, le contrat qui comporte tous les éléments du contrat promis, pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, lequel bénéficie, dans cette perspective, d'un droit potestatif d'option créé par le contrat de promesse.

8. Dans une perspective pratique, la distinction peut paraître, à première vue, assez subtile. Après tout, quand une offre précise et ferme est émise, la formation du contrat offert dépend elle aussi de la seule acceptation du destinataire de l'offre, une fois qu'il l'a reçue. Aussi, dans l'offre comme dans la promesse, la formation du contrat offert ou promis dépend du seul consentement du destinataire de l'offre ou du bénéficiaire.

Mais ce serait occulter le fait, que la chambre sociale érige à très juste titre en critère de distinction, que, contrairement à l'offre de contrat, dans le cas d'une promesse unilatérale, le processus qui mène à la formation du contrat promis est jalonné par un contrat préparatoire qui produit des effets spécifiques, à savoir un droit potestatif d'option au profit du bénéficiaire. Parce que ce droit potestatif puise sa source dans un contrat, le promettant ne peut en aucune façon y porter atteinte dans la mesure où, évidemment, la portée de l'engagement qu'il a souscrit en concluant le contrat de promesse unilatérale est déterminée en fonction de sa nature contractuelle : il est donc irrévocable par la seule force de sa volonté unilatérale.

Ce critère de distinction emporte, comme l'affirme la chambre sociale, de sensibles différences quant aux sanctions de la rupture de l'offre de contrat et de la promesse unilatérale de contrat, non seulement dans les relations de travail, mais encore certainement en droit commun des contrats.

9. Parce que l'offre est une manifestation de volonté unilatérale, sa force obligatoire est assez tempérée pour l'offrant, qui peut revendiquer sa liberté contractuelle de ne pas contracter. Il le peut évidemment sans difficulté aucune et rétracter librement son offre tant que le destinataire de celle-ci ne l'a pas reçue. Expression de sa seule volonté, l'offre peut, dans cette hypothèse, être unilatéralement neutralisée. Et s'il se rétracte pendant le délai qu'il avait fixé dans son offre ou avant l'expiration d'un délai raisonnable d'acceptation, la seule sanction envisageable réside dans la mise en jeu de sa responsabilité extracontractuelle. La formation forcée du contrat offert est exclue ; elle emporterait une trop forte atteinte à la liberté de ne pas contracter de l'offrant, dont le consentement au contrat offert n'est pas d'ores et déjà contractuellement exprimé.

10. Tout autre est la situation du promettant qui, à compter de la conclusion du contrat de promesse unilatérale, a d'ores et déjà exprimé son consentement définitif à la conclusion du contrat promis, son engagement contractuel



de contracter est donc unilatéralement irrévocable et il ne peut le remettre en cause en aucune façon ; s'il le faisait, le processus contractuel qui mène du contrat de promesse au contrat promis n'en serait pas affecté. Le bénéficiaire, fort de son droit potestatif d'option, pourrait, en dépit de la révocation par le promettant de sa promesse pendant le délai qui lui avait été contractuellement accordé pour opter, décider de conclure le contrat promis et, dans cette perspective, obtenir sa formation forcée. C'est ainsi que la Cour marque très nettement la distinction entre ces deux actes que constituent l'offre de contrat, simple acte juridique unilatéral, et la promesse unilatérale, véritable contrat, en précisant leurs régimes respectifs. En toutes hypothèses, la rétractation de l'offre ne peut pas entraîner plus que la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant. En revanche, la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis, car, en concluant le contrat de promesse, le promettant a d'ores et déjà consenti au contrat promis, il est d'ores et déjà irrévocablement engagé dans les liens du contrat promis, dont la formation ne dépend plus que du consentement du bénéficiaire.

11. Mais l'essentiel n'est peut-être pas dans ces leçons de droit des obligations données par la chambre sociale dans l'arrêt commenté. En effet, pour distinguer quant aux effets de leur rupture unilatérale, l'offre de contrat et la promesse unilatérale de contrat, la chambre sociale s'inspire des textes de la réforme de 2016 (art. 1114 et 1116 c. civ.) et reproduit quasiment littéralement leurs dispositions. Or, avant la réforme, cette distinction n'existait pas en droit positif. La jurisprudence, inaugurée dans un arrêt rendu, le 15 décembre 1993<sup>2</sup>, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, décidait que la rétractation de l'offre « hors délai », comme la révocation de la promesse pendant le délai d'option s'opposait à la formation du contrat offert ou promis. Pour rendre cet arrêt innovant, la Cour s'est expressément fondée sur « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du droit des obligations, (laquelle) conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ». Ce chapeau invite à s'interroger sur l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours.

## II – L'application de la loi nouvelle aux contrats en cours<sup>3</sup>.

12. Le principe, en la matière, est celui de la survie de la loi ancienne. Ainsi, lorsqu'un contrat a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle mais que certains de ses effets se déploient après cette entrée en vigueur, ses effets demeurent régis par la loi sous l'empire de laquelle le contrat avait été conclu ; la loi nouvelle n'a pas de prise sur les effets futurs des contrats en cours lors de son entrée en vigueur.

13. Ce principe est tempéré par quelques exceptions. Certaines procèdent de l'ordonnance du 10 février 2016, elle-même.

En premier lieu, la loi nouvelle précise expressément que les règles relatives aux interpellations interrogatoires prévues en matière de pacte de préférence (art. 1123, al. 3, c. civ.), de représentation (art. 1158 c. civ.) et de nullité relative (art. 1183 c. civ.), s'appliquent immédiatement aux contrats en cours.

En second lieu, mais de façon implicite cette fois, la loi apporte une autre exception au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle. En effet, en vertu des articles 1214 et 1215, les contrats à durée déterminée conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle mais qui sont renouvelés ou tacitement reconduits postérieurement constituent des contrats nouveaux qui, en tant que tels, sont soumis quant à leurs effets postérieurs à son entrée en vigueur à la loi nouvelle.

14. D'autres exceptions résultent de règles qui gouvernent l'application de la loi dans le temps, d'une façon générale, indépendamment des dispositions spéciales de la loi nouvelle.

Il en va, d'abord, ainsi, des règles de la loi nouvelle qui présentent un caractère d'ordre public. Mais il ne suffit pas alors qu'il soit impossible d'écarter l'application de la règle nouvelle via une clause contraire pour que celle-ci s'applique immédiatement aux contrats en cours, il est nécessaire qu'elle repose sur des exigences impérieuses d'ordre public<sup>4</sup>. Pour la réforme de 2016, il convient donc qu'elles revêtent une valeur fondamentale dans notre modèle contractuel. Ce qui pourrait, par exemple, être le cas du devoir de bonne foi que l'ordonnance a érigé au rang de principe directeur du droit des contrats, voire peut-être aussi de la règle qui protège les contractants contre les clauses abusives stipulées dans un contrat d'adhésion.

2. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt, 230, obs. O. Tournafond, et 1995. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384, 351, étude M. Azencot, et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre ; Bull. Cridon 1995, n° 21.II.215, note J.-M. Olivier ; Defrénois 1994. 795, obs. P. Delebecque ; JCP 1995. II. 22366, obs. D. Mazeaud

3. Sur cette question, S. Gaudemet, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, JCP 2016. 559. V. aussi, les notes sur cette question de D. Mainguy sur son blog.

4. Sur ce point, V. entre autres, J.-L. Aubert et E. Savaux, Introduction au droit, Sirey, 2016, n° 110 ; P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, 2015, n° 291 ; P. Malaurie et P. Morvan, Introduction au droit, Defrénois, 2016, n° 310 ; P. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, LexisNexis, 2016, n° 168 ; F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 2015, n° 533.



15. La deuxième exception classique au principe précité réside dans les effets légaux<sup>5</sup> des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme en cours après celle-ci. La notion d'effets légaux n'est pas aisée à définir avec exactitude, elle « résulte davantage d'un choix politique, en équité, que d'un raisonnement rigoureux »<sup>6</sup>. L'idée que véhicule cette notion est que certains contrats sont régis par une réglementation légale aussi minutieuse qu'impérative et qu'en les concluant les contractants sont nécessairement soumis à ce statut légal. La rencontre des volontés n'a pas d'autres effets que le déclenchement des règles légales, sans que le consentement des contractants ne puisse exercer la moindre influence sur leur contenu et leur portée. Dès lors, le contrat est assimilé à une situation juridique extracontractuelle dont les effets futurs sont, en tant que tels, soumis à l'emprise de la loi nouvelle<sup>7</sup>.

16. La dernière exception classique au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle consiste dans l'application anticipée de la loi nouvelle aux contrats en cours, quand la Cour de cassation rend son arrêt à la lumière de la loi nouvelle<sup>8</sup>, en se fondant, comme le fait la chambre sociale dans l'arrêt commenté, sur l'évolution qu'elle emporte à propos de la matière qu'elle réforme.

Récemment, la Cour de cassation a procédé de la sorte, à propos de la réforme du droit des contrats, dans quelques arrêts, mais sa décision était d'une portée limitée quant à l'application dans le temps de la loi nouvelle aux contrats en cours, puisque la réforme n'était que la réplique du droit antérieur.

Ainsi, dans deux arrêts rendus les 24 février<sup>9</sup> et 20 septembre 2017<sup>10</sup>, la Cour de cassation devait se prononcer sur la nature de la nullité en cas de violation de règles de forme impératives. L'enjeu était de savoir, dans le premier arrêt, qui pouvait agir en nullité et, dans le second, si la nullité pouvait être couverte par une ratification ultérieure. Dans les deux arrêts, la Cour s'est fondée sur « l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, d'après laquelle la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général et relative lorsque cette règle a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé », pour finalement retenir que la nullité était relative. Cela étant, ces arrêts n'emportent qu'une exception relative au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle puisque sur cette question l'ordonnance codifie purement et simplement le droit positif. Il y avait, en effet, belle lurette que la Cour de cassation avait adopté exactement le même critère pour distinguer la nullité absolue et la nullité relative.

17. Il en va tout autrement dans l'arrêt commenté. En effet, en se fondant sur l'évolution du droit des obligations telle qu'elle résulte de l'ordonnance de 2016, la chambre sociale prend très nettement ses distances avec le droit antérieur. Depuis l'arrêt précité du 15 décembre 1993, la révocation par le promettant de la promesse pendant le délai accordé au bénéficiaire pour exercer son droit potestatif d'option constituait un obstacle à la formation forcée du contrat promis et le bénéficiaire ne pouvait donc que mettre en jeu la responsabilité extracontractuelle du promettant. Or, même si elle n'en tire pas de conséquences dans son arrêt, puisqu'elle retient la qualification d'offre de contrat quant à l'acte litigieux, la Cour de cassation adopte une position radicalement différente dans sa motivation. Elle affirme, en effet, à l'image de l'article 1124, alinéa 2 nouveau, du code civil, que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis au profit de celui-ci. Elle ne se contente donc pas, à la lumière de la réforme, de codifier le droit antérieur, elle le modifie profondément.

18. On pourrait être tenté de minimiser la portée de l'arrêt en considérant qu'il était permis à la chambre sociale de ne pas s'aligner sur la jurisprudence inaugurée par la troisième chambre civile et, en se fondant sur une analyse exacte du contrat de promesse unilatérale de contrat, d'opérer un revirement. Mais l'examen de la lettre de l'arrêt dément cette interprétation. Comme l'indique sans la moindre ambiguïté le chapeau de l'arrêt, c'est bien au regard de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 » que la chambre sociale a adopté une règle nouvelle relative à la sanction de la révocation de la promesse.

On peut alors en conclure qu'avec une telle motivation, qui consiste à trancher des litiges auxquels donnent lieu des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme à la lumière de celle-ci, la Cour de cassation a, dans une très large mesure, le pouvoir de moduler comme elle l'entend l'application de celle-ci aux effets futurs de ces

5. Sur cette notion, V. entre autres, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. et loc. cit.* ; P. Malaurie et P. Morvan, *op. et loc. cit.* ; P. Malinvaud, *op. et loc. cit.* ; F. Terré, *op. et loc. cit.*

6. P. Malaurie et P. Morvan, *op. et loc. cit.*

7. Pour une illustration, V. Cass., avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011, D. 2015. 489, et 1178, obs. N. Damas ; AJDI 2015. 608, obs. N. Damas ; RTD civ. 2015. 569, obs. P. Deumier : « La loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014 en ce qu'il donne au juge la faculté d'accorder un délai de trois ans au plus au locataire en situation de régler sa dette locative s'applique aux baux en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 ».

8. Sur cette question, V. D. Mainguy, Les directives non transposées : libres propos sur une étrange lumière, Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, p. 89.

9. Cass., ch. mixte, n° 15-20.411, D. 2017. 793, note B. Fauvarque-Cosson, et 1149, obs. N. Damas ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thioye ; AJ Contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier ; JCP 2017, n° 305, note B. Sturlèse.

10. Civ. 1<sup>re</sup>, n° 16-12.906.



contrats. Dans cet arrêt, on s'en plaindra d'autant moins que la qualité de la « loi » ancienne, à savoir la jurisprudence initiée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, était affectée de vices d'ordre théorique et pratique que la loi nouvelle a fort heureusement neutralisés. Dès lors, cette application anticipée apparaît comme un moindre mal. Reste que, sur le plan des principes, cette technique jurisprudentielle pour anticiper l'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours peut se discuter, car, même si cette loi peut-être « présumée meilleure donc plus juste »<sup>11</sup>, la sécurité juridique et la prévisibilité contractuelle sont autant d'impératifs fondamentaux de notre modèle contractuel et de notre ordre juridique, qui supposent que l'on ne remette en cause le principe de la survie de la loi ancienne qu'avec une main tremblante.

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL \* Formation \* Offre de contracter \* Promesse unilatérale de contrat \* Qualification \* Rupture

---

## Annexe 4 – Promesses croisées de cession de droits sociaux : maintien forcé du contrat en cas de résiliation sans préavis

### Arrêt rendu par Cour de cassation, com. 27-09-2017 n° 16-13.112 (F-D)

#### Sommaire :

La Cour de cassation était interrogée sur les conséquences de la résiliation d'une promesse unilatérale d'achat de titres, conclue au même moment qu'une promesse unilatérale de vente, portant sur le même objet et stipulée dans les mêmes termes. Elle approuve la cour d'appel d'avoir admis que la vente était parfaite, malgré la résiliation opérée par le promettant du protocole d'accord conclu entre les parties, dans les termes suivants : (1)

#### Texte intégral :

« En premier lieu, [...] c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations que la cour d'appel a retenu que les promesses d'achat et de vente que s'étaient consenties les parties étaient synallagmatiques, ayant le même objet et stipulées dans les mêmes termes, et partant, que la vente était parfaite dès la levée d'option.

[...] En second lieu, la cour d'appel ayant retenu que le protocole d'accord [...] n'avait été résilié que six mois après la notification [...], ce dont il résultait que la promesse d'achat faite par la société demeurait valable lors de la levée de l'option [...] ».

#### Texte(s) appliqué(s) :

Code civil – art. 1589 nouv. – art. 1134 anc.

(1) L'affaire avait trait à l'exécution d'un pacte d'actionnaires à durée indéterminée contenant des promesses unilatérales d'achat et de vente croisées. Les minoritaires s'étaient engagés à céder leurs titres aux majoritaires, à leur demande ; ces derniers s'étaient engagés à les acquérir, à la demande des minoritaires. Le pacte avait cependant pour défaut de ne prévoir aucun délai d'option. Le 10 mai 2013, les majoritaires informèrent les minoritaires de la résiliation de la convention. Malgré ce, le 18 juillet suivant, les minoritaires exercèrent leur option. Face au refus de leur cocontractant de reconnaître l'efficacité de la levée d'option, ils saisirent le juge afin de voir constater la cession de leurs actions et d'obtenir paiement du prix.

Les juges n'étaient donc pas interrogés sur les conséquences de la « rétractation » du consentement du promettant pendant le délai d'option convenu ; ils étaient saisis, de manière moins commune, des effets de la résiliation d'un pacte à durée indéterminée, contenant des promesses croisées dont on avait omis de fixer le délai pendant lequel l'option pouvait être levée. La cour d'appel admit que la vente avait été formée au moment de la levée d'option, solution que les demandeurs contestèrent sans succès devant la Cour de cassation. Cette dernière approuve, en effet, les juges du fond d'avoir retenu que « les promesses d'achat et de vente [...] étaient synallagmatiques, ayant le même objet et stipulées dans les mêmes termes, et partant, que la vente était parfaite dès la levée de l'option ». Or, la résiliation du pacte n'avait pu produire effet que six mois après sa notification, de sorte que la levée d'option intervenue entre la notification et la résiliation avait permis la formation du contrat de vente.

**La qualification des promesses croisées.** Classiquement, en matière de promesse unilatérale, la résolution d'un litige né d'un refus d'exécution du promettant suppose d'emprunter l'une des deux voies suivantes. Soit la promesse est effectivement unilatérale et toute « rétractation » entrave la rencontre des volontés, empêchant la formation du contrat définitif (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Bull. civ. III, n° 174 ; D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre ; Defrénois 15 juin 1994. 795, note Ph. Delebecque ; AJDI 1994. 384 ; *ibid.* 351, étude M. Azencot ; *ibid.* 1996. 568, étude

---

11. P. Malinvaud, *op. et loc. cit*



D. Stapylton-Smith), solution abandonnée par l'ordonnance du 10 février 2016. La solution a été formulée pour des promesses comportant un délai d'option, le promettant se rétractant avant le terme. Elle était semble-t-il transposable, *a fortiori*, à la résiliation sans préavis d'une promesse dont le délai d'option n'avait pas été fixé. Après avoir considéré que le promettant ne pouvait être libéré qu'après avoir mis en demeure le bénéficiaire de lever ou non l'option dans un délai raisonnable de réflexion (Civ. 10 juin 1941, S. 1941. 1. 164 ; Civ. 4 avr. 1949, D. 1949. 316, RTD civ. 1949. 423, obs. J. Carbonnier ; Civ. 3<sup>e</sup>, 24 avr. 1970, D. 1970. Somm. 176, RTD. civ. 1971. 133, obs. Y. Loussouarn), la Cour de cassation a paru retenir que la rétractation du promettant est immédiatement efficace (Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, n° 08-12.237, *ibid.* 2010. 224, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; D. 2009. 1020 ; AJDI 2010. 72, obs. S. Prigent). Soit, c'est la seconde voie, l'une des parties parvient à obtenir la requalification des promesses croisées d'achat et de vente en promesse synallagmatique de vente. Alors, la vente est jugée parfaite dès la conclusion des promesses croisées (V. Com. 16 janv. 1990, n° 88-16.265, D. 1992. 177, obs. J.-C. Bousquet et G. Bugeja ; RTD civ. 1990. 462, obs. J. Mestre ; Com. 22 nov. 2005, n° 04-12.183, Bull. Joly 2006. 377, note A. Couret et L. Cesbron ; Defrénois 2006. 605, note R. Libchaber ; JCP E 2006. 1463, note A. Constantin ; RTD civ. 2006. 302, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2006. 149 ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 2793, chron. J. Moury ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2006. 521, note J.-F. Barbiéri).

C'est une autre voie que la Cour de cassation emprunte ici. Elle admet, d'un côté, que les promesses croisées « étaient synallagmatiques, ayant le même objet et stipulées dans les mêmes termes » ; elle en déduit de l'autre que la vente n'est devenue parfaite qu'à la date de la levée d'option. L'intérêt tenant à la date de la conclusion de la vente n'apparaît pleinement qu'à la lecture de l'arrêt d'appel : le promettant avait été mis en procédure collective entre la conclusion des promesses et la levée d'option. À tenir la date de la conclusion des promesses pour la date de perfection de la vente, la créance de prix aurait été inopposable à la procédure collective faute de déclaration. La présente solution a justement permis à la cour d'appel de rejeter opportunément l'argument. Mais, si l'on comprend bien l'intérêt de la solution en l'espèce, le raisonnement qui la sous-tend n'est pas limpide, et ce pour deux raisons.

L'on peut s'interroger, d'abord, sur l'importance qu'il faut attacher à la référence au caractère « synallagmatique » des promesses. Contrairement à la démarche adoptée dans plusieurs arrêts antérieurs, il ne semble pas que la Cour de cassation admette ici une requalification des promesses croisées en promesse synallagmatique : une telle requalification ne s'accorde pas avec l'effet que les juges font produire à la levée d'option. N'est-ce pas l'absence d'option qui distingue la promesse synallagmatique de la promesse unilatérale ? Il faudrait sinon analyser cette levée d'option en une condition de la promesse synallagmatique – mais un événement dépendant entièrement de la volonté des parties ne peut constituer une condition – ou bien encore en un terme – mais l'on ne peut admettre tout à la fois que le pacte soit à durée indéterminée et que la levée d'option constitue un terme. C'est donc à une autre analyse que l'on est conduit. Le caractère unilatéral de chacune des promesses ne paraît pas nié, mais il demeure que ces engagements sont « synallagmatiques », au sens où chacun n'a été adopté qu'en considération de l'autre. L'analyse a par le passé été présentée en ces termes : « Que la figure créée par l'échange de promesses unilatérales réciproques soit synallagmatique ne fait pas de doute : la cause de l'engagement de chacun des promettants se trouve dans la promesse de l'autre. Mais qu'elle puisse être requalifiée en promesse synallagmatique de cession valant cession, sous le visa de l'article 1589 du code civil, est inexact » (A. Gaudemet, note sous Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, D. 2012. 130, note A. Gaudemet ; *ibid.* 231, chron. N. Molfessis ; *ibid.* 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Rev. sociétés 2012. 22, note B. Fages ; RTD civ. 2011. 758, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 788, obs. B. Bouloc ; V. égal. E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Dalloz, 2013, n° 127). Faut-il alors comprendre que la Cour se départit ici du principe ferme qu'elle avait posé en 2005, selon lequel « l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes » (Com. 22 nov. 2005, n° 04-12.183, préc.) ? Cela n'est pas sûr, car la question ne lui avait pas été ainsi posée. Les demandeurs reprochaient à la cour d'appel d'avoir vu dans leur opération une promesse synallagmatique de vente. Or tel n'était pas le cas – la cour d'appel n'avait pas même employé le terme – et c'est peut-être uniquement cela qui est ici énoncé. L'on pourrait pourtant espérer voir dans l'arrêt, à tout le moins, un assouplissement de la solution posée en 2005, tant il est artificiel de voir un engagement ferme là où les parties s'accordent la possibilité de ne pas former la vente si aucune d'entre elles ne lève l'option. Une requalification ne serait alors possible que dans deux hypothèses : si les parties ont déguisé une promesse synallagmatique sous l'apparence de deux promesses unilatérales (C. pr. civ., art. 12) ou si la volonté des parties n'a pas été clairement exprimée de sorte que le juge est conduit à interpréter leur convention (C. civ., art. 1188 s.).

La solution formulée suscite encore une seconde interrogation : était-il bien nécessaire de qualifier les engagements de « synallagmatiques » pour en déduire que la vente était parfaite dès la levée d'option ? En tout état de cause, la levée de l'option d'une promesse unilatérale ne rend-elle pas la vente parfaite, pourvu que celle-ci soit exercée à temps ?



**Les effets de la résiliation.** Voilà qui conduit à la seconde étape du raisonnement des juges d'appel, approuvés par la Cour de cassation. Il ne suffisait pas d'affirmer que « la vente était parfaite dès la levée d'option ». Encore fallait-il montrer que la promesse d'achat avait pu produire effet malgré sa résiliation. Les juges avaient résolu la difficulté ainsi : la résiliation n'avait eu lieu que postérieurement à la levée d'option, puisque sa notification ne pouvait produire effet qu'après un délai de six mois. C'était admettre le maintien du contrat, pendant le délai de préavis.

Cette solution n'est guère en phase avec l'état du droit antérieur à la réforme du 10 février 2016. Le sort du contrat pendant la période de préavis nécessaire à la résiliation d'une convention à durée indéterminée n'a jamais été appréhendé de manière uniforme, les juges décidant selon les cas de son maintien forcé ou, plus souvent, de l'octroi de dommages-intérêts (V. J. Mestre, « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005. 99 ; V. égal. N. Molfessis, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente », D. 2012. 231). Précisément, concernant une promesse unilatérale, la Cour de cassation semblait ne plus admettre que l'exercice de l'option pendant la durée de préavis permette la réalisation de la vente (V. *supra*) ; une autre solution n'aurait été guère cohérente avec celle posée par l'arrêt *Consort Cruz* (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, préc., 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).

Faut-il alors voir un revirement dans le présent arrêt ? Faut-il borner la portée de la solution aux promesses croisées constituant des engagements « synallagmatiques » ? Faut-il penser que le particularisme de la solution tient à ce que les promesses s'inscrivaient dans un pacte d'actionnaires à la portée plus large ? Autant d'interrogations auxquelles l'arrêt ne permet pas de répondre avec certitude.

**L'après-réforme.** Remarquons, enfin, que les questions soulevées par le présent arrêt conservent tout leur intérêt après l'ordonnance du 10 février 2016. D'une part, parce que le sort de la promesse unilatérale à durée indéterminée n'est pas réglé par les textes nouveaux – pas plus par ceux régissant spécifiquement la promesse unilatérale (qui ne traitent que de l'hypothèse d'une rétractation pendant le délai d'option fixé) que par ceux relatifs à la durée du contrat. D'autre part, parce que les textes ne traitent à aucun moment du sort des promesses croisées. Sans doute l'enjeu attaché à une requalification est-il moindre désormais, puisque le nouvel article 1124 du code civil relatif aux promesses unilatérales admet que la révocation pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat. Mais tout enjeu n'a pas disparu. Dès lors que le bénéficiaire a omis de lever l'option ou que l'une des parties a intérêt à faire remonter la date de la vente à la conclusion des promesses – pour des raisons fiscales ou comptables par exemple (sur les autres enjeux, V. J. Moury, note sous Douai, 15 juin 1992, n° [XDO150692X], D. 1993. 257) –, la question d'une possibilité de requalification se posera. Dans ces conditions, l'on aurait pu souhaiter que le présent arrêt comportât des enseignements plus fermes (comp. la solution adoptée quelques jours avant : Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103, D. 2017. 2289, obs. N. explicative de la Cour de cassation, note B. Bauduin et J. Dubarry ; *ibid.* 2007, note D. Mazeaud ; AJ Contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho, et Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.104, AJ Contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; D. 2017. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho). D'une part, qu'il affirme clairement que la résiliation d'une promesse unilatérale à durée indéterminée ne fait pas obstacle à la formation du contrat promis, pendant le délai de préavis. D'autre part, qu'il admette nettement que l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente ne réalise pas une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive. Le présent arrêt aurait alors pu constituer un chant du cygne, tarissant un contentieux né de solutions révolues.

#### **À retenir**

Lorsque les parties ont conclu des promesses croisées d'achat et de vente portant sur un même objet et formulées en des termes identiques, la vente est parfaite dès la levée de l'option. Lorsqu'il n'a été prévu aucun délai pour la levée de l'option, le promettant peut résilier la promesse, mais celle-ci continue de produire ses effets jusqu'au terme du délai de préavis.

Caroline Coupet, Professeur à l'Université de Montpellier



# Thème 3

## Consentement

### Plan du thème

#### Section 1 – PROTECTION A PRIORI

##### § 1. Obligation d'information

###### *A. Obligation précontractuelle d'information*

- 1) Existence
- 2) Preuve
- 3) Sanctions

###### *B. Formalisme informatif*

##### § 2. Délais de réflexion et de rétractation

#### Section 2 – PROTECTION A POSTERIORI

##### § 1. Existence du consentement

##### § 2. Vices du consentement

###### *A. Erreur*

###### 1) Erreurs, cause de nullité

###### *a) Domaines de l'erreur*

1. Erreur sur les qualités essentielles de la prestation
2. Erreur sur la personne

###### *b) Caractères de l'erreur*

1. Erreur excusable
2. Erreur de droit ou de fait

###### 2) Erreurs indifférentes

###### *a) Erreur sur les motifs*

###### *b) Erreur sur la valeur*



## **B. Dol**

### **1) Conditions**

- a) Élément matériel : manœuvre, mensonge ou dissimulation d'information*
- b) Intention de l'auteur*
- c) Auteur des manœuvres*
- d) Erreur déterminante de la victime*

### **2) Sanctions**

## **C. Violence**

### **1) Vice général de violence**

- a) Existence d'une contrainte*
- b) Caractère illégitime de la contrainte*
- c) Crainte déterminante d'un mal considérable*

### **2) Vice particulier de l'abus de dépendance**

- a) État de dépendance*
- b) Abus*



# Consentement

## Introduction

1. Le **nouvel article 1128 du Code civil** énonce les trois conditions, et non plus quatre de l'ancien article 1108, nécessaires à la validité du contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain. Les dispositions relatives à la **capacité** regroupent des dispositions autrefois éparses ainsi que le droit jurisprudentiel relatif à la matière contractuelle (nouv. art. 1145 à 1152). Les dispositions de la **réforme** relatives au **consentement** s'inscrivent dans la **continuité** du droit positif antérieur en consacrant quelques évolutions jurisprudentielles. **L'innovation** la plus remarquable est l'introduction de la lésion qualifiée à travers l'abus de dépendance, appréhendée comme un type de violence, vice du consentement (art. 1143).

## Section 1 – PROTECTION A PRIORI

2. Les vices du consentement, conçus en 1804 comme la protection essentielle du consentement des parties contractantes, sont apparus insuffisants à l'époque contemporaine pour protéger le consentement en raison notamment de la sanction *a posteriori* qu'ils impliquent. Le droit positif contemporain s'est alors tourné vers de nouveaux modes de protection visant, en amont de la conclusion du contrat ou de son engagement, à assurer, autant que possible, un consentement sain. Deux pistes essentielles ont été privilégiées qui ont été consacrées par la **réforme** : l'obligation d'information (1) et l'octroi de délais de réflexion ou de rétractation (2).

### § 1. Obligation d'information

#### A. Obligation précontractuelle d'information

3. La **réforme** du droit des contrats introduit une **obligation précontractuelle d'information, d'ordre public**, dont elle précise les contours en reprenant les apports jurisprudentiels (art. 1112-1), suivant en cela les propositions faites par les projets Catala et Terré. Dans le Code civil de 1804, cette obligation n'existait pas ; le principe était plutôt inverse considérant que chaque contractant étant libre et responsable, il lui revenait de se renseigner lui-même pour prendre sa décision en connaissance de cause (« *emptor debet esse curiosus* », c'est-à-dire « l'acheteur doit être curieux »). Ce n'est surtout qu'au cours de la deuxième moitié du xx<sup>e</sup> siècle que l'approche a changé avec l'apparition de la société de consommation, les contrats en masse, et les déséquilibres de forces engendrés entre les parties contractantes. Le fondement de cette obligation est généralement celui de la loyauté contractuelle (bonne foi de l'ancien art. 1134 al. 3 étendue à la conclusion du contrat, désormais art. 1104) : un comportement loyal consiste à informer son cocontractant sur les éléments que l'on a en sa possession et que l'on sait importants pour son cocontractant qui les ignore.

#### 1) Existence

4. **Avant la réforme**, il n'existait pas d'obligation générale d'information dans le droit commun des contrats : le juge ou la loi se contentait d'en reconnaître une parfois selon les types de contrats ou d'activités. Ainsi, par exemple, pour la conclusion d'un contrat d'assurance, la **loi** fait peser sur les deux parties une obligation d'information (l'assuré informe de sa situation, sa santé, et l'assureur informe sur le contrat et les garanties en général, *cf.* art. L. 112-2 c. assur.). Il existe également une obligation générale d'information dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur dont le contenu a été amplifié par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation qui transpose la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs (c. consom. art. L. 111-1). Les professionnels peuvent également bénéficier d'une obligation d'information dont ils seraient créanciers (*cf.* la loi Doubin, art. L. 330-3 c. com.). En l'absence d'obligation légale, le **juge** pouvait imposer une obligation d'information dans certaines situations, sans



pour autant avoir établi de règle de principe qui permette de savoir quand une telle obligation est imposée. C'était donc au cas par cas, arrêt par arrêt, qu'il était possible de savoir dans quelle situation, le juge peut être amené à imposer une obligation d'information précontractuelle (ex. sur l'obligation du vendeur : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2008, n° 07-13.487 ; obligation d'un dirigeant de société, lorsqu'il revend ses actions à ses associés, de les informer de la valeur supérieure au prix proposé : Com., 27 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 65 ; *JCP* 1996. I. 22665 note Ghestin ; *D.* 1996. 518 note Malaurie, Com., 12 mai 2004, n° 00-15618 ; *RDC.* 2004. 923 obs. Mazeaud).

5. Certains auteurs ont tenté de dégager les critères d'existence d'une obligation d'information (Ghestin J., Loiseau G. et Serinet Y.-M., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1700 s.). Ce sont ces propositions, tirées de l'étude de la jurisprudence, que la **réforme** a reprises en consacrant une obligation précontractuelle d'information dès lors que **trois conditions** sont remplies, comme le suggéraient les propositions doctrinales de réforme :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant » (art. 1112-1 al. 1).

**Il faut, d'abord, une information « déterminante », c'est-à-dire que l'information doit porter sur un élément susceptible d'avoir un impact sur le consentement du créancier.** Afin de guider le juge dans l'interprétation du caractère déterminant, l'alinéa 3 de l'article 1112-1 précise qu'« ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Il faut ensuite que le débiteur de l'obligation ait **connaissance de l'information**. Le projet d'ordonnance ajoutait à la connaissance réelle une connaissance supposée, ce que n'a pas repris l'ordonnance finale. Est-ce une manière de contrer la jurisprudence actuelle qui considère qu'il existe parfois (pour les professionnels notamment) un devoir de s'informer pour informer ? (ex : le garagiste qui revend une voiture dont le compteur kilométrique a été trafiqué aurait dû s'informer ou ne pouvait ignorer ; le vendeur immobilier vendant un terrain pour l'édification d'une certaine construction doit se renseigner sur les règles d'urbanisme pour en informer son acheteur). L'interprétation appartient désormais au juge qui décidera s'il faut interpréter restrictivement ou extensivement cette condition. Enfin, le créancier supposé de l'obligation doit soit **ignorer légitimement** l'information, soit pouvoir faire **confiance** au débiteur. Bien que la jurisprudence n'ait jamais utilisé ces termes, on constate que le juge refusait déjà de reconnaître une telle obligation lorsque celui qui s'en prévalait pouvait facilement accéder à l'information (v. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 2012, n° 11-23869, *D.* 2013. 391, obs. Mekki : la Cour de cassation nie l'existence d'une obligation d'information pesant sur le vendeur d'un bien immobilier car en l'espèce, « les acheteurs pouvaient avoir connaissance des faits par eux-mêmes » et l'information était accessible « à des acquéreurs normalement vigilants »). C'est ainsi d'ailleurs qu'il serait possible d'interpréter la jurisprudence Baldus (*cf. infra*) : la valeur du prix de vente d'un bien sans spécificité particulière est une information qui ne peut pas être légitimement ignorée par le vendeur.



### Actualité

L'agent immobilier est, comme d'autres professionnels, tenu d'une obligation d'information et de conseil. Toutefois, pour informer ou conseiller, encore faut-il au préalable être soi-même correctement informé ou renseigné. En l'espèce, comme le mandant avait maintenu dans l'ignorance l'agent immobilier, la première chambre civile admet qu'il ne pouvait lui être reproché une faute (v. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 2017, n° 15-50102, PB)

Attention toutefois, les professionnels tenus d'un devoir de conseil ont l'obligation de se renseigner sur les besoins de leurs clients en amont. Ici, tel n'était pas le problème, puisque, il faut insister, le client avait maintenu dans l'ignorance son mandataire.

6. À la différence des projets doctrinaux de réforme et du projet d'ordonnance, le texte final exclut qu'une obligation d'information porte sur « l'estimation de la **valeur** de la prestation » (art. 1112-1 al. 2). Cette disposition fait écho à la jurisprudence dite **Baldus** qui refusa de reconnaître



un acheteur débiteur d'une obligation précontractuelle d'information portant sur la valeur du bien vendu (**Civ. 1<sup>er</sup>, 3 mai 2000**<sup>1</sup>. *cf. infra* n° 31). Arrêt très controversé, notamment quant au recul de la bonne foi dans le contrat (*cf. not. commentaire D. Mazeaud*), il a été confirmé dans une situation pouvant être encore plus contestable, en considérant que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 2007**<sup>2</sup>).



### À noter

Dans l'arrêt du **17 janv. 2007**, le vendeur, agriculteur aux conditions de vie difficile (*cf. arrêt d'appel qui annule pour dol*), avait vendu sa maison à un marchand de biens qui l'avait achetée très en dessous de la valeur du marché. Se posait alors la question de savoir si l'acheteur professionnel avait ici une obligation d'informer le vendeur profane sur la valeur du bien. La Cour de cassation refuse dans les mêmes termes que l'arrêt Baldus, semblant considérer qu'un vendeur doit toujours se renseigner sur la valeur de son bien, et que cette information, dès lors qu'elle est accessible au vendeur, n'a pas à être transmise par l'acquéreur, fut-il professionnel. Outre que la loyauté contractuelle peut être ici mise à mal par le principe même du refus de toute obligation d'information, elle ne prend pas en compte la qualité particulière de l'acheteur, dont la profession avait pu laisser croire au vendeur que la fixation du prix, par un professionnel du secteur, était celle du marché.

L'exclusion de la valeur comme objet de l'obligation d'information issue de la réforme est cependant plus large que la jurisprudence puisque le juge admet que certaines obligations d'information puissent porter sur la valeur, notamment dans le cas d'une cession d'actions réalisée par un associé au profit du dirigeant social (pèse sur le dirigeant social en cette seule qualité, même s'il est le cessionnaire, une obligation d'information sur la valeur des titres cédés, et notamment des informations portant sur la situation de la société et la valorisation des titres : *Com.*, 27 févr. 1996<sup>3</sup>. **Civ. 1<sup>er</sup>, 25 mars 2010**<sup>4</sup>). Que deviendra cette jurisprudence ? Là encore, il va falloir attendre l'interprétation de ce nouveau texte par les juges.



### Actualité

Dans le sillon de la jurisprudence Vilgrain (*Com.* 27 fév. 1996 préc.) : **Com. 12 avr. 2016**, n° 14-19.200, *Rev. sociétés* 2016. 509, note K. Deckert ; *RTD civ.* 2016. 612, obs. H. Barbier ; *D.* 2017. Chron. 375, obs. Mekki. Des actionnaires minoritaires ayant vendu leurs titres aux présidents du directoire et de surveillance à la suite d'une offre de rachat ont demandé réparation sur le fondement de l'art. 1382 pour défaut de loyauté dans la transaction faute d'avoir été informé de la vente en cours de la société. Alors que la cour d'appel avait fait droit à la demande au motif de la violation par les dirigeants de leur devoir de loyauté faute d'avoir informé les actionnaires des opérations en cours, la chambre commerciale casse au visa de l'art. 1382 au motif que la Cour aurait dû constater qu'à l'époque de la cession les dirigeants « détenaient des informations, qu'ils pouvaient seuls connaître, de nature à influencer sur le consentement de ces actionnaires » et que « des négociations étaient d'ores et déjà en cours » avec la société tierce en vue de la revente globale des actions.

De cet arrêt, on peut retenir, d'une part que, sans les nommer directement, la chambre commerciale reprend les trois critères de l'existence d'une obligation d'information, et, d'autre part, que,

1. n° 98-11381, *Bull. civ.* I, n° 131 ; *D.* 2002. Somm. 928, obs. Tournafond (1<sup>er</sup> esp.) ; *JCP* 2000. I. 272, n° 1 s., obs. Loiseau ; *JCP* 2001. II. 10510, note Jamin ; *Defrénois* 2000. 1110, obs. Mazeaud ; *ibid.* 1114, obs. Delebecque ; *CCC.* 2000, n° 140, note Leveneur ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. Mestre et Fages.

2. *GAJC* tome II n° 151, *D.* 2007. 1051, note Mazeaud et 1054, note Stoffel-Munck ; *JCP* 2007. II. 10042, note Jamin ; *Defrénois* 2007. 443, obs. Savaux ; *CCC.* 2007, n° 117, obs. Leveneur.

3. n° 94-11.241, Vilgrain, *JCP* 1996. II. 22665, note J. Ghestin ; *Defrénois* 1996. 1205, note Y. Dagorne-Labbe

4. n° 08-13060, *JCP* 2010. 921 note J. Ghestin ; *RTD civ.* 2010. 320 obs. Fages ; *RDC* 2010/3 p. 811 obs. Mazeaud.



sans le dire non plus (la question n'ayant pas été posée à la Cour), la jurisprudence Vilgrain reste d'actualité malgré l'exclusion de la valeur par la réforme. Cette volonté implicite de maintenir la jurisprudence Vilgrain a encore été réaffirmée récemment (Com., 10 juil. 2018, n° 16-27868, inédit).

## 2) Preuve

7. Le **nouvel article 1112-1 alinéa 4** consacre la jurisprudence quant à la preuve de l'obligation d'information : il revient au créancier de l'obligation d'information de prouver l'existence de l'obligation, à charge pour le débiteur de prouver qu'il l'a exécuté. Cette répartition de la charge de la preuve date d'un important arrêt du 25 février 1997 (**Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 1997**, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *GAJC* tome I n° 16 : « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »). Si cette jurisprudence s'est d'abord illustrée pour l'obligation d'information du médecin, elle s'est ensuite généralisée à toutes les obligations d'information. Il est en de même pour la preuve de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle dans les relations de consommation (nouvel art. L. 111-5 du code de la consommation ; nouvel art. L. 221-7). Cette règle de preuve doit être transposée en cas de sanction de la violation d'une obligation d'information sur le fondement de la réticence dolosive : la victime de la réticence dolosive n'a donc qu'à prouver l'existence de l'obligation d'information et il revient ensuite au débiteur de l'obligation d'information (donc l'auteur supposé du dol) de prouver qu'il a rempli son obligation (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, B. I n° 132, *CCC.2002.135* ; *JCP* 2002. I. 184 n° 1 obs. Labarthe ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 2009, n° 08-14.563 : le vendeur d'un immeuble est condamné pour dol à verser des dommages-intérêts pour ne pas avoir informé son acheteur du non-raccordement de l'immeuble au réseau d'assainissement ; la Cour de cassation relève non seulement que le vendeur avait l'obligation de transmettre cette information mais également qu'il n'établissait pas en avoir informé les acquéreurs).

## 3) Sanctions

8. Le **nouvel article 1112-1 alinéa 6** précise les sanctions de la violation de l'obligation d'information en reprenant les positions jurisprudentielles. Ainsi, deux sanctions sont possibles. La première est la mise en jeu de la **responsabilité civile délictuelle** du débiteur de l'obligation d'information. Le fondement est délictuel (art. 1240, anc. art. 1382, 1383) puisque la faute est précontractuelle, même si la frontière entre le précontractuel et le contractuel est parfois difficile sur le terrain de l'information. Les conditions à établir sont celles de la responsabilité délictuelle, et donc l'existence d'une faute (ici l'inexécution d'une obligation d'information, obligation dont l'existence devra être établie), d'un préjudice et d'un lien de causalité. La **preuve de la faute délictuelle est alors, plus ou moins, détachée des conditions du dol** pour devenir autonome (*cf. infra* n° 39).



### À noter

Concernant la nature et le montant du préjudice réparable, la chambre commerciale a affirmé que : « le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus » (**Com., 31 janv. 2012**, n° 11-10834, *JCP* 2012. 1224, n° 2, obs. Stoffel-Munck. V. eg. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2010, n° 09-12895, *RTD civ.* 2010. 322, obs. Fages ; **Com., 16 mars 2017**, n° 15-16406, *GP* 26 sept 2017 n° 32, p. 31 Houtcieff ; *D.* 2018. 371, obs. Mekki ; *RDC* 2018. 21, obs. Stoffel-Munck). À rapprocher de la jurisprudence sur la réparation du préjudice sur le fondement de la réticence dolosive (*cf. infra* n° 39).

9. La deuxième sanction possible est la **nullité** du contrat. Celle-ci n'est pas encourue par la seule preuve de l'inexécution d'une obligation d'information : il faut qu'une condition de validité du contrat ait été violée, c'est-à-dire que le consentement du demandeur ait été vicié, nécessitant de remplir les conditions de l'un des vices du consentement, notamment le dol (voire l'abus de dépendance. *Cf. infra*



n° 49). En cas de dol, il faudra alors établir en plus l'intention de tromper ainsi qu'une erreur déterminante du consentement de la victime (pour un ex. récent : **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2015**, n° 14-18.486 et 14-19.786, CCC 2015, comm. 268, obs. Raymond : « le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » ; Com. 28 juin 2005, *Bull. civ. IV*, n° 140 ; D. 2005. Pan. 2838 obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2005. 591 obs. Mestre et Fages. V. ég. l'assimilation à l'obligation de mise en garde : **Com 9 fév. 2016**, n° 14-23210, D. 2016. 420 : « Ne constitue pas un dol le seul manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde »).

### **B. Formalisme informatif**

**10.** Si le principe en droit français des contrats est le consensualisme, la loi peut imposer un formalisme particulier (*cf.* Thème 2 n° 36 s.). Tel est le cas en matière de protection du consentement lorsque le législateur impose un formalisme informatif ayant pour fonction d'informer les contractants profanes des éléments essentiels du contrat à conclure. Les techniques employées sont diverses, allant des **mentions informatives** dans le contrat (droit de la consommation : crédit à la consommation, nouv. art. L. 312-28 C. consom. ; contrats hors établissement, art. L. 221-9 C. consom), à la **remise de documents** avant la conclusion du contrat (assurance), en passant par des possibles **mentions manuscrites** (caution dans le bail d'habitation, art. 22-1 loi du 6 juill. 1989).

**11.** La **sanction** de ce formalisme informatif n'est pas linéaire (*cf.* Thème 2, n° 39). Parfois la loi prévoit expressément une sanction en cas de violation de ce formalisme. Dans ce cas il peut s'agir de la **nullité de plein droit** (contrats hors établissement, nouv. art. L. 242-1 C. consom.), ou **facultative** pour le juge (cession de fonds de commerce, art. L. 141-1 C. com.), ou encore d'une **autre sanction** comme la déchéance du droit aux intérêts (cas du crédit à la consommation et immobilier, nouv. art. L. 341-4 et L. 341-23 C. consom.). En l'absence d'une sanction légale, le juge décide en fonction des contrats et des situations sans que les solutions soient systématiques. Le juge peut alors considérer que la règle de forme n'est qu'une règle de preuve. Il peut également décider que la nullité est possible dès lors qu'il est prouvé que la violation du formalisme a causé un vice du consentement (par ex. loi Doubin du 31 déc. 1989, art. L. 330-3 C. com. : Com., 14 juin 2005, n° 04-13.948, *RDC*. 2005. 1133, note Béhar-Touchais). Il peut encore décider la nullité du contrat en se fondant sur le caractère d'ordre public de la loi (par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2004, n° 01-11823, *RDC*. 2005. 323 note Fenouillet).

## **§ 2. Délais de réflexion et de rétractation**

**12.** La **réforme** du droit des contrats introduit les notions de réflexion et de rétractation en se contentant d'en préciser les définitions (art. 1122). Finalement intégrés dans la partie relative à la rencontre des volontés par l'offre acceptée, ces mécanismes ont pour objectif de protéger le consentement du contractant qui en bénéficie en lui permettant de s'assurer de la réalité de son engagement. Nés dans les années 70 avec le droit de la consommation, ces mécanismes légaux tendent à se développer en dehors du code de la consommation, mais toujours dans des relations entre professionnels et profanes (*cf.* art. L. 271-1 CCH). Ponctuellement prévues par des dispositions légales particulières, ces deux techniques se distinguent : le délai de réflexion est imposé en amont de la conclusion du contrat, alors que le délai de rétractation est postérieur à la formation du contrat.

**13. Le délai de réflexion** « est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation » (art. 1122). Le processus de conclusion du contrat est alors gelé : l'offre a été émise et l'autre partie n'a pas le droit d'accepter avant un certain délai (art L. 313-19 al. 2 C. consom., pour le contrat de crédit immobilier : l'emprunteur ou les cautions ne peuvent pas accepter l'offre de prêt immobilier dans les 10 jours qui suivent la réception de l'offre).

**14. Le délai de rétractation** « est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement » (art. 1122). Alors que le droit commun interdit, sauf clause l'autorisant, à une partie de se dédire unilatéralement, la faculté de rétractation, pour les contrats où elle est expressément prévue, permet à la partie en faveur de laquelle elle est prévue de se désengager du contrat, de manière



discrétionnaire et sans motif (contrat à distance et hors établissement, art L. 221-18 c. consom., délai unifié de 14 jours depuis la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation ; vente et construction d'immeuble, art. L. 271-1 CCH, délai de 7 jours). Une fois que le bénéficiaire de cette faculté l'a utilisée et s'est rétracté, il ne peut plus revenir en arrière puisque le contrat a été rétroactivement anéanti (Civ. 3<sup>e</sup>, 13 mars 2012, n° 11-12232, D. 2012. 876).



### Actualité

Dans un arrêt du 5 décembre 2019, la troisième chambre civile a admis que les parties à une promesse de vente puissent « conférer contractuellement à un acquéreur professionnel la faculté de rétractation prévue par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation » (n° 18-24152, PBI).



### Mémo

Les vices du consentement étant insuffisants à protéger le consentement, notamment du fait de leur intervention après la formation du contrat, le législateur et le juge se sont tournés vers des moyens permettant, **en amont, d'éclairer le consentement** des parties les plus faibles.

Deux moyens principaux existent qui ont été codifiés par la **réforme** : l'obligation d'information et les délais de réflexion ou de rétractation.

**L'obligation d'information** peut prendre la forme soit d'une obligation précontractuelle d'information, soit d'un formalisme informatif.

– L'obligation précontractuelle d'information est désormais intégrée dans le Code civil. Son **existence** dépend de la réunion de trois conditions cumulatives : une information déterminante, connue du débiteur et légitimement ignorée par le créancier ou intervenant dans une relation particulière de confiance.

Consacrant la jurisprudence, il revient au débiteur de prouver l'existence de l'obligation d'information et au créancier qu'il l'a exécutée.

Sa violation est sanctionnée soit par la **nullité** du contrat s'il est prouvé un vice du consentement, soit par la mise en jeu de la **responsabilité** délictuelle du débiteur. Chaque action doit alors remplir les conditions qui la concernent.

– **Le formalisme informatif** est d'origine légale et peut prendre des formes diverses (mentions contractuelles, remise de documents, etc.).

**Les délais de réflexion et de rétractation** sont désormais définis par la réforme. Principalement utilisés dans le droit de la **consommation**, ils permettent soit d'obliger à un délai de réflexion avant de conclure le contrat, soit de se rétracter pendant un certain délai après la formation du contrat.

## Section 2 – PROTECTION A POSTERIORI

**15.** Pour que le contrat soit valable, le consentement des parties doit **exister** et ne pas être vicié. Une fois qu'il existe (1), le Code civil encadre les **vices** susceptibles d'entraîner la nullité du contrat pour des raisons de sécurité juridique (2). Bien que seuls trois vices aient été prévus depuis 1804, la jurisprudence les a considérablement précisés et parfois étendus. Ces apports jurisprudentiels ont été consacrés par la **réforme** du droit des contrats tout en innovant en incluant, pour la première fois en droit français, l'abus de dépendance au sein du vice de violence (art. 1130 à 1144).



## § 1. Existence du consentement

16. La **réforme** du droit des contrats a créé un paragraphe propre à l'existence du consentement, mais en ne l'abordant que sous le seul angle du trouble mental, rappelant que le consentement doit être **sain** (art. 1129 qui rappelle l'article 414-1 du Code civil).

17. La réforme du droit des contrats ne fait aucune allusion à l'**erreur dite obstacle** qui empêche la conclusion du contrat, faute de rencontre de volontés sur les éléments essentiels du contrat (par ex. une personne croit acheter alors qu'elle loue). Même s'il y a peu de jurisprudence sur cette question, il faut savoir si cette erreur relève de l'existence ou du vice du consentement, notamment pour déterminer son régime, question que ne résout pas la réforme.



### À noter

La Cour de cassation a considéré que l'erreur faisant « obstacle à la rencontre des consentements » n'avait pas à être ou non excusable (**Civ. 3<sup>e</sup>, 16 déc. 2014**, n° 14-14168, CCC 2015, comm. 54, obs. L. Leveneur ; Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mai 2008, n° 07-10772, D. 2008. Pan. 2965, obs. Amrani-Mekki ; RDC. 2008. 716 obs. Génicon), traitant ainsi l'erreur-obstacle comme un consentement absent davantage que vicié.

## § 2. Vices du consentement

### A. Erreur

18. Alors que le Code civil de 1804 ne lui consacrait qu'un seul article (anc. art. 1110), la **réforme** du droit des contrats dédie désormais cinq articles à l'erreur en se contentant de consacrer dans la loi les avancées jurisprudentielles (art. 1132 à 1136). S'appréciant au moment de la formation du contrat, l'erreur est une fausse représentation de la réalité, c'est-à-dire qu'existe une différence entre ce que croyait l'errans au moment de la formation du contrat et la réalité, **peu importe que cette réalité soit incertaine** (cf. aff. Poussin où l'errans avait la certitude qu'il ne pouvait pas s'agir d'un Poussin alors que l'attribution était possible sans être certaine : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 1978, *GAJC* tome II n° 147 ; plus récemment : **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2015**, n° 14-17893, CCC 2016, comm. 1, obs. L. Leveneur). L'erreur est cependant exclue lorsque l'errans a accepté un risque qui s'est finalement réalisé après la conclusion du contrat (à propos d'un terrain partiellement inconstructible au jour de la vente qui s'est avéré totalement inconstructible postérieurement à la suite d'une décision administrative : Civ. 3<sup>e</sup>, 13 nov. 2014, n° 13-24027, D. 2015, 60 note F. Rouvière ; JCP 2015, doct. 306, obs. Y.-M. Serinet ; D. 2015. 529, obs. Mekki).



### Actualité

**Civ. 3<sup>e</sup>, 24 nov. 2016**, n° 15-26.226, AJ Contrat 2017. 92 : l'achat d'un terrain constructible au jour de la conclusion du contrat mais situé en zone inondable, à la connaissance des acheteurs, ne peut être remis en cause pour erreur du fait de l'annulation du permis de construire postérieure à la vente, l'erreur s'appréciant au jour de la conclusion du contrat.

### 1) Erreurs, cause de nullité

#### a) Domaines de l'erreur

##### 1. Erreur sur les qualités essentielles de la prestation

19. L'ancien article 1110 exigeait que l'erreur porte sur « la substance même de la chose », objet du contrat. Le nouvel article 1132 reprend désormais le sens que lui avait donné la jurisprudence, c'est-à-dire « les qualités essentielles » et déterminantes (cf. *infra* n° 20). Ainsi pour être cause de nullité, l'erreur doit porter « **sur les qualités essentielles de la prestation due** ». Ces qualités « sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté » (art. 1133 al. 1). Cette précision permet d'éviter que soient prises en compte des qualités fantaisistes qui





n'auraient pas été connues du cocontractant, conformément aux exigences antérieures jurisprudentielles (cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 oct. 2013, n° 12-13.302, *JCP* 2014. 115, obs. Ghestin). Peu importe la victime de l'erreur qui peut être celle du vendeur (art. 1133 al. 2. V. antérieurement **aff. Poussin, Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 1978**, *GAJC* tome II n° 147 ; plus récemment : **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2015**, n° 14-17893, *CCC* 2016, comm. 1, obs. L. Leveneur). L'erreur porte alors sur l'objet même de la prestation (par ex. l'authenticité d'un tableau, la consistance d'un bien ou l'étendue des engagements), et parfois sur l'aptitude de l'objet à remplir sa fonction (cf. sur l'inconstructibilité d'un terrain révélée postérieurement à la vente : **Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2014**, n° 13-18446, *JCP* 2014, doct. 1185, obs. Y.-M. Serinet ; *D.* 2015. 529, obs. Mekki ; *RTDciv.* 2014. 880, obs. H. Barbier ; *RDC* 2014. 597, note Y.-M. Laithier. V. ég. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 oct. 2013, n° 12-13.302, *JCP* 2014. 115, obs. Ghestin). La frontière de ce dernier type d'erreur est parfois délicate avec l'erreur sur les motifs (cf. *infra* n° 26).

**20.** L'erreur doit être **déterminante** du consentement, condition nécessaire aux trois vices du consentement que la réforme mentionne désormais à l'article général 1130 : ainsi les trois vices « vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes » (pour un rappel de cette exigence : **Com., 22 sept. 2015**, n° 14-17671, *JCP* 2015, doct. 1261 n° 5, obs. Y.-M. Serinet). L'alinéa 2 de l'article 1130 fait le choix d'une appréciation *in concreto* du caractère déterminant, comme la jurisprudence l'avait décidé précédemment (Pour l'exemple le plus connu, cf. **l'affaire du Magnasco, Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1972**, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *D.* 1972. 517 ; *JCP* 1972. II. 17065 ; *RTD civ.* 1973. 768, obs. Y. Loussouarn : l'erreur n'est pas retenue car il n'était pas prouvé que l'authenticité du tableau – qui s'est avéré être faux – était, en l'espèce, déterminante pour l'acheteur).

**21.** En ce qui concerne le cas particulier des **œuvres d'art**, qui concentrent une grande partie du contentieux de l'erreur, leur authenticité est désormais caractérisée par un décret n° 81-255 du 3 mars 1981 « sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection ». Les mentions du catalogue permettent alors, simplifiant la preuve, de déterminer la croyance sur laquelle s'est légitimement fondé l'acheteur (cf. **l'affaire dite de la « table Boule »** ayant donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation dans la même affaire relative aux mentions du catalogue quant à un meuble d'époque : **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 2011**, n° 10-25.980, *D.* 2012. 76, note Labarthe ; *JCP* 2011. 1350, note Serinet, *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; après Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2008, n° 07-17.523). L'erreur est caractérisée dès lors que les mentions du catalogue sont erronées (cf. **affaire du Sesostris III, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 févr. 2007**, n° 02-13.420 et 03-21.179, *Bull. civ. I*, n° 90 ; *JCP* 2007. I. 195, n° 6, obs. Labarthe ; *D.* 2007. Pan. 2968 obs. Amrani-Mekki ; *LPA* 1<sup>er</sup> au 2 mai 2007, avis Sainte Rose), ou insuffisantes (**affaire du « tableau piège » de Daniel Spoerri : Civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 2002**<sup>5</sup>).

## 2. Erreur sur la personne

**22.** Anciennement prévue par l'article 1110 al. 2, l'erreur sur la personne est régie par l'article 1132 et rejoint le régime de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation : l'erreur doit être déterminante et porter sur les « qualités essentielles (...) du cocontractant ». Le nouvel article 1134 précise que cette erreur ne peut vicier le consentement que d'un contrat *intuitu personae*, c'est-à-dire ceux pour lesquels la qualité de la personne est rentrée dans le champ contractuel.

### b) Caractères de l'erreur

#### 1. Erreur excusable

**23.** Condition exigée par la jurisprudence (**Civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 2002**, préc.), l'erreur doit être excusable, ce que consacre désormais la **réforme** (art. 1132). Cette exigence signifie que l'*errans* doit avoir été diligent et avoir fait tout ce qui était à sa mesure pour se faire une image la plus fidèle de la réalité. Cette appréciation se fait *in concreto* et dépendra de la qualité de l'*errans*, sa profession, ses connaissances, etc. (pour ex. v. à propos du caractère inexcusable d'un expert ayant acheté une œuvre

5. *Bull. civ. I*, n° 46 ; *D.* 2003. 436, par Edelman ; *JCP* 2002. I. 148, n° 7 s., obs. Serinet ; *Defrénois* 2002. 761, obs. Savaux. – Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 412 ; *D.* 2006. 1116, note Tricoire ; *JCP* 2006. II. 10092, note Ickowicz ; *CCC* 2006, n° 44, note Leveneur. *Aff. Dali* : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2008, n° 06-20.298, *RLDC* 2008/55 n° 3207.



d'art dans son domaine de compétence : **Civ. 1<sup>re</sup>, 9 avril 2015**, n° 13-24772, JCP 2015, doct. 808, n° 5, obs. Y.-M. Serinet ; D. 2016. 566, obs. M. Mekki ; RDC 2016. 440, note Y.-M. Laithier ; à propos ég. du caractère inexcusable d'une erreur sur la non-décence pour logement d'un local acheté : Civ. 3<sup>e</sup>, 17 sept. 2014, n° 13-18931, JCP 2014, doct. 1185, obs. Y.-M. Serinet ; RTDciv. 2014. 880, obs. H. Barbier). Mais la qualité de professionnel, voire d'expert, de l'*errans* n'empêche pas le caractère excusable de l'erreur (cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2009, n° 08-16.471, *RLDC* 2010 n° 68 p. 13, obs. Le Gallou : un antiquaire qui se porte adjudicataire d'une vente aux enchères peut commettre une erreur, la Cour de cassation précisant que cette erreur peut se réaliser « nonobstant sa qualité de professionnel », Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2004, *Bull. civ. I*, n° 326 ; JCP 2005. I. 141 n° 1 s., obs. Serinet ; *RTD civ.* 2005. 123, obs. Mestre et Fages : le restaurateur d'œuvre d'art qui achète un tableau authentifié par des experts et qui s'avère être un faux, commet une erreur excusable en croyant à l'authenticité de l'œuvre. Pour un professionnel des travaux agricoles achetant une moissonneuse-batteuse et des accessoires : Com., 13 mars 2012, n° 11-13077, JCP. 2012. 561, n° 4, obs. Serinet ; ou encore un médecin achetant un matériel médical : Civ. 3<sup>e</sup>, 17 sept. 2014, n° 13-18.931, RTDciv. 2014, 880, obs. H. Barbier ; JCP 2014, doct. 1185, obs. Y.-M. Serinet). Cf. les différences avec l'erreur de droit (cf. *infra* n° 25) et l'erreur provoquée en matière de dol (cf. *infra* n° 35).

## 2. Erreur de droit ou de fait

**24.** Si les erreurs sont généralement de fait, elles peuvent également porter sur une règle de droit, comme le consacre le nouvel article 1132 ; ainsi l'*errans* s'est faussement représenté une règle de droit (fait pour un bailleur d'immeuble de faussement croire au droit de préemption de son locataire et de lui proposer la vente en priorité : Civ. 3<sup>e</sup>, 24 mai 2000<sup>6</sup>. Mais ne peut être invoquée comme cause d'une erreur de droit une décision judiciaire rendue entre d'autres parties : Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 328 ; RDC 2007. 229, obs. Pérès ; *RTD civ.* 2006. 761, obs. Mestre et Fages).

### Exemple

Rares sont les arrêts portant sur une erreur de droit, et celui-ci est d'autant plus intéressant qu'il porte sur la fameuse affaire Perruche : **Civ. 2<sup>e</sup>, 15 oct. 2009**, n° 07-20.129, JCP 2009. 574, n° 11 obs. Serinet, *RLDC* 2009 n° 66 p. 23, obs. Bugnicourt.

À la suite de la naissance d'un enfant handicapé, les parents, croyant à l'application immédiate aux instances en cours de l'art. 1 de la loi du 4 mars 2002 et ignorant la jurisprudence contraire de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH qui a condamné la France pour violation de l'art. 1<sup>er</sup> du protocole 1<sup>er</sup> du fait de l'application aux instances en cours de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 remettant en cause le droit des victimes à une créance de dommages-intérêts. CEDH, 6 oct. 2005, 2 arrêts, n° 11810/03, Maurice c/ France et n° 1513/03, Draon c/ France, JCP A 2006, 1021, JCP 2006, II, 10061, note A. Zollinger), ont renoncé à demander aux médecins réparation des préjudices personnels de leur enfant handicapé ainsi que de leurs préjudices personnels.

La Cour de cassation reconnaît, dans cet arrêt, que les parents ont, par cette renonciation à recours, commis une erreur de droit annulant leur renonciation et leur permettant d'agir.

**25.** Assimilant l'erreur de droit et de fait, la réforme conduit à leur décerner un régime unique, notamment quant à la condition du caractère inexcusable.



### À noter

D'après le nouvel article 1132 du Code civil, l'erreur de droit doit être inexcusable pour vicier le consentement, contrairement à la jurisprudence antérieure. En effet, la Cour de cassation avait jugé antérieurement que l'erreur de droit emporte la nullité de l'acte indépendamment

6. *Bull. civ. III*, n° 114 ; D. 2001. Somm. 1135, obs. D. Mazeaud ; JCP 2000. II. 10494, note Duvert ; *RTD civ.* 2000. 824, obs. Mestre et Fages.



du caractère excusable ou inexcusable de l'erreur. Ainsi, jugeant l'erreur inexcusable pour un professionnel de l'immobilier, un arrêt d'appel avait reconnu la validité d'une offre et partant la conclusion d'une vente faite au profit d'un occupant de lieux loués, alors que le bailleur se croyait, à tort, légalement contraint de lui proposer la vente en priorité. Cet arrêt est cassé au visa de l'article 1109 du Code civil : « le caractère inexcusable de l'erreur de droit à l'origine de la notification du droit de préemption est sans incidence sur la validité de l'offre ». **Civ. 3<sup>e</sup>, 20 oct. 2010** <sup>7</sup>.

## 2) Erreurs indifférentes

### a) Erreur sur les motifs

**26.** L'erreur sur les motifs est une erreur indifférente pour le nouveau droit des contrats (art. 1135), pour des raisons de sécurité juridique mais également parce qu'elle ne porte pas sur « les qualités essentielles de la prestation », ce que le code de 1804 appelait l'« objet » du contrat. La réforme n'a fait que consacrer ce que la jurisprudence antérieure avait décidé, peu importe que ce motif soit déterminant pour l'errans (**Civ. 3<sup>e</sup>, 24 avr. 2003**, *Bull. civ. III*, n° 82 ; *D.* 2004. 450, note Chassagnard ; *JCP* 2003. II. 10135, note Wintgen ; *RDC* 2003. 42, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003. 699, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* 723, obs. Gautier : « *L'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant.* ». *Com.* 30 mai 2006, n° 04-15.356, *CCC* 2006, n° 224, note Leveneur).



#### À noter

Un arrêt très commenté a refusé de reconnaître une erreur dans le fait pour une infirmière exerçant en libéral d'avoir acquis un équipement médical destiné à son activité qui s'est avéré inadapté : « en faisant valoir que les équipements litigieux ne répondaient pas à ses besoins dans son activité paramédicale d'infirmière en milieu rural, (l'infirmière) n'invoque aucune erreur sur les qualités substantielles de ces matériels, mais se borne à constater leur inadéquation à cette activité ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'erreur invoquée par (l'infirmière) ne portait pas sur les qualités substantielles des matériels litigieux, mais sur les motifs de leur acquisition, la cour d'appel (...) a légalement justifié sa décision ». **Com., 11 avr. 2012**, n° 11-15429, *JCP* 2012. 1151, n° 7, obs. Serinet, *D.* 2012. 1117, obs. Delpech ; *RTD com.* 2012. 381, obs. D. Legeais, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki, *RDC* 2012. 1175, obs. Laithier.

**27.** Mais, si les parties ont fait « **expressément** » de ce motif « un **élément déterminant de leur consentement** » (art. 1135), ce que la jurisprudence antérieure exprimait à travers l'exigence d'une « stipulation expresse », alors il est rentré dans le champ contractuel pour en devenir l'un de ses éléments et donc l'erreur serait possible (rappel de cette position de principe dans l'arrêt préc. *Com.*, 11 avr. 2012). La seule « connaissance » par le cocontractant du motif de l'errans n'est pas suffisante (**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2001**, *GAJC* tome II n° 149 ; *Bull. civ. I*, n° 31 ; *JCP* 2 001. I. 330, n° 5 s., obs. Rochfeld ; *Def.* 2002. 476, note Robine ; *RTD civ.* 2 001. 352, obs. Mestre et Fages : « *l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ; que c'est donc à bon droit que l'arrêt énonce que l'absence de satisfaction du motif considéré à savoir la recherche d'avantages d'ordre fiscal alors même que ce motif était connu de l'autre partie, ne pouvait entraîner l'annulation du contrat faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigant en condition de ce contrat* ». *Dern.* concernant une opération de défiscalisation : **Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2017**, n° 16-24096, *CCC* 2018, comm. 41, obs. Leveneur ; *JCP* 2018, doct. 331, obs. Serinet).

7. n° 09-66.113, *D.* 2011. 279, note A. Bient-Grosclaude ; *D.* 2011 point de vue 387, obs. Tournafond ; *D.* 2011. 472 obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2011. 63 §4, obs. Serinet.



**28.** Pour les **libéralités**, l'erreur sur les motifs est exceptionnellement admise. Le rajout de cette disposition dans la **réforme** permet de faire perdurer les effets de l'absence de cause maintenant que la notion a disparu. Appréhendée par la jurisprudence comme subjective pour les libéralités (cf. Thème 4, n° 38), l'absence de cause se confondait avec l'erreur, ce qu'a entériné la réforme au nouvel article 1135 al. 2.

#### **b) Erreur sur la valeur**

**29.** L'erreur sur la valeur est celle qui résulte d'une mauvaise évaluation économique de l'objet du contrat. Cette erreur est indifférente comme le rappelle le nouvel article 1136 du Code civil après la jurisprudence. Il ne pourrait en être autrement puisque la lésion est également rejetée par principe dans notre droit (art. 1169, anc. art. 1118 C. civ). Ainsi, ne constitue pas une erreur le fait, pour un particulier, de souscrire à titre de placement une assurance-vie qui s'avère financièrement inintéressante dès lors que le souscripteur a été suffisamment informé (Civ. 2<sup>e</sup>, 8 oct. 2009, n° 08-18 928, *JCP* 2009. 574, n° 12, obs. Serinet ; *RDC*. 2 010. 39 obs. Génicon : la Cour de cassation utilise dans cet arrêt un vocabulaire particulier en considérant que « ne constitue pas une erreur sur la substance du contrat le fait que (la victime) n'ait pas perçu l'économie (du placement) ». La seule hypothèse où l'erreur sur la valeur est admise est lorsque l'erreur sur la valeur prend sa **source dans une erreur sur les qualités essentielles** ; ainsi, la mauvaise évaluation du prix vient du fait qu'une erreur a été commise sur la qualité déterminante de la chose, comme son authenticité (cf. **aff. Poussin**, dernier arrêt de renvoi : Versailles, 7 janv. 1987<sup>8</sup>). Pour un cas atypique, mais un arrêt non publié au bulletin : Com., 12 mars 2008, n° 06-19.204, *RDC* 2008/3 p. 730, obs. Laithier.



#### **A noter**

Plusieurs arrêts ont été rendus par la Chambre commerciale, reconnaissant au franchisé la possibilité d'invoquer « **une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise** », erreur pouvant se rapprocher d'une erreur sur la valeur.

À la suite d'une liquidation judiciaire d'un franchisé, le liquidateur demande la nullité du contrat de franchise et des dommages-intérêts en raison de l'insuffisance de l'information précontractuelle fournie au franchisé. Alors que la cour d'appel rejette la demande au motif principal que le franchisé, professionnel averti, se devait « d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites », son arrêt est cassé au visa de l'art. 1110 : « en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». **Com., 4 oct. 2011**, 2 arrêts, n° 10-23.012 et 10-20.956, D. 2011. 3052, note Dissaux ; D. 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2011. 1350, n° 49, note Serinet.

Par la suite, avec des faits similaires, la Chambre commerciale a approuvé une cour d'appel, « ayant retenu que les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés par (le franchisé), à laquelle il n'est reproché aucune faute de gestion, et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante », d'avoir « fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués et caractérisé le vice du consentement retenu pour prononcer l'annulation du contrat ». **Com., 12 juin 2012**, n° 11-19047, D. 2012. 2079, note Dissaux, *JCP* 2012. 1151, n° 8, obs. Serinet, *RTD civ.* 2012. 724, obs. Fages, D. 2013. 391, obs. Mekki.

8. <sup>D.</sup> 1987. 485, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1988, II, 21121, note J. Ghestin ; *GAJC* tome II n° 147 et 148 ; égal. perte du fonds de commerce d'une société dont les actions sont cédées en baissant ainsi la valeur, Com. 1<sup>er</sup> oct. 1991, D. 1992. 190, note Virassamy ; *JCP* 1992. II. 21860, note Viandier ; *RTD civ.* 1992. 80, obs. Mestre ; *Defrénois* 1992. 578, obs. Le Cannu.



## B. Dol

**30.** La **réforme** du droit des contrats consacre les interprétations extensives de l'ancien article 1116 du Code civil (art. 1137 à 1139). Une attention particulière doit être portée sur l'articulation entre l'obligation précontractuelle d'information et la réticence dolosive qui a donné lieu à une importante modification par la loi de ratification.

### 1) Conditions

#### a) **Élément matériel : manœuvre, mensonge ou dissimulation d'information**

**31.** La réforme du droit des contrats consacre les trois types d'éléments matériels constitutifs du dol que la jurisprudence avait tirés de l'interprétation du seul terme de « manœuvres » issu de l'ancien article 1116 du Code civil (art. 1 137). Si ces éléments ont historiquement été conçus comme des comportements positifs, qu'il s'agisse de **manœuvres** (machinations, mise en scène, artifice. Pour un ex. d'envoi de SMS : Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avr. 2015, n° 14-13.738, *JCP* 2015, doct 808, n° 7, obs. J. Ghestin ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *CCC* 2015, comm. 164, obs. Leveneur) ou de **mensonges**, l'essentiel du contentieux se concentre sur la **réticence dolosive**, fait de garder le silence, admise comme une « manœuvre » depuis 1971 (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 janv. 1971, *Bull. civ.* III, n° 38, *RTD civ.* 1971. 839. Pour un ex. récent : Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, *D.* 2016. 1300, note Grundeler et 2365, obs. Lamazerolles ; *RTD civ.* 2016. 356, obs. Barbier ; *RTD com.* 2016. 817, obs. A. Lecourt ; *D.* 2017. Chron. 375, obs. Mekki ; *RDC* 2016. 652, note Genicon) et désormais consacrée par la **réforme** du droit des contrats au nouvel article 1137 alinéa 2.

**32.** La question des **liens entre l'obligation précontractuelle d'information et la réticence dolosive** se pose de manière nouvelle depuis la réforme du droit des contrats. En effet, **avant la réforme**, la jurisprudence exigeait l'existence préalable d'une obligation d'information précontractuelle pour que sa violation puisse constituer l'élément matériel du dol. Si l'obligation précontractuelle d'information peut très bien exister de manière autonome, sans le dol (*cf. supra* n° 3 s.), la réticence dolosive ne pouvait exister sans obligation d'information (pour un rappel : Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 2012, n° 11-23869, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki : dès lors que les acheteurs pouvaient avoir connaissance des faits par eux-mêmes et accéder à l'information en étant « normalement vigilants », « les vendeurs n'étaient pas tenus d'une obligation particulière d'information et aucune réticence dolosive ne pouvait leur être reprochée ». *Eg.* Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2009, n° 08-13480, *D.* 2 010. 230 obs. Amrani-Mekki, *RDC* 2009. 1337 obs. Laithier : ne commet pas de réticence dolosive le bailleur qui, n'étant tenu d'aucune obligation légale d'information, n'explique pas au preneur le sens et la portée d'un article du Code civil applicable au contrat. Pour un ex. plus récent d'information accessible à la victime sans que l'arrêt évoque spécifiquement l'obligation d'information : **Civ. 3<sup>e</sup>, 16 sept. 2015, n° 14-11912, D. 2016. 566, obs. M. Mekki ; Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 32, obs. D. Houtcieff ; LEDC nov. 2015, p. 4, obs. M. Latina**). L'illustration de cette affirmation se manifestait particulièrement dans le célèbre contentieux **Baldus** de l'erreur du vendeur sur la valeur de son bien et la question du dol de l'acheteur puisque le juge refusait de reconnaître l'existence d'une réticence dolosive au motif qu'« aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000**<sup>9</sup> ; **Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 2007**<sup>10</sup>. *Cf. supra* n° 6).

**33. Avec la réforme** issue de l'ordonnance et le nouvel article 1137 alinéa 2 (« Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie »), il peut y avoir **réticence dolosive indépendamment de l'existence d'une obligation d'information**, comme le souligne le « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des

9. n° 98-11381, *Bull. civ.* I, n° 131 ; *D.* 2002. Somm. 928, obs. Tournafond (1<sup>re</sup> esp.) ; *JCP* 2000. I. 272, n° 1 s., obs. Loiseau ; *JCP* 2001. II. 10510, note Jamin ; *Deffrénois* 2000. 1110, obs. Mazeaud ; *ibid.* 1114, obs. Delebecque ; *CCC.* 2000, n° 140, note Leveneur ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. Mestre et Fages.

10. *GAJC* tome II n° 151, *D.* 2007. 1051, note Mazeaud et 1054, note Stoffel-Munck ; *JCP* 2007. II. 10042, note Jamin ; *Deffrénois* 2007. 443, obs. Savaux ; *CCC.* 2007, n° 117, obs. Leveneur.



contrats, du régime général et de la preuve des obligations » (Texte n° 25, JORF n° 0035 du 11 février 2016). Certes, la violation d'une obligation d'information peut constituer une réticence dolosive dès lors que toutes les conditions du dol sont remplies (art. 1112-1 alinéa 6. *Cf. supra* n° 9), mais elle n'est plus nécessaire. En effet, suivant les recommandations de M. Ghestin<sup>11</sup>, il suffit qu'il y ait **dissimulation intentionnelle d'une information déterminante**. Ainsi, en matière de dol, l'intention de tromper l'emporte sur l'exigence d'une éventuelle ignorance légitime de l'information par la victime, condition nécessaire à la constitution d'une obligation d'information (*cf. supra* n° 5) : même si la victime avait pu s'informer, même si l'information lui était accessible, le fait qu'une information déterminante lui ait été dissimulée intentionnellement, devrait désormais suffire à constituer une réticence dolosive.



### À noter

2 arrêts rendus par la chambre commerciale témoignent de la difficulté d'appréhension de la connaissance ou de l'accessibilité de l'information pour la victime du dol.

Un arrêt du 8 mars 2016 semble rendre inopérant le caractère illégitime de l'ignorance de la victime au motif du caractère excusable de l'erreur provoquée par un dol : alors qu'une cour d'appel refuse d'annuler pour réticence dolosive l'achat d'un appareil d'épilation à lumière pulsée à un kinésithérapeute qui n'apprend que plus tard la réglementation réservant l'usage de cet appareil aux médecins au motif qu'il lui appartenait de connaître les activités autorisées et non autorisées à sa profession, la chambre commerciale cassa l'arrêt au visa de l'art. 1116 : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » et « la circonstance que (l'acheteur) aurait dû savoir, en tant que professionnel, qu'il n'était pas autorisé à utiliser la lumière pulsée n'excluait pas l'existence d'un dol ». **Com. 8 mars 2016**, n° 14-23.135, RTD civ. 2016. 612, obs. H. Barbier, D. 2017. Chron. 375, obs. Mekki.

Alors qu'un arrêt du 8 novembre 2016 justifie la nullité par le caractère inaccessible de l'information pour la victime du dol, et donc le caractère légitime de l'ignorance : après la mise en liquidation d'une société mère et de sa filiale, le cessionnaire de parts sociales, associé de l'une d'entre elles, invoque la réticence dolosive pour ne pas avoir été informé par les cédants de la situation financière réelle du groupe, alors que les cédants rétorquent le caractère accessible de l'information pour un associé. La chambre commerciale rejette le pourvoi contre l'arrêt qui avait prononcé la nullité au motif que le cessionnaire « ne pouvait accéder par lui-même aux informations indispensables à un consentement éclairé ». **Com., 8 nov. 2016**, n° 14-29.884 ; Gaz. Pal. 3 janv. 2017, p. 27, obs. D. Houtcieff ; D. 2017 chron. 375, obs. Mekki.



### Actualité

Cette nouvelle définition de la réticence dolosive pouvait conduire à ce que des faits similaires à la jurisprudence Baldus entraînent la nullité du contrat pour dol, d'autant que l'erreur résultant d'un dol est toujours excusable<sup>12</sup> même si elle porte sur une erreur indifférente comme la valeur (art. 1139), ce qui contredisait le Rapport remis au Président de la République affirmant consacrer la jurisprudence Baldus.

Ce débat était l'un des plus vifs au cours des **discussions lors de la ratification de l'ordonnance**. Le Sénat souhaitait revenir au droit antérieur en subordonnant la réticence dolosive à la violation d'une obligation d'information, ce que refusait l'Assemblée nationale. Un compromis fut trouvé en excluant du dol le défaut d'information portant sur « l'estimation de la valeur ». Ainsi est ajouté par

11. J. Ghestin (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, LPA n° spécial, n° 176-177, 3-4 sept. 2015.

12. Sur les incohérences de la jurisprudence antérieure, *cf.* articles de J. Mouly (D. 2012. 1346) et J. Ghestin en réponse (JCP 2012. 812).



la loi de ratification un **3<sup>e</sup> alinéa à l'art. 1137** : « **Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation** ».

Cette nouvelle disposition risque d'apporter de la confusion dès lors qu'elle doit se combiner avec l'art. 1139 qui admet l'erreur « sur la valeur de la prestation ». Des distinctions subtiles seront donc nécessaires entre le défaut d'information sur l'estimation de la valeur et l'erreur sur la valeur, ou entre l'estimation de la valeur et la valeur elle-même...

### **b) Intention de l'auteur**

**34.** La victime doit prouver que par ses manœuvres dolosives l'auteur a voulu délibérément le tromper ; il ne peut s'agir d'une simple négligence. Le nouvel article 1137 ne mentionne expressément l'intention que pour la réticence dolosive (al. 2) mais on peut considérer qu'elle est implicitement comprise dans la notion de « manœuvres » et de « mensonges » (al. 1). Cette exigence est constante dans la jurisprudence (not. **Com 9 fév. 2016**, n° 14-23210, D. 2016. 420 : « *Ne constitue pas un dol le seul manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde* » ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2015**, n° 14-18.486 et 14-19.786, CCC 2015, comm. 268, obs. Raymond : « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* » ; Com. 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2005. Pan. 2838 obs. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2005. 591 obs. Mestre et Fages). Cependant, la Cour de cassation a pu parfois être assez souple dans la preuve de cette intention, se contentant de la seule preuve d'une déloyauté contraire à l'exigence de bonne foi (**Com., 7 févr. 2012**, n° 11-10.487, D. 2012. 918, note. Couret et Dondero ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 1991<sup>13</sup>).

### **c) Auteur des manœuvres**

**35.** L'auteur des manœuvres doit être le **cocontractant de la victime** (origine délictuelle historique du dol), auquel la jurisprudence, puis désormais le nouvel article 1138 alinéa 1<sup>er</sup>, assimile le « **représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant** ». Le dol ne peut émaner d'un tiers au contrat, ce qui soulève des difficultés lorsqu'il s'agit de situations contractuelles où interviennent plusieurs acteurs, comme le contrat de cautionnement ou le crédit-bail (pour la reconnaissance d'un dol du fournisseur à l'égard du crédit-preneur en l'absence de lien contractuel entre eux : **Com., 21 sept. 2017**, n° 16-15542, CCC 2017, comm. 237, obs. Leveneur). La réforme s'en tient à la jurisprudence antérieure en ne permettant le dol du tiers qu'en cas de « connivence » avec le cocontractant (nouv. art. 1138 al. 2).



#### **À noter**

Le dol a été admis par la Cour de cassation alors que son auteur était un « intermédiaire » ayant démarché la victime pour la conclusion de contrats de location de matériel informatique. La cour d'appel ayant rejeté la demande de nullité du contrat considérant que le dol émanait d'un tiers, son arrêt a été cassé par la Cour de cassation au visa de l'article 1116 : « en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la société Groupe Xalis (intermédiaire) avait démarché M. X... et lui avait fait signer des bons de commande aux fins de la location auprès de la société Atlance France (contractant) de matériels informatiques qu'elle fournissait et dont elle assurait la maintenance, ce dont il résultait que la société Xalis n'était pas tiers à cette relation contractuelle » (**Com, 23 sept 2014**, n° 12-19541 : RDC 2015. 221, note Genicon).

La nouvelle rédaction de l'article 1138 obligera désormais le juge à préciser si l'intermédiaire non mandataire est un « représentant » ou s'il s'agit d'un « tiers de connivence ».

13. Bull. civ. I, n° 108, CCC. 1991 n° 133 obs. Leveneur ; Defrénois 1991. 1265 obs. Aubert. – Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1995, n° 92-17.907





## Actualité

Illustration d'un dol faisant intervenir 3 personnes dans le cadre d'une fourniture de matériels de reprographie et de maintenance par une société et financés par une location avec option d'achat auprès d'une autre société. Les manœuvres dolosives de la première ont permis l'annulation du deuxième contrat du fait que l'auteur des manœuvres représentait la deuxième société : **Com., 6 sept 2016**, n° 14-25.259, AJ Contrat 2016. 488.

Par ailleurs, un arrêt récent a apporté une précision intéressante quant au dol du représentant. En effet, la troisième chambre civile a décidé que « *les manœuvres dolosives du représentant du vendeur, qui n'est pas un tiers au contrat, engagent la responsabilité de celui-ci* » (Civ. 3<sup>e</sup>, 5 juil. 2018, n° 17-20121, PB).

### d) Erreur déterminante de la victime

**36.** La jurisprudence antérieure à la réforme a toujours considéré que les manœuvres dolosives devaient avoir provoqué une **erreur** chez la victime, et non une simple pression ou violence morale. La nouvelle définition du dol à l'article 1137 alinéa 1 du Code civil ne fait pas mention d'une erreur et se contente de préciser que le dol est « le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges ». L'erreur de la victime n'est mentionnée qu'à l'article 1139 sans que soit précisé si elle est nécessaire à la constitution du dol. Il faudra donc attendre l'interprétation de ces nouveaux textes par la jurisprudence pour savoir si les positions antérieures sont maintenues. À la différence de l'erreur sur les prestations essentielles, l'erreur en matière de dol peut porter sur **n'importe quel objet** sans aucune restriction, erreurs sur les **motifs** (ex d'erreur sur la rentabilité fiscale d'une opération immobilière provoquée par des informations mensongères : **Civ. 3<sup>e</sup>, 12 oct. 2017**, n° 16-23362, CCC 2018, comm. 5 ; D. 2018. 371, obs. Mekki) ou la **valeur** ne sont pas en soi des obstacles, conformément à la jurisprudence antérieure (art. 1139). Conformément à la jurisprudence (**Com. 8 mars 2016**, n° 14-23.135, inédit, RTD civ. 2016. 612, obs. H. Barbier, D. 2017. Chron. 375, obs. Mekki ; **Civ. 3<sup>e</sup>, 9 juill. 2013**, n° 12-13.327, JCP 2014. 1115, obs. Ghestin), le nouvel article 1139 précise que le caractère excusable de l'erreur est indifférent sur le terrain du dol.

**37.** L'erreur doit être **déterminante** du consentement, c'est-à-dire que sans ces manœuvres, la victime n'aurait pas contracté. Cette exigence est désormais mentionnée de manière générale aux trois vices du consentement à l'article 1130 (pour un rappel jurisprudentiel : Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2015, n° 14-18486 et 14-19786, CCC 2015, comm. 268, obs. Raymond ; Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avr. 2015, n° 14-13738, JCP 2015, doct 808, n° 7, obs. J. Ghestin ; D. 2016. 566, obs. M. Mekki ; CCC 2015, comm. 164, obs. Leveneur. Pour un caractère déterminant découlant de la violation de la loi : **Civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2017**, n° 16-12004, GP 10 avril 2018, note Houtcieff). La nouvelle rédaction de cette exigence supprime toute distinction<sup>14</sup> entre ce que l'on appelait classiquement le **dol incident** (celui qui aurait conduit la victime à contracter différemment) et le **dol principal** (celui qui l'aurait conduit à ne pas contracter du tout), distinction que la jurisprudence contemporaine ne semblait plus faire (Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2005, *Bull. civ. III*, n° 137, CCC. 2005 com. n° 186 obs. Leveneur ; RDC 2005. 1025 obs. Stoffel-Munck : « *la cour d'appel, qui a souverainement retenu que ces éléments étaient déterminants pour l'acquéreur qui devait être mis à même d'apprécier la rentabilité d'une opération et aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation exacte, en a exactement déduit que les réticences dolosives imputables à la société Simco entraînaient la nullité de la vente* ». Le pourvoi invoquait l'existence d'un dol incident empêchant la nullité. Rejet. Voir ég. Com., 30 mars 2016, n° 14-11684, D. 2016. 1300, note Grundeler et 2365, obs. Lamazerolles ; RTD civ. 2016. 356, obs. Barbier ; RTD com. 2016. 817, obs. A. Lecourt ; D. 2017. Chron. 375, obs. Mekki ; RDC 2016. 652, note Genicon ; Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2011, n° 10-10.503, D. 2011. 946 ; D. 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki

14. Il faut cependant relever que l'article 1130 exige des conditions « substantiellement » différentes pour qu'il y ait vice du consentement, ce qui exclut des conditions simplement différentes.





et Mekki ; *JCP* 2011. 566 n° 10 obs. Ghestin). (Sur le lien de cette question avec la sanction du dol par la seule responsabilité civile, cf. article de D. Bakouche, *JCP* 2012. 851).

## 2) Sanctions

**38.** Si le dol est sanctionné par la **nullité** relative du contrat (nouv. art. 1131. Cf. *infra* pour son régime Thème 6), il peut également l'être par une simple réduction de prix ou par la seule mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle de l'auteur du dol. Ces sanctions ne tendant pas aux mêmes fins, la victime a intérêt à toutes les invoquer dès la première instance afin de ne pas se voir opposer la nouveauté des demandes en appel (pour un refus d'une demande de dommages-intérêts en appel : Com. 30 juin 2015, n° 14-14704, *RTDciv.* 2015. 867, obs. H. Barbier).

**39.** Concernant la **réduction de prix**, d'abord, il s'agit là d'une spécificité du dol qui s'est affirmée peu à peu en jurisprudence (Com., 14 mars 1972, n° 70-12659, *Bull. civ.* IV, n° 90, *D.* 1972. 653, note Ghestin ; *Defrénois* 1973, art. 30293, p. 446, obs. Aubert), et dont les liens avec la responsabilité civile ne sont pas très clairs (en effet, on peut considérer que les dommages-intérêts obtenus sur le fondement de la responsabilité reviennent à une réduction de prix. Sur ces liens et interrogations, cf. Genicon, *RDC.* 2012. 1180). Bien que cette sanction n'ait pas été reprise par le texte de réforme, rien n'indique qu'elle ne devrait pas perdurer.



### À noter

Deux arrêts contemporains ont eu trait à la réduction du prix pour dol.

– **Civ. 3<sup>e</sup>, 6 juin 2012**, n° 11-15973, *RDC.* 2012. 1180, note Genicon : un acquéreur peut invoquer le dol pour conclure seulement à une réduction de prix ; en conséquence, viole l'article 1116 du Code civil, une cour d'appel qui, pour rejeter une demande en réduction du prix de la cession, retient que ce type de dédommagement est le privilège de l'action estimatoire.

– **Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janv. 2012**, n° 10-23141, *JCP* 2012. 442, note Serinet et Ghestin. Il s'agissait en l'espèce d'acheteurs souhaitant obtenir la nullité de l'achat de leur maison qui s'est avérée en zone inondable. Déboutés de manière irrévocable de leur demande en nullité pour réticence dolosive, ils décidèrent d'introduire une nouvelle action « en réduction du prix de la vente » pour réticence dolosive. L'arrêt d'appel déclarant cette deuxième demande irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt précédent, fut cassé au visa de l'art. 1351 du c. civ. aux motifs que « la demande en nullité de la vente pour dol et la demande en réduction du prix de la vente par les victimes de ce dol n'ont pas le même objet ».

**40.** L'actualité se concentre ces dernières années sur la **responsabilité civile pour dol** (pour un ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 2009, n° 08-14.563 : dans une vente d'immeuble, le vendeur n'informe pas l'acheteur que l'immeuble n'est pas raccordé au réseau d'assainissement et l'acheteur obtient des dommages-intérêts sur le fondement du dol). Celle-ci peut être engagée en plus de la nullité dès lors qu'un préjudice distinct est invoqué (par ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 9 juill. 2013, n° 12-13.327, *JCP* 2014. 115, obs. Ghestin). Lorsqu'elle est engagée à la place de la nullité du contrat, son régime soulève plusieurs difficultés du fait de son articulation avec un vice du consentement, et notamment ses conditions, son préjudice réparable et la prescription de l'action, autant de points sur lesquels la réforme n'apporte aucun élément. Dès lors que ce sont des dommages-intérêts qui sont demandés par la victime, la première question est de savoir si la victime doit prouver les conditions du dol, et notamment son caractère intentionnel, ou celles de la responsabilité civile. La réponse n'est plus évidente depuis un arrêt de la chambre commerciale qui semble diverger de la 1<sup>re</sup> chambre civile.



### À noter

Quant aux **conditions à établir**, lorsqu'est demandée la seule mise en jeu de la responsabilité civile, la **1<sup>re</sup> chambre civile** considère que les conditions de l'article 1116 ne sont pas nécessaires et que ce sont celles de la faute, sur le terrain délictuel, qui doivent être réunies. Dès lors, lorsque



la responsabilité civile délictuelle de l'auteur du dol est engagée pour non-respect d'une obligation d'information, la preuve du caractère intentionnel du dol n'est pas nécessaire (**Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2008**, n° 07-13.487, *Bull. civ.* 2008, I, n° 154 ; *RTD civ.* 2008. 476, obs. B. Fages ; *JCP* 2008. I. 218, n° 6 obs. Labarthe ; *RDC* 2008. 1118, obs. Mazeaud : « la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande tendant à l'annulation de la vente, a pu, sans avoir à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel de la réticence qu'elle constatait et qui s'analysait aussi en un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur, allouer des dommages-intérêts à l'acquéreur en réparation de son préjudice »).

Cependant, la chambre commerciale a exigé par la suite la preuve du caractère intentionnel pour obtenir des dommages et intérêts sur le fondement exclusif du dol (**Com., 7 juin 2011**, n° 10-13.622, *D.* 2011. 2579, note Cartier-Frénois, *RDC.* 2011. 1148, obs. Laithier ; *CCC.* 2011 com. 208 obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2011. 533 obs. Fages : « ayant souverainement estimé qu'il n'était établi ni l'intention du (cédant) de tromper (le cessionnaire) ni le caractère déterminant de l'information litigieuse sur les conditions de la vente, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande, exclusivement fondée sur le dol, devait être rejetée »).

**41.** Concernant le **préjudice réparable** à la suite de la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur d'une réticence dolosive, la chambre commerciale a considéré par un arrêt du 10 juill. 2012 qu'il devait s'apprécier en prenant en compte le fait que la nullité avait ou non été demandée. Si la victime du dol se contente de demander des dommages-intérêts sans la nullité du contrat, ce serait la preuve, d'après la chambre commerciale, que la victime aurait tout de même contracté mais simplement à d'autres conditions plus avantageuses ; dès lors, seul ce préjudice serait réparable. Ne serait donc pas réparable le préjudice consistant en la perte d'une chance de ne pas avoir contracté et d'avoir pu réaliser une meilleure opération ailleurs. Cependant, cet arrêt semble avoir été remis en cause par un arrêt du 21 juin 2016.



#### À noter

Donnant lieu à des commentaires très contrastés, cet arrêt a été rendu à propos d'une cession d'actions au cours de laquelle le cessionnaire a été victime d'une réticence dolosive par le cédant qui lui a caché, lors des négociations, une information déterminante. Préférant exclusivement agir en responsabilité, le cessionnaire invoquait comme préjudice la perte d'une chance d'avoir pu réaliser un autre investissement avec un autre contractant, ce qu'a admis la cour d'appel. L'arrêt fut cassé au visa des art. 1116 et 1382 du c. civ. : « en statuant ainsi, alors que (le cessionnaire) ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». **Com., 10 juill. 2012**, n° 11-21954, *D.* 2012. 2772, note Caffin-Moi, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki, *RTD civ.* 2012. 725, obs. Fages, et 732, obs. Jourdain, *JCP* 2012. 1151, n° 9, obs. Ghestin (crit.), *Bull. Joly* 2012. 767, note Stoffel-Munck, *LPA* 11 oct. 2012 n° 285 p. 17, note Houtcieff (arrêt rendu sur renvoi après cassation de Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2010, n° 09-12895, *RTD civ.* 2010. 322, obs. Fages).



#### Actualité

Par un arrêt du 21 juin 2016 la chambre commerciale semblait être revenue à la jurisprudence antérieure à 2012, c'est-à-dire la possibilité pour la victime du dol de demander la réparation de la perte de chance non seulement d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses mais également de ne pas contracter, et donc d'avoir pu contracter un autre contrat avec un tiers : « [Le cessionnaire] ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol dont [il] avait été victime, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, ou de ne pas contracter ». **Com., 21 juin 2016**,



n° 14-29.874, AJ Contrat 2016. 386 obs. Bories, Rev. sociétés 2016. 730, note Heinich ; RTDciv. 2016. 847, obs. Barbier ; RTDcom. 2016. 767, note. Lecourt.

S'agissait-il d'un revirement de jurisprudence ? Il convenait de rester prudent pour deux raisons : d'abord parce qu'il s'agissait d'un arrêt non publié, et d'autre part parce que l'arrêt continuait à mentionner l'absence de demande en nullité comme si elle jouait un rôle sur le préjudice réparable.

Plus récemment, plusieurs arrêts inédits sont venus confirmer la jurisprudence Parsys de 2012. La chambre commerciale a ainsi décidé à deux reprises au visa des articles 1116 et 1382 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, qu' « ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol dont elle avait été victime, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses » (**Com., 5 juin 2019, n° 16-10391, inédit** ; Cass. com., 18 déc. 2019, n° 17-22544, inédit).

**42.** S'agissant d'une action en responsabilité, même fondée sur le dol, la **prescription** de l'action n'a pas à se fonder sur l'ancien article 1304 du Code civil, propre à la nullité, mais sur le régime de la prescription de droit commun de la responsabilité délictuelle (**Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2008**, n° 07-18.108, JCP 2008. II. 10205, note Sigouirt ; JCP 2008. I. 218 n° 6 obs. Labarthe ; CCC. 2008 n° 11 ; LPA 2008 n° 162 p. 19, note Burgard : au visa de l'article 1382, « le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice par la victime des manœuvres dolosives d'une action en responsabilité délictuelle, non soumise à la prescription quinquennale, pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi »).

### C. Violence

**43.** En raison de ses conditions très strictes et des difficultés de preuve, la violence est le vice le moins utilisé dans le contentieux, ce qui en a limité son évolution par rapport aux autres. La **réforme** du droit des contrats n'a pas modifié les conditions générales du vice de violence, se contentant de les clarifier à la lumière de la jurisprudence (art. 1140 à 1142), mais a considérablement innové en introduisant l'abus de dépendance que la loi de ratification a modifié (art. 1143).

#### 1) Vice général de violence

##### a) Existence d'une contrainte

**44.** Le nouvel article 1140 rappelle les conditions pour qu'il y ait violence dont la première est l'existence d'une « contrainte ». Trois types de contraintes sont envisageables.

- La première est la contrainte **physique**, mais elle est très rare en pratique.
- La deuxième est la contrainte **morale** qui trouvait peu d'applications jusqu'à présent (*cf.* not. les pressions psychologiques exercées sur une femme séparée de son époux avec enfants à charge, qui avait vendu sa maison à une secte : Civ. 3<sup>e</sup>, 13 janv. 1999<sup>15</sup>) mais dont le contentieux se trouve renouvelé par les conventions de rupture conventionnelle entre salarié et employeur pour lesquelles le juge constate une violence morale en raison d'un harcèlement moral au moment de la conclusion de l'accord (Soc., 12 fév. 2014, n° 12-29208, JCP 2014. Doctr. 699, obs. G. Loiseau ; Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22.332 et Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, JCP 2013. 974, obs. Loiseau).
- Enfin, le troisième type de contrainte est celui qui a été le plus récemment admis : la **contrainte économique**, qui était refusée jusqu'à récemment, en raison du fait qu'elle impliquait la reconnaissance de circonstances extérieures à la violation, en dehors de tout comportement physique, ce que les auteurs

15. *Bull. civ.* III, n° 11 ; *Deffrénois* 1999 art. 37008 n° 42, obs. Ph. Delebecque ; CCC. 1999 n° 54 obs. L. Leveneur ; JCP 1999. I. 143 n° 1 obs. G. Loiseau ; *RTD civ.* 1999. 381 obs. J. Mestre ; *D.* 2000. 76 note C. Willmann.



refusaient en raison de l'origine délictuelle romaine de ce vice. Elle fut admise à partir des années 2000, mais avec des conditions suffisamment strictes pour en limiter son application (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169 ; *D.* 2000. 879, note Chazal ; *D.* 2001. Somm. 1140, obs. Mazeaud ; *JCP* 2001. II. 10461, note Loiseau ; *Defrénois* 2000. 1124, obs. Delebecque ; *CCC.* 2000, n° 142, note Leveneur ; *RTD civ.* 2000. 827, obs. Mestre et Fages, qui a admis pour la première fois que la violence « peut comprendre la contrainte économique ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002** <sup>16</sup>). Le contentieux fondé sur une contrainte économique devrait désormais se déplacer vers **l'abus de dépendance**.



### À noter

Dans l'arrêt rendu le **3 avril 2002**, il s'agissait d'une salariée d'un éditeur qui avait reconnu par convention la propriété de son employeur sur tous les droits d'exploitation d'un dictionnaire auquel elle avait participé activement. Étant licenciée 12 ans plus tard, elle assigne son ancien employeur en nullité de la cession de ses droits pour violence, considérant qu'elle avait craint d'être licenciée à l'époque. La cour d'appel annule la convention car son statut salarial la plaçait dans une situation de dépendance économique par rapport à la société, la contraignant d'accepter la convention sans pouvoir en réfuter les termes qu'elle estimait contraires à ses intérêts.

Cassation au visa de l'art. 1112 C. civ : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ». La cour d'appel aurait dû constater, « *que lors de la cession, l'employée était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre* ».

Si l'attendu de principe laisse entendre une avancée, le refus de considérer une telle violence en l'espèce démontrait que la preuve était très difficile, voire impossible.

La jurisprudence est suffisamment rare sur le fondement de la violence économique pour que deux arrêts soient mentionnés, l'un reconnaissant l'existence d'une violence (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 2015, n° 14-10920, *JCP* 2015, doct. 808, n° 8, obs. Loiseau ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *RTD civ.* 2015. 371, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015. 445, note Savaux), l'autre la refusant (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 fév. 2015, n° 13-28278, *JCP* 2015, doct. 808, n° 8, obs. Loiseau ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *RTD civ.* 2015. 371, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015. 445, note Savaux).

Dans la première affaire, la société Bouygues a été reconnue en état de dépendance économique et ayant dû accepter sous la menace illégitime d'un recours en annulation d'un permis de construire d'une autre société, une transaction manifestement déséquilibrée qui a été annulée.

Dans la seconde affaire, la violence n'est pas constituée en raison de l'absence d'état de dépendance économique du courtier victime du fait de sa position éminente sur le marché et de sa facilité à contracter avec d'autres partenaires.



### Actualité

Par un arrêt du 9 juillet 2019, la chambre commerciale est venue rappeler que la caractérisation de la violence économique suppose que la présumée victime du vice de violence soit placée dans une situation de dépendance économique à l'égard de l'auteur de la menace alléguée (n° 18-12680, inédit). En l'espèce, il aurait donc fallu « préciser en quoi [pour la compagnie aérienne] le risque de devoir retarder l'exploitation d'un seul avion, le temps de trouver un prestataire de maintenance pour sa prise en charge, l'aurait conduite à rompre ses contrats et aurait eu des conséquences économiques telles qu'il aurait placé la compagnie Transavia dans une situation de dépendance à l'égard de la société [de maintenance] la contraignant à signer l'avenant ».

16. *Bull. civ. I*, n° 108 ; *D.* 2002. 1860, note Gridel et note Chazal ; *ibid.* Somm. 2844, obs. Mazeaud ; *JCP* 2002. I. 184, n° 6 s., obs. Virassamy ; *Def.* 2002. 1246, obs. Savaux ; *CCC.* 2002, n° 121, obs. Leveneur ; *Dr. et patr.* sept. 2002, p. 26, étude Loiseau ; *RTD civ.* 2002. 502, obs. Mestre et Fages.



45. **L'auteur** de cette contrainte peut être le cocontractant de la victime mais également un tiers, comme le rappelle le nouvel art. 1142, à la différence du dol.

#### **b) Caractère illégitime de la contrainte**

46. Si cette condition est traditionnelle, elle n'apparaît qu'indirectement dans l'article 1140 à travers l'exigence d'une « pression » exercée par son auteur. Elle s'illustre également par l'article 1141 qui consacre les positions jurisprudentielles antérieures sur la menace d'une voie de droit qui ne constitue une violence que lorsqu'elle est « détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif ».

47. Par ailleurs, dans le cas particulier de la violence économique, l'arrêt de 2002 caractérisait l'illégitimité à travers la notion d'abus de l'exploitation d'une situation de dépendance économique, que l'on retrouve désormais dans l'abus de l'état de dépendance du nouvel article 1143, et qui n'est pas sans rappeler l'abus de position dominante du droit de la concurrence (art. L. 420-2 C. com.).

#### **c) Crainte déterminante d'un mal considérable**

48. C'est la crainte, suscitée par la contrainte, qui vicie le consentement (nouv. art. 1140). Cette crainte doit être suffisamment intense pour qu'elle incite la victime à contracter : sans la crainte, le contrat n'aurait pas été conclu ou l'aurait été à d'autres conditions (art. 1130).

### **2) Vice particulier de l'abus de dépendance**

49. Après différentes versions des projets et avant-projets, et à l'instar des projets européens (PDEC, art. 4 : 109 ; DCFR, art. II-7 : 207 ; DCEV, art. 51), la réforme du droit des contrats consacre l'abus de dépendance, l'une de ses dispositions les plus discutées et controversées (art. 1143). Le choix a été finalement fait de le rattacher aux vices du consentement (*cf.* Projet Catala, art. 1114-3) et non à la lésion (*cf.* Projet Terré, art. 66). Ainsi rattaché, se pose la question du **caractère autonome** de cette disposition par rapport aux conditions générales de la violence : ce texte se suffit-il à lui-même ou faut-il y lire les différentes conditions du vice de violence ? Bien que la rédaction du texte laisse entendre son autonomie, la controverse demeure<sup>17</sup> avec pour conséquence une appréhension différente des conditions de l'état de dépendance. Inspirée de la jurisprudence de 2002, la rédaction de l'article 1143 conduit à reconnaître deux grandes conditions : un état de dépendance et un abus.

#### **a) État de dépendance**

50. Cette notion a déjà fait l'objet d'une modification par la loi de ratification afin de la restreindre. En effet, l'article 1143 issu de l'ordonnance exigeait simplement un « état de dépendance » du contractant, rendant la notion très générale et non limitée à la seule **dépendance économique** : si celle-ci est incluse, déplaçant ainsi le contentieux relatif à la violence économique, elle la dépassait largement en intégrant d'autres **types de vulnérabilité** (morale, psychique, etc.), comme le soulignait d'ailleurs le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance de réforme, d'autant plus que le texte n'imposait pas que la dépendance soit entre les contractants. C'est ce qu'a modifié la loi de ratification à l'initiative du Sénat. Alors que le Sénat souhaitait initialement limiter la dépendance à une dépendance économique, un compromis fut trouvé en limitant la dépendance à celle des contractants entre eux afin d'exclure toute dépendance intrinsèque propre au contractant. L'état de dépendance du nouvel art. 1143 est alors celui « dans lequel se trouve son cocontractant **à son égard** ».



#### **Attention**

Cette restriction de l'état de dépendance à celle résultant du seul rapport entre les parties est **interprétative** et donc rétroactive (loi de ratification, art. 16).

17. *Cf.* H. Barbier, La violence par abus de dépendance, JCP 2016, 421 (contre l'autonomie) ; O. Deshayes, La formation des contrats, *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? ; RDC 2016/Hors série, p. 21 (pour l'autonomie).





### À noter

2 arrêts ont été rendus dernièrement sur le fondement de la violence antérieurement à la réforme mais en semblant faire une application anticipée de l'abus de dépendance dans les conditions appliquées, sans cependant les nommer :

– **Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 2016**, n° 15-12.454, AJDI 2016. 539 ; LPA, 19 oct. 2016, n° 209, p. 6, note S. Lequette ; D. 2017. Chron. 375, obs. Mekki : annulation d'une vente immobilière pour la violence psychologique exercée par le concubin sur la vendeuse particulièrement fragile et à un prix inférieur à la valeur du bien permettant une vente apparemment rapide dont a profité le concubin.

– **Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2016**, n° 15-18.386 : annulation pour violence d'une promesse de vente « très défavorable » aux intérêts des acheteurs « aux revenus très limités » avec « trois enfants à charge », « en raison des menaces circonstanciées et réitérées de procédures judiciaires » du vendeur avocat à leur égard.

A signaler également une réforme en cours de la notion d'abus de dépendance économique de l'article L. 420-2 du code de commerce, à la suite d'une proposition de loi adoptée en 1<sup>re</sup> lecture à l'assemblée nationale le 28 avril 2016. La réforme vise à définir la notion de dépendance économique, ce qui pourrait influencer, si elle était adoptée, l'interprétation à terme de l'article 1143 du Code civil (cf. D. 2016. 1304 ou JCP 2016, doct. 733).

### b) Abus

**51.** Le texte exige « qu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Faute d'une rédaction claire, la question se pose de **l'articulation entre l'abus et ses effets** que sont le fait de **souscrire un engagement que la victime n'aurait pas souscrit autrement** (effet déterminant de l'article 1130) et **l'avantage manifestement excessif** que l'auteur en retire. Deux interprétations sont possibles. Soit ces deux effets constituent la manifestation de l'abus et donc la preuve de ceux-là suffirait à établir celui-ci<sup>18</sup>, interprétation conduisant à autonomiser ce vice par rapport au vice général de violence. Soit l'abus et ses effets constituent des conditions autonomes, le premier devant être établi en prouvant l'existence d'une « pression », comme l'exige la définition générale du vice de violence à l'article 1140<sup>19</sup>. Au regard du Rapport au Président de la République, la volonté du gouvernement semble avoir été en faveur de la première interprétation (cf. p. 14)<sup>20</sup>.

**52.** Autonome ou pas, l'« **avantage manifestement excessif** » est à établir par la victime, qui fait écho au « mal considérable » de l'article 1140. Cette condition a été ajoutée après la consultation publique pour « répondre aux craintes des entreprises », ce qui rapproche ce vice d'une lésion qualifiée, comme le faisait le projet Terré (cf. Thème 5 n° 7 s.). Si cette notion rappelle le « déséquilibre significatif » des droits et obligations d'un contrat (cf. Thème 5 n° 16), elle s'avère bien plus large.

**53.** Enfin, l'article précise que **l'auteur** de l'abus, qui retire l'avantage excessif, doit être le cocontractant de la personne en état de dépendance et ne saurait être un tiers, à la différence du vice général de violence.

18. Cf. O. Deshayes, La formation des contrats, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? ; RDC 2016/Hors série, p. 21.

19. Cf. H. Barbier, La violence par abus de dépendance, JCP 2016, 421.

20. « Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de l'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 ».





## Mémo

Le Code civil protège le consentement, une fois le contrat conclu, à travers les vices du consentement, permettant de demander la nullité du contrat. La **réforme** du droit des contrats a, d'une part, **consolidé** les apports jurisprudentiels, et, d'autre part, **innové** essentiellement par l'abus de dépendance.

L'**erreur** est une fausse représentation de la réalité, qui peut porter sur un **fait** ou sur le **droit**.

Elle porte sur les **qualités essentielles** et **déterminantes** de la **prestation** ou de la **personne** du cocontractant.

- le caractère déterminant s'apprécie *in concreto* ;
- les qualités essentielles doivent être rentrées dans le champ contractuel ;
- l'erreur doit être **excusable**.

Certaines erreurs sont **indifférentes** :

- l'erreur sur les **motifs**, à moins que les parties les aient fait expressément rentrer dans le champ contractuel ;
- l'erreur sur la **valeur**, à moins qu'elle ne prenne sa source dans une erreur sur les prestations essentielles.

Le **dol** vise à sanctionner la tromperie dès lors qu'elle est source d'erreur déterminante :

- par des actes positifs à travers des **manœuvres** ou des **mensonges**,
- ou des actes négatifs à travers la **dissimulation d'une information déterminante**, constituant aujourd'hui l'essentiel du contentieux. La nouvelle rédaction de la réforme conduit à ne plus exiger nécessairement une **obligation d'information préalable**, tout en excluant le défaut d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation.
- ces actes doivent **émaner du cocontractant de la victime** ou de ses représentants ou d'un tiers de connivence ;
- ils doivent être **intentionnels** ;
- ils doivent avoir provoqué une **erreur déterminante** du consentement de la victime.

Le dol est sanctionné par la **nullité**, mais peut également donner lieu à une réduction de prix ou à la mise en jeu de la **responsabilité délictuelle** de l'auteur des manœuvres :

- dans ce cas, est discuté le point de savoir si la victime doit se contenter de prouver **les conditions propres à la responsabilité (Civ.1) ou celles relatives au dol (Com.)** ;
- le montant du **préjudice réparable** dépend du cumul ou non avec une demande en nullité du contrat ;
- le **délai d'action sera celui du droit commun** (donc nouvel art. 2224 C. civ).

Le vice de **violence** se distingue par la réforme en **deux sous-catégories** : violence générale qui recouvre les conditions antérieures et une violence particulière à travers l'abus de dépendance.

- la **violence générale** nécessite une **contrainte** (physique, morale ou économique depuis 2000 bien que cette dernière devrait désormais relever de l'abus de dépendance), **illégitime** ayant provoqué une **crainte déterminante** du consentement de la victime.
- l'**abus de dépendance** est une innovation de la réforme dont l'interprétation reste à préciser : non seulement les limites de la **dépendance** restent à définir même si la loi de ratification l'a limitée, mais surtout les contours de l'**abus** pour lequel il faudra préciser s'il s'établit par la preuve de l'obtention d'un « **avantage manifestement excessif** » ou s'il s'agit de conditions autonomes.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

BARBIER H., La violence par abus de dépendance, JCP 2016. 421.

DESHAYES O., La formation des contrats, *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC 2016/Hors-série, p. 21.

GRIMALDI C., Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon..., D. 2016. 1009.

LARDEUX G., La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres, D. 2012. 2986.

### Lectures thématiques

---

#### *Obligation information, Baldus*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000, n° 98-11381**, *Bull. civ. I*, n° 131 ; *D.* 2002. Somm. 928, obs. Tournafond (1<sup>re</sup> esp.) ; *JCP* 2000. I. 272, n° 1 s., obs. Loiseau ; *JCP* 2 001. II. 10510, note Jamin ; *Defrénois* 2000. 1110, obs. Mazeaud ; *ibid.* 1114, obs. Delebecque ; *CCC.* 2000, n° 140, note Leveneur ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. Mestre et Fages.

#### *Suites de Baldus*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 2007**, *GAJC* tome II n° 151, *D.* 2007. 1051, note Mazeaud et 1054, note Stoffel-Munck (en annexe) ; *JCP* 2007. II. 10042, note Jamin ; *Defrénois* 2007. 443, obs. Savaux ; *CCC.* 2007, n° 117, obs. Leveneur.

#### *Erreur, aff. Poussin*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 1978**, *GAJC* tome II n° 147

#### *Erreur, affaire du « tableau piège » de Daniel Spoerri*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 2002**, *Bull. civ. I*, n° 46 ; *D.* 2003. 436, par Edelman ; *JCP* 2002. I. 148, n° 7 s., obs. Sérinet ; *Defrénois* 2002. 761, obs. Savaux. – **Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005**, *Bull. civ. I*, n° 412 ; *D.* 2006. 1116, note Tricoire ; *JCP* 2006. II. 10092, note Ickowicz ; *CCC* 2006, n° 44, note Leveneur. *Aff. Dali* : **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2008**, n° 06-20.298, *RLDC* 2008/55 n° 3207.

#### *Erreur de droit*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 20 oct. 2010**, n° 09-66.113, *D.* 2011. 279, note A. Bient-Grosclaude ; *D.* 2011 point de vue 387, obs. Tournafond ; *D.* 2011. 472 obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2011. 63 §4, obs. Sérinet.

#### *Erreur sur les motifs*

**Com., 11 avr. 2012**, n° 11-15429, *JCP* 2012. 1151, n° 7, obs. Sérinet, *D.* 2012. 1117, obs. Delpech ; *RTD com.* 2012. 381, obs. D. Legeais, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki, *RDC* 2012. 1175, obs. Laithier.

#### *Erreur sur la rentabilité économique*

**Com., 12 juin 2012**, n° 11-19047, *D.* 2012. 2079, note Dissaux, *JCP* 2012. 1151, n° 8, obs. Sérinet, *RTD civ.* 2012. 724, obs. Fages, *D.* 2013. 391, obs. Mekki.





## *Dol, sanction*

**Com., 7 juin 2011**, n° 10-13.622, *D.* 2011. 2579, note Cartier-Frénois, *RDC.* 2011. 1148, obs. Laithier ; *CCC.* 2011 com. 208 obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2011. 533 obs. Fages.

**Com., 10 juill. 2012**, n° 11-21954, *D.* 2012. 2772, note Caffin-Moi, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki, *RTD civ.* 2012. 725, obs. Fages, et 732, obs. Jourdain, *JCP* 2012. 1151, n° 9, obs. Ghestin (crit.), *Bull. Joly* 2012. 767, note Stoffel-Munck, *LPA* 11 oct. 2012 n° 285 p. 17, note Houtcieff.

## *Violence économique*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002**, *Bull. civ. I*, n° 108 ; *D.* 2002. 1860, note Gridel et note Chazal ; *ibid.* Somm. 2844, obs. Mazeaud ; *JCP* 2002. I. 184, n° 6 s., obs. Virassamy ; *Def.* 2002. 1246, obs. Savaux ; *CCC.* 2002, n° 121, obs. Leveneur ; *Dr. et patr.* sept. 2002, p. 26, étude Loiseau ; *RTD civ.* 2002. 502, obs. Mestre et Fages.

## II. Pour aller plus loin

---

ANCEL P., Article 1142 du projet de réforme : violence économique, *RDC* 2015. 747.

BAKOUCHE D., La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident, *JCP* 2012. 851.

BENZONI L., Violence économique, dépendance économique et enjeux de la juste mesure de la puissance d'achat. Le point de vue de l'économiste, *AJ Contrat* 2016. 424.

CHAZAL J.-P., La violence économique ou abus de faiblesse ?, *in* Droit et patrimoine, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 47.

DE JUGLART M., L'obligation de renseignements dans les contrats, *RTD civ.* 1945. 1.

DENIZOT A., La réticence dolosive avant 1958, *RTDciv.* 2015. 765.

DESHAYES O., La formation des contrats, *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016/Hors-série, p. 21.

FABRE-MAGNAN M., Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, *JCP* 2016, 706.

GHESTIN J., L'authenticité, l'erreur et le doute, *Mélanges Catala*, Litec 2001, p. 457.

JOURDAIN P., Le devoir de « se » renseigner, *D.* 1983. Chron. 139.

LEQUETTE S., Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique, *RDC* 2016. 135.

LEQUETTE Y., Responsabilité civile versus vice du consentement, *in* Au-delà des codes, *Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz, 2012, p. 363.

MALINVAUD Ph., De l'erreur sur la substance, *D.* 1972. Chron. 215.

MEKKI M., Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information, *JCP N* 2016, 1155.

OLLARD R., Regards sur la consécration de l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance à la lumière des solutions du droit pénal (art. 1142 du projet de réforme du droit des contrats), *RDC* 2016. 94.

ROUVIÈRE F., Le moment d'appréciation de l'erreur : *D.* 2014, p. 1782.

RUDDEN B., Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignement, *RTD civ.* 1985. 91.

L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ?, *RDC* 2013. 1155 s. (ensemble d'articles).

## III. Aperçu des publications récentes

---

RIÉRA A., L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats, *AJ Contrat* 2017, p. 155



# Annexes

**Annexe 1** – Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2017, n° 16-24.096, JCP 2018, doct. 331, obs. Serinet

**Annexe 2** – Civ. 3<sup>e</sup>, 12 oct. 2017, n° 16-23.362, D. 2018. 371, obs. Mekki

---

## **Annexe 1** – Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2017, n° 16-24.096, JCP 2018, doct. 331, obs. Serinet (extraits)

**Yves-Marie Serinet**

3. – **L'indifférence d'une simple erreur sur les motifs.** – Des époux s'adressent à un conseil en gestion de patrimoine qui leur propose, afin de bénéficier d'une opération de défiscalisation d'investir dans une résidence située dans l'agglomération doloise et présentée par la société qui la commercialise comme « un produit d'investissement idéal amplifié par son éligibilité aux régimes Besson-De Robien ». Pour prononcer la nullité de la vente, la cour d'appel de Besançon considère que si le comportement, tant du conseil que de la société, « ne peut être qualifié de manœuvres dolosives, en l'absence d'intentionnalité démontrée, il a cependant laissé accroire aux époux que l'appartement qu'ils se proposaient d'acquérir disposait d'un potentiel locatif réellement suffisant pour leur permettre de réussir leur opération de défiscalisation » en sorte qu'ils ont « contribué à la commission d'une erreur par acheteurs sur une qualité de la chose vendue relevant de l'article 1110 du Code civil » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2017, n° 16-24.096 et n° 16-24.108** : *JurisData n° 2017-025919*). Mais, la Cour de cassation censure la décision en reprenant la motivation bien connue, désormais inscrite dans le marbre de la loi (*C. civ., art. 1135, réd. Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016*), selon laquelle l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même il aurait été déterminant, en l'absence d'une stipulation expresse le faisant entrer dans le champ contractuel et l'érigeant en condition du contrat ». Pour qu'il en aille différemment il faudrait que l'on sorte du domaine de l'erreur simple pour entrer dans le champ du dol ce qui ne semblait pas, selon l'appréciation des circonstances émanant des juges du fond, être le cas en l'occurrence.

**Cour de cassation**

**chambre civile 3**

**Audience publique du 14 décembre 2017**

**n° de pourvoi : 16-24096 16-24108**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C301276

Non publié au bulletin

**Cassation**

**M. Chauvin (président), président**

SCP Zribi et Texier, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Joint les pourvois n° X 16-24. 096 et K 16-24. 108 ;

Sur la recevabilité du pourvoi n° K 16-24. 108, examinée d'office après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'article 414 du code de procédure civile ;

Attendu qu'une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule des personnes, physiques ou morales, habilitées par la loi ;

Attendu que, le 19 septembre 2016, M. Y..., représenté par la SCP Zribi et Texier, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, a formé un pourvoi en cassation contre un arrêt rendu le 15 décembre 2015 par la cour d'appel de Besançon et enregistré sous le n° X 16-24. 096 ; que, le 19 septembre 2016, représenté par un autre avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, la SCP Lyon-Caen et Thiriez, il a formé un second pourvoi contre la même décision, enregistré sous le n° K 16-24. 108 ;

D'où il suit que ce second pourvoi, formé au nom de la même personne agissant en la même qualité, n'est pas recevable ;



Sur le pourvoi n° X 16-24. 096 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Besançon, 15 décembre 2015), que, le 19 décembre 2005, la société Ixia a vendu à M. et M<sup>me</sup> X...un bien immobilier, par l'entremise de M. Y..., conseiller en gestion de patrimoine ; qu'à la suite d'un redressement fiscal en raison du défaut de location de l'appartement, M. et M<sup>me</sup> X...ont assigné la société Ixia en nullité de la vente pour vice du consentement et M. Y...en responsabilité pour manquement à son obligation d'information et de conseil ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1110 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que, pour prononcer la nullité de la vente, l'arrêt retient qu'en l'absence d'intentionnalité démontrée, la société Ixia a laissé croire à M. et M<sup>me</sup> X...que l'appartement qu'ils se proposaient d'acquérir disposait d'un potentiel locatif suffisant pour leur permettre de réussir une opération de défiscalisation et que M. Y...et la société Ixia ont contribué à la commission, par M. et M<sup>me</sup> X..., d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose vendue ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même il aurait été déterminant, en l'absence d'une stipulation expresse le faisant entrer dans le champ contractuel et l'érigeant en condition du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation sur le premier moyen entraîne la cassation par voie de conséquence des dispositions qui sont critiquées par ce moyen ;

PAR CES MOTIFS :

DÉCLARE IRRECEVABLE le pourvoi n° K 16-24. 108 ;

CASSE ET ANNULE en toutes ses dispositions, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 décembre 2015 faisant l'objet du pourvoi n° X 16-24. 096, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon ;

Condamne M. et M<sup>me</sup> X...aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. et M<sup>me</sup> X...à payer à M. Y...la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze décembre deux mille dix-sept.

---

## Annexe 2 – Civ. 3<sup>e</sup>, 12 oct. 2017, n° 16-23.362, D. 2018. 371, obs. Mekki (extraits)

**Cour de cassation**

**chambre civile 3**

**Audience publique du 12 octobre 2017**

**n° de pourvoi : 16-23362 16-23501**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C301016

Non publié au bulletin

**Rejet**

**M. Chauvin (président), président**

SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Didier et Pinet, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Yves et Blaise Capron, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Joint les pourvois n° Z 16-23. 362 et A 16-23. 501 ;

Donne acte à la société civile immobilière Domaine des Lices et à la société Stellium immobilier du désistement de leurs pourvois en ce qu'ils sont dirigés contre la société Axa France vie, la société civile professionnelle X...-Y...et la société civile professionnelle Bonnaud-Choukroun-Darniche ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 26 mai 2016), que, par acte dressé le 15 novembre 2005 par la société civile professionnelle X...-Y..., la société civile immobilière Domaine des Lices (la SCI) a vendu en l'état futur



d'achèvement deux lots à M. Z...et M<sup>me</sup> A... ; que ceux-ci, qui avaient été préalablement démarchés par la société Omnium conseil, devenue Stellium immobilier, ont souscrit un emprunt auprès du Crédit foncier de France (le CFF), garanti par une assurance de la société Axa ; que les lots ont été livrés en février 2007 ; que, soutenant que la location des lots s'était avérée difficile en raison de la saturation du marché immobilier et locatif à Carcassonne, M. Y... et M<sup>me</sup> A...ont assigné la SCI, la société Stellium immobilier, la société civile professionnelle notariale X...-Y..., la société civile professionnelle notariale Bonnaud-Choukroun-Darniche, le CFF et la société Axa France vie en nullité de la vente pour dol, absence de cause, manquement au devoir d'information et de conseil et non-respect des dispositions du code de la consommation et du code de la construction et de l'habitation et en indemnisation de leurs préjudices ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° Z 16-23. 362, pris en sa première branche, ci-après annexé :

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt de dire que le consentement de M. Z...et de M<sup>me</sup> A...avait été vicié par le dol de la SCI et le dol subséquent de son mandataire, la société Stellium immobilier, d'annuler la vente et de prononcer diverses condamnations à son encontre ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la SCI connaissait la plaquette de commercialisation remise aux acquéreurs par la société Omnium conseil dès lors qu'elle dépendait du groupe LP promotion, dont le logo figurait à la dernière page, parmi les logos des trois partenaires chargés de la réalisation du domaine, que la SCI ne pouvait soutenir qu'elle ignorait l'existence de la simulation financière remise par sa mandataire aux acquéreurs, alors que la plaquette publicitaire démontrait son engagement commun avec la société Omnium conseil pour la commercialisation du programme d'un niveau de défiscalisation important qui imposait la démonstration auprès des acquéreurs potentiels des avantages des revenus locatifs et des incidences fiscales, qu'en sa qualité de promoteur immobilier, la SCI connaissait l'état de saturation du marché locatif sur la ville de Carcassonne et que, malgré cette conjoncture locale difficile, dont les prémices s'étaient fait déjà sentir en 2004, la SCI assurait aux acquéreurs un placement sûr et rentable à court terme dans l'unique intérêt de rentabiliser son opération et que ces affirmations mensongères dépassaient la nécessité admise de flatter le produit proposé à la vente, la cour d'appel a pu déduire qu'en usant de manœuvres dolosives la SCI avait provoqué chez M. Z...et M<sup>me</sup> A...une erreur sur la rentabilité de leur acquisition, qui les avait déterminés à contracter, et que le contrat de vente conclu entre les parties devait être annulé ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° A 16-23. 501, ci-après annexé :

Attendu que la société Omnium immobilier fait grief à l'arrêt de dire que le consentement de M. Z...et de M<sup>me</sup> A...a été vicié par le dol de la SCI et le dol subséquent de son mandataire et de prononcer diverses condamnations à son encontre ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la société Stellium conseil avait démarché M. Z...et M<sup>me</sup> A...en exécution de la convention de commercialisation signée avec la SCI, que, grâce à l'étude financière personnalisée, elle avait fait espérer aux acquéreurs potentiels un gain fiscal et financier net sur l'ensemble de l'opération alors qu'en sa qualité de professionnel spécialisé dans le conseil en investissements financiers, elle connaissait l'état de saturation du marché immobilier sur la ville de Carcassonne, ainsi que les risques importants auxquels elle exposait M. Z...et M<sup>me</sup> A...en les convaincant de s'engager dans ce projet, que cette étude financière personnalisée contenait une étude d'investissement locatif, un tableau de trésorerie, un calcul détaillé du revenu foncier et des incidences fiscales et la synthèse des incidences fiscales annuelles au regard de la loi de Robien, ainsi que le calcul de la plus-value immobilière, tous ces éléments étant destinés à faire croire aux acquéreurs potentiels que leur investissement était avantageux et sans aucun risque, alors que l'opération s'était révélée déficitaire dans la mesure où le logement était resté vacant de nombreux mois et où une baisse significative de loyers avait dû être consentie afin de ne pas perpétuer la vacance locative, et qu'elle avait également participé à la confection de la plaquette de commercialisation destinée à convaincre des avantages importants de ce projet immobilier, la cour d'appel a pu en déduire que, ces manœuvres ayant déterminé M. Z...et M<sup>me</sup> A...à contracter, la société Stellium immobilier, mandataire de la SCI Domaine des Lices, avait commis un dol à leur égard ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° Z 16-23. 362, pris en ses deuxième et troisième branches, et sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi n° A 16-23. 501, ci-après annexés :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société civile immobilière Domaine des Lices et la société Stellium immobilier aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes de la société civile immobilière Domaine des Lices, et de la société Stellium immobilier et les condamne à payer la somme globale de 3 000 euros à M. Z... et M<sup>me</sup> A..., la somme globale de 3 000 euros à la société civile professionnelle X...-Y..., la somme globale de 3 000 euros au Crédit foncier de France et la somme globale de 2 000 euros à la société Axa France ;



Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du douze octobre deux mille dix-sept.

**Le dol.** « On sait jamais, sur un malentendu ça peut marcher... ». Ainsi pourrait être résumé le contentieux né du dol dont le succès ne tarit pas, que ce soit en droit civil ou en droit des affaires.

**Quand le judiciaire chasse le dol.** Parfois le dol est légitimement invoqué mais étrangement rejeté par les juges. C'est le cas en présence d'une vente de gré à gré par autorité de justice, la Cour de cassation ayant jugé que « la cession de gré à gré des actifs du débiteur en liquidation judiciaire, qui doit être autorisée par le juge-commissaire aux prix et conditions qu'il détermine, est une vente faite d'autorité de justice qui ne peut être annulée pour dol (...) » (**Com. 4 mai 2017, n° 15-27.899**, D. 2017. 976, et 1941, obs. F.-X. Lucas ; AJ Contrat 2017. 347, obs. A. Lecourt ; RTD com. 2017. 441, obs. J.-L. Vallens). La même solution avait justifié par le passé l'éviction de la rescision pour lésion (art. 1684 c. civ.) et celle de toute action rédhibitoire (art. 1649 c. civ.). Cependant, pour ces deux hypothèses, ce sont des textes spéciaux qui le prévoient, ce qui n'est pas le cas pour le dol relevant du droit commun. La solution surprend enfin car elle revient à faire prévaloir non pas un intérêt général mais l'intérêt collectif des créanciers au détriment de l'intérêt particulier de l'acquéreur. La solution qui consiste à déshabiller Pierre (l'acquéreur) pour habiller Paul (les créanciers) ne convainc pas (en ce sens égal., LEDC juin 2017, p. 5, obs. S. Pellet ; RDC 2017. 436).

**Le dol : entre bonus et malus.** Le contentieux relatif au dol confirme que la frontière entre le *dolus bonus* et le *dolus malus* est poreuse. L'erreur sur la rentabilité fiscale d'une opération immobilière provoquée par le cédant en constitue une illustration fréquente. Si le *dolus bonus*, consistant à vanter les qualités d'un produit, est parfaitement légitime, il bascule assez régulièrement dans le *dolus malus* lorsqu'il s'agit d'investissements immobiliers coûteux, présentés sans mesure, comme une opération fiscalement très rentable et sans risque. La Cour de cassation se montre très vigilante (V. déjà, Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2016, n° 15-14.192) comme en témoigne cet arrêt rendu par la troisième chambre civile le 12 octobre 2017 (**Civ. 3<sup>e</sup>, 12 oct. 2017, n° 16-23.362, Domaine des Lices c/ Patrick X** ; dans le même sens, **Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch. civ., 6 juill. 2017, n° 16/00663**). Les juges ont prononcé la nullité d'une vente aux motifs que « la SCI connaissait la plaquette de commercialisation remise aux acquéreurs par la société Omnium Conseil (...), qu'en sa qualité de promoteur immobilier, la SCI connaissait l'état de saturation du marché locatif (...) et que, malgré cette conjoncture locale difficile (...) la SCI assurait aux acquéreurs un placement sûr et rentable à court terme dans l'unique intérêt de rentabiliser son opération et que ces affirmations mensongères dépassaient la nécessité admise de flatter le produit proposé à la vente, la cour d'appel a pu déduire qu'en usant de manœuvres dolosives, la SCI avait provoqué chez M. X, une erreur sur la rentabilité de leur acquisition qui les avaient déterminés à contracter, et que le contrat de vente conclu entre les parties devait être annulé ». L'intention de tromper était également établie par la remise d'une simulation personnalisée faisant état de la rentabilité certaine de l'opération : « (...) cette étude financière personnalisée contenait une étude d'investissement locatif, un tableau de trésorerie, un calcul détaillé du revenu foncier des incidences fiscales et la synthèse des incidences fiscales annuelles au regard de la loi de Robien, ainsi que le calcul de la plus-value immobilière, tous ces éléments étant destinés à faire croire aux acquéreurs potentiels que leur investissement était avantageux et sans aucun risque (...) ». Ce qui a ici été obtenu au fondement du dol aurait pu parfaitement se faire au fondement de l'erreur sur les motifs entrés dans le champ contractuel (nouv. art. 1135 c. civ.), à condition que le but fiscal ait fait l'objet d'une clause expresse (V. **Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2017, n° 16-24.096**).

**Réticence dolosive du dirigeant social : le début de la fin ?** L'article 1137 nouveau du code civil intègre désormais expressément le cas de la réticence dolosive. Sa combinaison avec l'article 1112-1 nouveau du code civil a fait naître de sérieux doutes, l'article 1137 laissant entendre que la nullité pour réticence dolosive pouvait être prononcée par l'établissement de la seule intention de tromper sans avoir à déterminer au préalable l'existence d'une obligation précontractuelle d'information. La loi de ratification devrait corriger cette incohérence (V. *supra*). Cependant, une exception importante à l'affaire *Baldus* du 3 mai 2000 concerne le dirigeant social qui se porte acquéreur des parts ou actions des associés ou actionnaires de la société. Son devoir fiduciaire l'oblige ainsi à informer les cédants de la valeur des droits sociaux cédés et même de les informer de négociations parallèles en vue de revendre ces droits (Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241, D. 1996. 518, note P. Malaurie, et 342, obs. J.-C. Hallouin, et 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. Mestre ; RTD com. 1999. 273, étude H. Le Nabasque). Est-ce que l'ordonnance du 10 février 2016 remet en cause ce tempérament ? Probablement pas. En revanche, on perçoit un assouplissement de la jurisprudence qui se montre plus clémente à l'égard du dirigeant et plus exigeante à l'égard des cédants.

Certains arrêts se réfèrent, en effet, à l'ignorance illégitime du cédant pour « excuser » le dirigeant, référence très probablement inspirée de l'article 1112-1 nouveau du code civil. Telle est l'analyse qui peut être faite d'un arrêt rendu par la chambre commerciale le 13 décembre 2016 (**Com. 13 déc. 2016, n° 15-18.002**, RTD civ. 2017. 381, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017. 384, obs. A. Lecourt). En l'espèce, le cédant était autant, voire plus, informé que le cessionnaire de la situation de la société et des éléments permettant d'apprécier la valeur des titres cédés (connaissance du contenu du protocole d'accord, qualité d'associé permettant d'assister aux assemblées, aux délibérations



et d'avoir accès aux comptes sociaux, prise en charge par les cédants de la gestion des hôtels cédés et de la préparation du compte d'exploitation prévisionnel des unités d'exploitation du groupe, connaissance des données relatives aux chiffres d'affaires annuels des hôtels...). Cet ensemble d'informations a permis à la cour d'appel d'en « déduire que le défaut d'information par M. X sur le prix des titres cédés au groupe Z n'était pas de nature à influencer sur le consentement de M. Y et a ainsi légalement justifié sa décision » (V. déjà, Com. 12 avr. 2016, n° 14-19.200, D. 2017. 375, obs. M. Mekki ; Rev. sociétés 2016. 509, note K. Deckert ; RTD civ. 2016. 612, obs. H. Barbier). La référence de plus en plus fréquente à l'ignorance illégitime existe également lorsque c'est le cessionnaire qui se prévaut d'un éventuel dol, comme le confirme un arrêt rendu par la chambre commerciale du 11 mai 2017 (**Com. 11 mai 2017, n° 15-25.301**).

On signalera enfin une décision originale du 7 décembre 2017 (**Civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2017, n° 16-12.004**). Le contrat a, en l'espèce, été annulé car des locataires avaient menti sur leur situation (séjour irrégulier) pour bénéficier d'un logement social. L'arrêt de la cour d'appel est cassé aux motifs que les juges auraient dû rechercher « si cette usurpation d'identité n'avait pas dissimulé l'irrégularité du séjour de M<sup>me</sup> Y interdisant à la société Erilia de conclure avec elle un bail portant sur un logement social ». La cause du contrat n'aurait-elle pas pu également être utilisée contre les locataires poursuivant un but illicite ?



# Thème 4

## Contenu du contrat (1)

### Plan du thème

#### Section 1 – CONFORMITÉ À L'ORDRE PUBLIC

##### § 1. Notions

*A. Notion retenue : Ordre public*

*B. Notions sous-jacentes : Droits fondamentaux et bonnes mœurs*

##### § 2. Mise en œuvre

*A. Licéité de l'objet*

1) Licéité des prestations

2) Licéité de la chose

*B. Licéité du but*

#### Section 2 – L'OBJET : LES PRESTATIONS

##### § 1. Existence de la prestation

##### § 2. Détermination de la prestation

*A. Exigence générale : une prestation déterminée ou déterminable*

*B. Cas particulier de la fixation unilatérale du prix*

1) Fixation unilatérale dans les contrats-cadres

*a) Droit issu de la réforme*

*b) Rappel : jurisprudence antérieure*

2) Fixation unilatérale dans les contrats de prestation de services

#### Section 3 – LA CONTREPARTIE

##### § 1. Abandon de la notion de cause

*A. La cause de 1804 à 2016*

*B. Genèse de l'abandon*

## § 2. Exigence d'une contrepartie convenue

*A. Contrats commutatifs*

*B. Contrats aléatoires*

*C. Contrats unilatéraux*

1) Prêt

2) Reconnaissance de dette





# Contenu du contrat (1)

## Introduction

1. À l'instar des projets européens et internationaux<sup>1</sup>, la **réforme** du droit des contrats innove en consacrant la notion de « **contenu** » du contrat afin de déterminer le champ contractuel. Devant être « certain et licite » (nouv. art. 1128) pour que le contrat soit valable, au côté des conditions tenant au consentement et à la capacité des parties, il englobe ce que le Code civil de 1804 appelait l'objet et la cause. Cette notion recouvre désormais trois exigences : la conformité à l'ordre public (1), l'existence de prestations déterminées (2) et l'existence d'une contrepartie convenue (3).

## Section 1 – CONFORMITÉ À L'ORDRE PUBLIC

2. Antérieurement à la réforme, dans le Code civil de 1804, la conformité du contrat à l'ordre public n'était pas clairement traitée. Elle relevait d'abord, de manière générale, de l'ancien article 6 du Code civil qui exigeait indirectement une conformité des contrats à l'ordre public et aux bonnes mœurs sous peine de nullité, ensuite, plus spécifiquement, de la licéité des choses (anc. art. 1128) et de la cause des obligations (anc. art. 1131). La **réforme** du droit des contrats pose désormais pour condition générale à la validité du contrat la licéité de son contenu (art. 1128) et consacre un article à part entière à cette exigence, en tête des dispositions relatives au contenu du contrat (art. 1162). Ces nouvelles dispositions ne conduisent qu'à une modification du vocabulaire sans changer véritablement le fond des solutions antérieures, qu'il s'agisse des notions (1) ou de leur mise en œuvre (2).

### § 1. Notions

#### A. Notion retenue : Ordre public

3. Le nouvel article 1162 dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but », faisant ainsi écho au nouvel article 1102 rappelant la limite de l'ordre public à la liberté contractuelle. Le champ de cet ordre public n'a fait que s'étendre depuis 1804, au point que la liberté contractuelle des parties se trouve en réalité limitée. Il s'est également diversifié, en ne se contentant plus d'un ordre public **politique**, notion restreinte dans laquelle se retrouvent les piliers fondamentaux de la société et les grandes interdictions (interdiction de porter atteinte à l'organisation de l'État, comme par ex. de s'exonérer d'une sanction pénale ; aux structures fondamentales de la famille, comme par ex. de nier par convention un lien de filiation). Il s'étend aujourd'hui essentiellement dans sa dimension **économique**, permettant à l'État d'intervenir dans tous les secteurs économiques (concurrence, marchés financiers, consommation, travail, etc.). Ce dernier se décompose traditionnellement en un ordre public économique **de direction** satisfaisant l'intérêt général (grandes directions de l'économie, règles de la concurrence), et un **de protection** satisfaisant différents intérêts particuliers (protection de personnes considérées en situation d'infériorité économique, comme les consommateurs, les salariés, etc.).

4. La soumission du contrat à l'ordre public a généralement pour **source** la loi, mais elle peut également venir des contractants eux-mêmes qui décident librement de soumettre leur contrat à un régime d'ordre public duquel il ne dépend pas normalement : au régime du bail commercial, par exemple (**Ass. plén., 17 mai 2002**<sup>2</sup>), ou au régime du contrat de construction de maison individuelle (**Civ. 3<sup>e</sup>, 6 oct. 2010**<sup>3</sup>).

1. Principes de droit européen du contrat (PDEC) ; Code Gandolfi ; Principes Unidroit.

2. n° 00-11.664 : *JCP E* 2002, 1080, note J. Monégier ; *D.* 2003. 333, note S. Becqué-Ickowicz ; *RTD civ.* 2003. 1234, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2002. 1234, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2003. 127, obs. J.-B. Seube.

3. n° 09-66.252, *JCP* 2011. 63 n° 1 obs. Ghestin ; *Constr.-Urb.* 2010, comm. 158, note Ch. Sizaire ; *LPA* 15 déc. 2010, p. 15, note S. Lacroix-de Sousa.



Une fois ce choix réalisé par les parties, elles ont l'obligation de se soumettre à toutes les dispositions de ce régime qui reste d'ordre public, sans pouvoir déroger à aucun de ses aspects (cf. arrêts préc.).

### **B. Notions sous-jacentes : Droits fondamentaux et bonnes mœurs**

5. Plus récents et plus modernes, sont apparus **les droits fondamentaux** en matière contractuelle. Ces droits et libertés sont certes d'abord ceux mentionnés dans la Constitution (préambule renvoyant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 notamment), mais surtout ceux émanant de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, d'application horizontale. Si la matière contractuelle n'est pas directement mentionnée par cette convention, plusieurs droits ont été récemment invoqués par les justiciables afin de remettre en cause des dispositions contractuelles.

6. La notion de droits fondamentaux ayant disparu du texte final de réforme, à la différence du projet d'ordonnance (art. 1102 al. 2) ou du projet Terré (art. 4 et 59), elle se fond désormais avec celle d'ordre public sans que la loi suggère un traitement différent (cf. obs. Thème 1, n° 14).

7. La réforme a fait disparaître du Code civil la notion de **bonnes mœurs** où elle siégeait systématiquement aux côtés de l'ordre public (anc. art. 6, 1133). Le droit français ayant toujours donné à cette notion une connotation morale voire sexuelle, il devenait difficile de la conserver à une époque contemporaine de libéralisation des mœurs et de protection de la vie privée. Notion mouvante selon les époques, elle est devenue une peau de chagrin par l'interprétation qu'en ont fait les juges, comme en témoigne l'exemple retentissant des libéralités entre concubins dont la validité s'appréciait au regard de la licéité de leur cause : alors que les donations faites par une personne mariée à un concubin avaient toujours été annulées pour contrariété aux bonnes mœurs dès lors que le but était d'établir ou de poursuivre une relation adultère, elles ont été jugées valables et conformes à compter de 1999 (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 1999 ; **Ass. Plén. 29 oct. 2004, Galopin**<sup>4</sup>). Un dernier coup de grâce a été porté aux bonnes mœurs par un arrêt relatif au courtage matrimonial.



#### **À noter**

La Cour de cassation a considéré que le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée « en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Est alors cassé au visa de l'art. 1133 l'arrêt d'appel qui avait annulé le contrat au motif « qu'un homme encore marié ne pouvait légitimement convoler en une nouvelle union ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, D. 2012. 59, note Libchaber, JCP 2012. 9, note Bakouche.**

## **§ 2. Mise en œuvre**

### **A. Licéité de l'objet**

#### **1) Licéité des prestations**

8. Affirmer que les stipulations doivent être conformes à l'ordre public revient à exiger, à peine de nullité, la licéité des prestations, objet de l'obligation, comme le faisait l'ancien article 6 du Code civil (par ex. s'engager à tuer quelqu'un, travailler au-delà du temps permis). C'est essentiellement à travers le respect des **droits fondamentaux** que cette exigence se manifeste aujourd'hui. Ainsi, les obligations contractuelles doivent respecter des principes généraux fondamentaux comme la liberté contractuelle et la liberté d'association (**Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2010, n° 09-65.045, RDC. 2 010. 1185 obs. Pérès**) ou le principe de libre exercice d'une activité professionnelle pour les clauses de non-concurrence (justifiant qu'elles

4. GAJC tome 1 n° 28 et 29 ; JCP 2005. II. 10011, note Chabas ; CCC. 2005 n° 40 obs. Leveneur ; RDC. 2005. 1273 s.



soient subordonnées à l'existence d'une contrepartie financière, cf. **Com.**, 4 oct. 2016, n° 15-15.996 ; Soc., 16 mai 2012, n° 11-10760, *JCP* 2012. 681, obs. Mekki) sous peine de nullité (Com., 30 mars 2016, n° 14-23.261, CCC 2016. Comm. 193 obs. Malaurie-Vignal).



#### A noter

Proche du régime des clauses de non-concurrence, les clauses de non-affiliation, fréquentes dans les contrats de distribution, consistent pour un franchisé à ne pas s'affilier, adhérer ou participer de quelque manière que ce soit à une chaîne concurrente du franchiseur ». Comme les clauses de non-concurrence, leur validité est soumise à leur limitation dans leur objet, le temps et l'espace et leur proportionnalité aux buts légitimes poursuivis (conditions non remplies en l'espèce, entraînant la nullité de la clause). En revanche, la condition de la contrepartie financière reste réservée aux seules clauses de non-concurrence. Com., 3 avril 2012, n° 11-16301, *JCP* 2012. 1151, n° 3, obs. Mekki ; *JCP E* 2012, 1402, note M. Malaurie-Vignal ; CCC. 2012, comm. 169, obs. Leveneur.

Le nouvel art. L. 341-2 du code de commerce issu de la loi Macron précise les conditions nécessaires à la validité de telles clauses qui pourraient comprendre également les clauses de non-concurrence.



#### Actualité

Au nom du caractère d'ordre public des anciens articles 1382 et 1383 devenus 1240 et 1241 du Code civil, la Cour de cassation a considéré que les clauses contractuelles visant à exonérer ou atténuer cette responsabilité sont nulles, en contrariété avec l'avant-projet réformant la responsabilité civile qui les reconnaît valables par principe (avant-projet, art. 1281). **Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2017**, n° 16-13407 ; D. 2018. 371, obs. Mekki ; *RDC* 2017. 599, note Deshayes, CCC 2017, comm. 217, Leveneur.

Dans un arrêt en date du 6 février 2019, la première chambre civile a décidé que « l'objet d'un contrat doit être licite, à peine de nullité ; qu'il résulte de l'article 21 du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie que sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité » (n° 17-20463, PB). Une telle solution est curieuse, car le code de déontologie litigieux n'avait pas été adopté par décret ou homologué et n'avait donc qu'une valeur contractuelle.

9. Les prestations doivent également respecter certains principes issus de la Convention européenne des droits de l'homme, particulièrement le droit au respect de la vie familiale (art. 8) qui a donné lieu à plusieurs arrêts. Le premier arrêt important date du 6 mars 1996 car c'est le premier qui écarte une clause contractuelle pour non-respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, montrant ainsi le caractère horizontal de la Convention (c'est-à-dire la possibilité de l'invoquer dans des litiges entre particuliers et non uniquement envers l'État – effet vertical). Dans cet arrêt, le juge a écarté l'application d'une clause d'un contrat de bail d'habitation qui interdisait au locataire d'héberger d'autres personnes que ses enfants, car violant l'article 8.1 de la Convention européenne relatif au **respect de la vie familiale (Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996**, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60 ; D. 1997. 167, note Lamy ; *JCP* 1996. I. 3958, n° 1 obs. Jamin ; *JCP* 1997. II. 22764, note Nguyen Van Tuong ; *RTD civ.* 1996. 1024, obs. Marguénaud ; *Defrénois* 1996. 1432, obs. Bénabent : « les clauses d'un bail d'habitation ne [peuvent], en vertu de l'article 8.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches ». Pour une réaffirmation à propos d'une clause identique dans un contrat de colocation : **Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 2006**, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73 ; *RDC*. 2006. 1149 obs. Seube ; *RTD civ.* 2006. 722 obs. Marguénaud. Un arrêt plus récent est venu tempérer ces condamnations de clauses contractuelles au titre de l'article 8 de la CEDH, en considérant licite la stipulation contractuelle qui interdit, sauf accord exprès du bailleur, la mise à disposition des locaux loués à des tiers, fussent-ils membres de la famille, dès lors que le locataire n'occupe plus effectivement les locaux : **Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 2010**, n° 09-10.412, D. 2 010. 1531, note J.-M. Brigant ; *RDC* 2 010/3 p. 913 obs. Seube). Pour d'autres ex. et notamment en droit du travail avec les clauses de mobilité pouvant être contraire à l'article 9 du Code



civil ou à l'article 8 de la CEDH : Soc., 28 févr. 2012, n° 10-18308, *JCP* 2012. 561, n° 2, obs. Mekki ; Soc, 12 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 7, *D.* 1999. 645 note Marguénaud).

**10.** En revanche, la **liberté religieuse** (art. 9) n'a jamais été admise, pour le moment, comme pouvant interférer sur le contrat. Ainsi, le bailleur n'est pas tenu de prendre en compte les pratiques religieuses dans la délivrance du bien (refus d'installer une serrure mécanique à la place d'un digicode pour permettre le respect du sabbat par les locataires de religion juive, **Civ. 3<sup>e</sup>, 18 déc. 2002, aff. du « digicode »**, n° 01-00.519, *Bull. civ. III*, n° 262 ; *D.* 2004. Somm. 844, obs. Damas ; *AJD* 2003. 182, concl. Guérin, obs. Rouquet ; *Dr. et patr.* juill.-août 2003, p. 85, obs. Loiseau ; *RTD civ.* 2003. 383, obs. Marguénaud ; *RTD civ.* 2003. 575, obs. Libchaber ; *RDC* 2004. 231, obs. Rochfeld ; *RDC* 2004. 348, obs. Lardeux) : « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* ». Plus récemment encore, la Cour de cassation a considéré qu'un règlement de copropriété pouvait interdire, sans que puisse être invoquée la liberté religieuse, l'édification pendant 7 jours de Cabanes (hutte de branchages en rappel de l'errance des Hébreux) sur les balcons d'un immeuble, correspondant à la pratique religieuse de certains copropriétaires (**Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2006**, arrêt des Cabanes, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140 ; *LPA* 2006 n° 133 p. 9 note Fenouillet ; *RTD civ.* 2006. 722 obs. Marguénaud : « *la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété et relevé que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue* »).

**11.** La première chambre civile a réfuté toute atteinte à la liberté religieuse pour un propriétaire qui met fin à la mise à disposition d'une salle de prière pour la pratique du culte musulman à ses résidents : « la société Adoma (propriétaire) n'est pas en charge d'assurer aux résidents la possibilité matérielle d'exercer leur culte et constate que ceux-ci peuvent pratiquer la religion musulmane sans utiliser la salle de prière, qui facilite seulement leur pratique religieuse ; que la cour d'appel en a justement déduit que la société n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale en décidant la fermeture de cette salle pour procéder à des travaux de modernisation et de sécurisation » **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015**, n° 14-25709, *JCP* 2015, doct 1261, n° 1, obs. Loiseau, *D.* 2015. 2350, note A. Etienney-de Sainte marie ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki.

## 2) Licéité de la chose

**12.** Si l'obligation contractuelle porte sur une chose, celle-ci doit être licite. Le code de 1804 traitait de cette question à travers l'ancien article 1128 et l'exigence que la chose soit « **dans le commerce** » (anc. art. 1128 C. civ. : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions »). Avec la **réforme**, la licéité de la chose peut tout aussi bien se rattacher à la conformité des stipulations à l'ordre public (art. 1162) qu'à la « possibilité » de la prestation (art. 1163. *cf. infra* n° 16).

**13.** Le droit antérieur devrait donc se maintenir, avec ses mêmes variations. Comme toutes les notions floues, les « choses hors commerce » étaient d'une variété infinie et variable selon les époques, fonction d'impératifs divers (drogues, médicaments non autorisés, marchandises contrefaites,... Pour un ex. avec les **maternités de substitution**, *cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, n° 10-19.053, n° 09-66.486, *D.* 2011. 1141, n° 1 obs. J. Ghestin. V. encore pour la vente d'un fichier informatisé illicite en ce qu'il contenait des données à caractère personnel sans avoir fait l'objet d'une déclaration à la CNIL : **Com., 25 juin 2013**, n° 12-17.037, *JCP* 2014. 115 obs. Ghestin, *RTD civ.* 2013. 595, obs. Barbier ; *JCP* 2013. 930, note A. Debet). Le sort réservé aux **clientèles civiles** démontre à quel point cette notion était variable, passant de l'illicite (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996<sup>5</sup>) au licite (**Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000**<sup>6</sup>. – Civ. 1<sup>re</sup>, **16 janv. 2007**<sup>7</sup>. – Civ. 1<sup>re</sup>, **9 juill. 2015**,*

5. *Bull. civ. I*, n° 287 ; *D.* 1997. Somm. 170 obs. Libchaber.

6. *Bull. civ. I*, n° 283 ; *D.* 2002. Somm. 930, obs. Tournafond ; *JCP* 2001. I. 301, n° 16 s. obs. Rochfeld ; *JCP E* 2001. 419, note Loiseau ; *Defrénois* 2001. 431, note Libchaber ; *CCC.* 2001, n° 18, obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2001. 130, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* 167, obs. Revet.

7. *Bull. civ. I*, n° 24 ; *D.* 2007. Pan. 2971, obs. Amrani Mekki ; *RTD civ.* 2007. 336, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* 2008. 123, obs. Revet.



n° 14-12994, *JCP* 2015, doct. 1261, n° 6, obs. Loiseau ; *RTD civ.* 2015. 868, obs. H. Barbier. Sur une clause de « garantie de clientèle » : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 avr. 2013, n° 12-15.168, *RTD civ.* 2013. 369, obs. Barbier).



#### À noter

Sur la cession des clientèles civiles, un arrêt récent illustre la position devenue traditionnelle depuis 2000 en retenant un cas, suffisamment rare pour être remarqué, où une clause de cession d'office notariale a été annulée car elle « emportait cession de la clientèle » ayant appartenu au cédant. En effet, cette clause interdisait au cédant de percevoir, pour une durée de dix ans, la rémunération de son activité pour le compte des clients qui avaient fait le choix de le suivre en son nouvel office ; dès lors, par la sanction de la privation de toute rémunération du travail accompli, cette clause soumettait le cédant à une pression sévère de nature, sinon à refuser de prêter son ministère, du moins à tenter de convaincre le client à choisir un autre notaire, conduisant à ne plus respecter la liberté de choix de cette clientèle. **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 2012**, n° 11-16439, *JCP* 2013. 214, n° 1, obs. Mekki.

### B. Licéité du but

**14.** Désormais exprimé au nouvel article 1162 à travers la notion de « but », ce contrôle de la conformité à l'ordre public s'exerçait avant la réforme, et depuis 1804, à travers la notion de cause désormais disparue (anc. art. 1133). Le but renvoie à l'ancienne cause subjective, autrement appelée concrète, lointaine ou cause du contrat, c'est-à-dire l'objectif poursuivi par la transaction, que la jurisprudence traduisait par les **mobiles déterminants** poursuivis par le contractant au moment de la formation du contrat (pour une illustration récente à propos d'une évasion fiscale : **Civ. 3<sup>e</sup>, 16 juin 2016**, n° 11-28.572, *AJDI* 2016. 697, *D.* 2017. Chron. 375, Mekki). Seul le terme change ici, mais le fond du droit reste le même : le but, et non plus la cause subjective, doit être conforme à l'ordre public. Est, par exemple, considérée comme illicite car frauduleux, la conclusion d'un contrat dont le but serait de détourner une réglementation (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 sept. 2012, n° 11-12941, *D.* 2012. 2306, *D.* 2013. 391, obs. Mekki, à propos d'un montage frauduleux de financement dans le but de couvrir les pénalités encourues en cas de violation de la réglementation européenne sur les quotas laitiers), ou encore un contrat violant une règle d'ordre public économique (à propos de la législation sur la constitution des sociétés d'avocats : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-13565, *JCP* 2015, doct. 306, obs. Serinet ; *RDC* 2015. 226, note Laithier). Cf. la jurisprudence antérieure sur la conformité aux bonnes mœurs (cf. *supra* n° 7).



#### À noter

Dans le cadre de l'affaire très commentée *Our body*, la Cour de cassation a tiré les conséquences de l'annulation pour illicéité de l'exposition qui mettait en scène des dépouilles d'êtres humains à des fins commerciales, en considérant tout autant illicite le contrat d'assurance couvrant les risques de l'annulation de l'événement. Se fondant sur « le principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort », préexistant à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil, elle considéra que le contrat avait une cause illicite (**Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014**, n° 13-19729 : *JCP G* 2014, act. 1170, obs. G. Loiseau ; *JCP* 2015, doct. 306, obs. G. Loiseau ; *D.* 2015, p. 242, note A.-S. Epstein et p. 246, note D. Mainguy ; *D.* 2015. 529 obs. Mekki ; *CCC* 2015, comm. 1, obs. L. Leveneur).

**15.** Avant 1998, la jurisprudence exigeait une autre condition : le fait que le cocontractant ait connaissance de l'**illicéité**, afin de ne pas pénaliser le contractant non fautif. Mais en 1998, la Cour de cassation a opéré un revirement en considérant que cette connaissance était sans conséquence (**Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 1998**, *Defrénois* 1998. 1408 obs. Mazeaud : « un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ». Voir depuis Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 02-16280, *CCC* 2005 n° 124). Cette position jurisprudentielle est désormais consacrée au nouvel article 1162.





### Mémo

La **réforme** centralise la question de la conformité du contrat à l'ordre public dans une seule disposition, en tête du contenu du contrat.

Seule l'exigence à l'**ordre public** est maintenue : la notion de **bonnes mœurs** disparaît et celle des **droits et libertés fondamentaux** se fond dans l'ordre public sans spécificité, à la différence des projets antérieurs.

La conformité à l'ordre public se manifeste à travers deux vecteurs :

- les **stipulations contractuelles**, d'abord, c'est-à-dire l'objet des obligations, conformément au droit antérieur. Les prestations doivent donc être licites ainsi que les choses, objet des obligations ;
- le **but**, ensuite, remplace l'ancienne notion de cause désormais disparue mais au contenu substantiel identique.

## Section 2 – L'OBJET : LES PRESTATIONS

**16.** Le contenu du contrat, qui n'est autre que le champ contractuel, est composé d'obligations dont l'objet n'est plus défini par le triptyque des obligations de donner, faire et ne pas faire de 1804. L'objet des obligations contractuelles est constitué désormais de « prestations »<sup>8</sup> (art. 1163) qui doivent, en plus d'être licites (*cf. supra*), exister (1) et être déterminées (2). Dans sa globalité, la réforme, sur ces aspects, reformule le droit existant en consacrant la jurisprudence, avec cependant quelques nuances et incertitudes.



### Attention

La **réforme** du droit des contrats a **abandonné** la distinction des obligations selon le triptyque classique « **donner, faire, ne pas faire** », distinction qui avait notamment une incidence sur leur exécution forcée (*cf.* Thème 8, n° 23 s.).

### § 1. Existence de la prestation

**17.** Au titre du nouvel article 1163, la prestation, objet de l'obligation, doit exister au moment de la conclusion du contrat, qu'elle soit présente ou future<sup>9</sup>. Pour les prestations consistant à faire quelque chose, l'existence se traduit davantage par la notion de possibilité de l'objet désormais précisée au nouvel article 1163 al. 2 (« À l'impossible, nul n'est tenu »).

**18.** Pour les contrats à titre onéreux, la prestation consistant en le paiement d'un prix doit exister, en ce sens que les parties doivent s'être mises d'accord sur l'existence d'un prix à payer. Celui-ci ne peut exister que s'il est **sérieux** ; un prix non sérieux, dit vil, équivaut pour le juge à un prix inexistant (Com., 23 oct. 2007<sup>10</sup> ; dern. **Civ. 3<sup>e</sup>, 30 nov. 2017**, n° 15-22861, D. 2018. 371, obs. Mekki. *Cf. infra* n° 42), ce qu'il ne faut pas confondre avec un prix insuffisant qui, lui, est indifférent (problème alors de la lésion).

8. *Cf.* pour un avis minoritaire considérant que le terme de « prestation » de la réforme n'inclurait pas le prix : Moury J., La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, D. 2016. 1013. La présentation faite dans ce fascicule est celle d'une notion générale de prestation, incluant prestation monétaire et non monétaire, comme le fait le projet Terré duquel s'est inspiré la formation de la réforme.

9. Pour un ex. d'absence d'objet d'une cession de parts sociales du fait de la disparition de la société par l'effet d'une fusion-absorption : Com., 26 mai 2009, n° 08-12691, RDC 2009. 1341 obs. Laithier et, dans le même sens, s'agissant d'un prêt de titres, il n'y a pas d'absence d'objet dès lors que ces titres existaient et étaient identifiés lors de la signature de la convention : Com., 24 mai 2016, n° 14-25921, PB

10. n° 06-13.979, *Bull. civ.* IV, n° 226 ; D. 2008. 954 note Chantepie ; *JCP* 2008. I. 107 n° 7 s., obs. Wintgen ; *Defr.* 2007. 1729 obs. Libchaber



## § 2. Détermination de la prestation

### A. Exigence générale : une prestation déterminée ou déterminable

19. Aucune disposition de la théorie générale des contrats issue du **Code civil de 1804** ne portait sur la détermination de l'objet. Seul l'ancien article 1129 exigeait, pour les choses de genre, que la chose soit déterminée dans son espèce et dans sa quotité. Les seules dispositions légales relevaient des contrats spéciaux et étaient généralement relatives au prix (par ex. la vente, art. 1591 : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties »). Cette absence de textes clairs a conduit à une jurisprudence souvent confuse notamment sur la question essentielle de la détermination du prix qui a cristallisé l'essentiel de la jurisprudence (cf. historique *infra* n° 27). La réforme affirme désormais de manière générale que toute prestation contractuelle, quel que soit le type de contrat, doit être « **déterminée ou déterminable** » (art. 1163 al. 2).



#### Actualité

La généralité de l'exigence de détermination peut être illustrée par un arrêt sous l'empire du droit antérieur. En effet, dans une décision du 9 mai 2018, la chambre commerciale a décidé que « l'objet de l'obligation consistant à diffuser un message publicitaire sur des écrans pendant une durée donnée implique que le nombre de supports ainsi que le nombre et la fréquence du message soient déterminés ou déterminables » (n° 17-14030, inédit).

20. Une prestation est **déterminée** lorsqu'elle est clairement identifiée (dans son espèce, son type, sa quantité) dès la formation du contrat, de manière à pouvoir la situer et l'individualiser. S'il s'agit d'un corps certain, il suffit que la chose soit désignée dans le contrat avec précision (par ex. n'est pas déterminée la surface d'un terrain « d'environ 700 à 900 m<sup>2</sup> » : Civ. 3<sup>e</sup>, 7 janv. 2016, n° 14-19.125, RTD civ. 2016. 98, obs. Barbier. – n'est pas valable la vente d'un immeuble qui n'est ni localisé ni déterminé dans ses caractéristiques : Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juill. 1997<sup>11</sup>, Civ. 3<sup>e</sup>, 11 févr. 2009<sup>12</sup>). S'il s'agit du **prix**, il n'est déterminé que s'il est chiffré dès la formation du contrat. Si un élément du contrat, dont le prix, est déterminé par « un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible », le nouvel article 1167 autorise qu'il soit remplacé « par l'indice qui s'en rapproche le plus ».

21. Si elle n'est pas déterminée, elle peut n'être que **déterminable**. Cette précision, issue de la jurisprudence sur la vente (art. 1591), est généralisée par la réforme au droit commun des contrats qui en donne une définition nouvelle (art. 1163 al. 3) : la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être « déduite du contrat » (par ex. une clause désignant un tiers pour sa fixation à partir d'éléments fixés au contrat, ou encore une clause faisant référence au prix du marché : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2004, B.I n° 327, CCC 2005 comm. 64) ou « par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».



#### À noter

**Avant la réforme**, le caractère déterminable était défini par la jurisprudence dans le cadre de l'interprétation de l'article 1592 du Code civil relatif au prix dans la vente. Le juge exigeait depuis 1925 deux conditions pour qu'un prix soit déterminable : que le contrat fixe les éléments permettant de déterminer ultérieurement le prix et que ces éléments soient objectifs, c'est-à-dire qu'ils ne dépendent pas de la volonté de l'une des parties (**Req., 7 janv. 1925**, GAJC tome II n° 260 ; Com., 7 avril 2009, n° 07-18907, RTDciv. 2009. 321, obs. Fages, JCP 2009, chron.).

À la différence du projet Catala (Art. 1121-3 : L'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou déterminable, à la condition que, dans ce dernier cas, l'étendue de l'engagement ne soit pas

11. *Bull. civ.* III, n° 172, *Defrénois* 1997. 1346 note Delebecque.

12. n° 07-20.237, *JCP* 2009. I. 138 n° 18 obs. Ghestin, *RTD civ.* 2009. 527 obs. Fages.



laissée à la seule volonté de l'une des parties), la réforme ne fait pas référence à cette exigence, sauf à la considérer sous-entendue dans la définition du caractère déterminable (ainsi ne serait pas « déduit du contrat » un prix qui dépendrait de la seule volonté d'un contractant). Les dispositions de la réforme, et notamment le cumul de l'article 1163 al. 3 sur la définition du caractère déterminable avec les dispositions suivantes sur l'encadrement de la fixation unilatérale du prix, laissent entendre (sans être explicite) qu'un prix, de manière générale hormis les cas particuliers de contrats-cadres et de service, ne peut pas être fixé unilatéralement par l'une des parties quand bien même une clause du contrat l'y autoriserait.

**22.** La réforme introduit une nouvelle disposition sur la **qualité de la prestation**, à l'instar des projets européens et internationaux<sup>13</sup>. S'il est certain qu'une partie attend d'une prestation qu'elle réponde à des critères de qualité, ceux-ci ne sont pas toujours précisés au contrat, ce qui rend ensuite difficile la preuve d'une inexécution en cas d'insatisfaction du créancier. Cette difficulté est partiellement résolue par le nouvel article 1166 qui précise que « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ».

### ***B. Cas particulier de la fixation unilatérale du prix***

**23.** La **réforme** consacre deux articles spécifiques à la fixation unilatérale du prix qui a donné lieu à un contentieux important pendant plusieurs décennies ainsi qu'à de grands débats doctrinaux. Si l'objectif de l'ordonnance est de consacrer la jurisprudence, comme le précise le Rapport remis au Président de la République, la réalité des textes est plus subtile. Seuls deux textes évoquent la fixation unilatérale du prix, l'un sur les contrats-cadres, l'autre sur les prestations de services.

#### **1) Fixation unilatérale dans les contrats-cadres**

**24.** Tout le contentieux relatif à la détermination du prix est né des contrats de distribution qui se concluent souvent en deux temps. D'abord la conclusion d'un contrat-cadre, contrat de fourniture, par lequel le fournisseur, généralement concédant d'une marque (compagnie pétrolière, de bière) approvisionne son cocontractant (un pompiste de la marque de la compagnie, ou un détaillant de bière) selon ses besoins, en échange de quoi ce dernier s'engage à s'approvisionner, souvent exclusivement, auprès de ce fournisseur. Différentes prestations du fournisseur peuvent s'y ajouter : exclusivité sur un territoire délimité, aide à l'installation, assistance, publicité... Ensuite, à chaque approvisionnement un contrat de vente est conclu, selon les termes et le cadre fixés dans le contrat principal. Destinés à durer plusieurs années, les contrats-cadres ne peuvent pas fixer par avance le prix des marchandises vendues postérieurement par le fournisseur : le contrat indique alors seulement la méthode qui sera suivie pour cette fixation qui prend généralement la forme du « prix-catalogue », c'est-à-dire que le prix sera celui du fournisseur au jour de la livraison. Le prix est donc un prix fixé unilatéralement par le fournisseur. Après une jurisprudence chaotique de plusieurs décennies (b), la réforme a décidé de valider, sous contrôle, la fixation unilatérale dans les contrats-cadres (a).

#### ***a) Droit issu de la réforme***

**25.** Le nouvel article 1164 du Code civil **valide** la fixation unilatérale du prix, mais dans les «**contrats-cadres**», c'est-à-dire «les accords par lesquels les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures» dont les modalités d'exécution sont précisées par des contrats d'application (art. 1111). Cette limitation à ces seuls contrats laisse penser qu'elle n'est pas autorisée pour les autres contrats, sauf les dispositions particulières aux contrats de service.

13. PDEC, art. 6 :108 ; Unidroit, art. 5.1.6.







### À noter

La validité d'une telle fixation dans les contrats-cadres est en effet le fruit des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 rendus en assemblée plénière (*cf. infra* n° 28), mais avec un raisonnement un peu différent puisque, dans ces arrêts, cette validité résultait du fait que la détermination du prix n'était plus, pour les contrats-cadres, une condition de validité. Dans la réforme, le raisonnement est différent : la détermination du prix est une condition de validité de tous les contrats dont les contrats-cadres, mais exceptionnellement pour ces contrats la fixation unilatérale du prix est autorisée expressément par la loi, sans que l'on puisse affirmer qu'un tel prix soit déterminable (*cf. supra* n° 20).

**26.** Considérée comme dangereuse pour le cocontractant qui subit la fixation unilatérale, celle-ci fait l'objet d'un **contrôle** spécial à deux étages. Tout d'abord, en cas de contestation, l'auteur de la fixation doit **motiver** le montant ainsi imposé (art. 1164 al. 1), comme le proposait le projet Catala, sans que rien ne soit précisé en cas de violation de cette obligation.

**27.** Ensuite, « en cas **d'abus dans la fixation du prix**, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat » (nouv. Art. 1164 al. 2). Cette disposition est directement issue des arrêts rendus en assemblée plénière le 1<sup>er</sup> déc. 1995 qui ont pour la première fois non seulement sanctionné un tel abus mais également sur le terrain de l'inexécution du contrat, alors fondé sur la violation des articles 1134 et 1135 du Code civil. L'abus est très difficile à caractériser, si difficile qu'aucun arrêt ne l'a pour le moment admis (pour un arrêt isolé mais portant sur la fixation unilatérale des conditions générales de vente : **Com., 15 janv. 2002** (D. 2002. 1974 note Stoffel-Munck, et Somm. p. 2841, obs. Mazeaud). Un arrêt plus récent rendu par la chambre commerciale le **4 nov. 2014** considéra qu'en fixant unilatéralement des prix excessifs à son distributeur, le fournisseur l'empêchait de faire face à la concurrence et donc abusait de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises (**Com., 4 nov. 2014**, n° 11-14026, D. 2015. 183, note J. Ghestin ; JCP 2014. 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi ; D. 2015. 529 obs. Mekki). On constate que l'application de ce critère de l'abus dans la fixation du prix connaît un rayonnement bien plus large que les seuls contrats-cadres de distribution puisque la Cour de cassation a appliqué ce critère dans le renouvellement d'un contrat de bail (considérant qu'en l'espèce l'abus n'était pas caractérisé : **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004** <sup>14</sup>).



### À noter

Le nouvel article 1164 limite les sanctions de l'abus dans la fixation du prix aux sanctions classiques de l'inexécution du contrat (responsabilité contractuelle et/ou résolution du contrat), conformément aux arrêts du 1<sup>er</sup> déc. 1995. Il n'admet plus, à la différence du projet initial d'ordonnance (art. 1163 al. 2) et des projets européens, la révision du prix par le juge « en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ».

### **b) Rappel : jurisprudence antérieure**

**28.** C'est à partir de 1971 que la Cour de cassation s'est mise à annuler, pour indétermination du prix, les contrats-cadres qui faisaient référence au tarif du vendeur au jour de la livraison. Elle considérait alors que cette référence au tarif du fournisseur ne constituait pas un prix déterminable, c'est-à-dire, selon les critères élaborés par le juge en matière de vente (**Req., 7 janv. 1925, GAJC** tome II n° 260) un prix indépendant de la volonté des parties. Le but était alors de protéger les distributeurs face aux fournisseurs, seuls maîtres des prix. Se fondant d'abord, à tort (le contrat-cadre n'est pas une vente), sur

14. *Bull. civ.* I, n° 190 ; D. 2005. 1828, note Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 749 obs. Gautier, et 2005. 126 obs. Mestre et Fages ; *RDC* 2005. 275, obs. Stoffel-Munck.



l'article 1591 du Code civil, elle s'est ensuite, à partir de 1978, fondée sur l'article 1129 tiré de la théorie générale du contrat. **En se fondant sur un article relevant de la théorie générale des contrats, la Cour de cassation imposait alors une obligation générale de déterminabilité du prix dans tous les contrats** à titre de validité.

**29.** Après deux arrêts d'amorce qui ont considéré comme déterminable un prix fixé unilatéralement (Civ. 1<sup>re</sup>, 29 nov. 1994, Alcatel<sup>15</sup>), la Cour de cassation a rendu en assemblée plénière **quatre arrêts** le même jour qui mettaient en lumière trois apports (Ass. Plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995<sup>16</sup>) :

- la détermination du prix n'est plus une condition de validité des contrats-cadres, sauf si la loi le prévoit expressément (« lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ») ;

- l'article 1129 du Code civil n'est plus considéré comme un article imposant la détermination du prix dans les contrats (arrêt Montparnasse : « l'article 1129 C. civ n'est pas applicable à la détermination du prix ». Confirmation Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, RDC 2004. 925 obs. Mazeaud : « l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière »). En « désactivant » l'article 1129 du Code civil, qui était le seul texte depuis 1978 qui permettait à la Cour de cassation de justifier l'exigence générale de déterminabilité du prix, ces arrêts ont enlevé tout fondement à l'exigence d'un prix déterminé dans les contrats. Dès lors, jusqu'à la réforme, aucun texte du droit commun n'exigeait que le prix soit déterminé pour que le contrat soit valable. Il était donc possible d'affirmer que, sauf texte spécial contraire (comme l'art. 1591 pour la vente), la détermination du prix n'était pas une condition de validité des contrats. Mais si le prix n'est plus une condition de validité, et que les parties ne le prévoient pas dans le contrat, comment ensuite fixer le prix ? (pour les interrogations soulevées par ces arrêts de 1995, lire : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, 11<sup>e</sup> éd. 2013, n° 289 à 294).

- la sanction : si la détermination du prix n'est plus une condition de validité, l'abus dans la fixation du prix est sanctionné sur le terrain de l'inexécution du contrat, sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil. Avec ces arrêts de 1995, le contrôle du prix s'est déplacé de la formation du contrat à son exécution ; peu importe le prix, qu'il soit ou non fixé, lors de la formation, seule compte sa fixation au moment de l'exécution du contrat-cadre.

## 2) Fixation unilatérale dans les contrats de prestation de services

**30.** Le nouvel article 1165 du Code civil issu de la **réforme** dispose que pour les contrats portant sur une prestation de service, le prix peut être fixé unilatéralement par le créancier à défaut d'accord des parties avant l'exécution du contrat. Après les contrats-cadres, les contrats de service constituent la deuxième hypothèse exceptionnelle pour laquelle la fixation unilatérale du prix est autorisée.

**31.** Cette disposition n'est pas tout à fait conforme à la jurisprudence antérieure puisque, même si la jurisprudence avait toujours admis la fixation unilatérale du prix d'une prestation de service y compris avant les arrêts du 1<sup>er</sup> déc. 1995, elle le justifiait par le fait que la détermination du prix ne constituait pas, pour ces contrats, une condition de validité (par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2000<sup>17</sup> : « un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat d'entreprise » ; Com. 29 janv. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *JCP* 1991, II, 21751). Dans le nouveau droit des contrats, la détermination du prix est une condition essentielle de tous les contrats, mais, à titre exceptionnel, la fixation unilatérale est admise pour les contrats de service à défaut d'accord préalable.

15. *JCP* 1995. II. 22371 note Ghestin ; *D.* 1995. 122 note Aynès ; *JCP E* 1995. II. 662 note Leveneur ; *RTD civ.* 1995. 358 obs. Mestre.

16. *GAJC* tome II n° 152 à 155 ; *D.* 1996. 13 ccl. Jéol, note Aynès ; *JCP* 1996. I. 22565 ccl. Jéol, note Ghestin ; *LPA* 27 déc. 1995 n° 155 p. 11, note Bureau et Molfessis.

17. *Bull. civ.* I, n° 305, CCC. 2001 n° 38 obs. Leveneur ; *JCP* 2001. I. 301 n° 11 obs. Labarthe.



32. Trois observations peuvent être faites concernant la **sanction** en cas de prix excessif :

- tout d'abord, l'article 1165 reprend la même articulation que pour les contrats-cadres : en cas de contestation par le débiteur, le créancier doit être en mesure de **motiver** le montant (sans que l'article précise la sanction en cas de défaut de justification) et en cas **d'abus dans la fixation du prix**, le juge peut être saisi ;
- concernant les sanctions en cas d'abus dans la fixation du prix, ensuite, l'article 1165 a été **modifié par la loi de ratification** : alors que la version issue de l'ordonnance se contentait de préciser que « le juge peut être saisi d'une demande en **dommages et intérêts** », sans mention de la résolution du contrat, la loi de ratification y a ajouté « **et le cas échéant la résolution du contrat** » afin de s'aligner sur les contrats-cadres (attention : **caractère interprétatif**).
- l'interrogation essentielle concerne **l'absence du pouvoir de fixation du prix du juge**, comme l'avait admis antérieurement le projet d'ordonnance (art. 1164). La situation est ici différente des contrats-cadres car la jurisprudence antérieure avait toujours reconnu un tel pouvoir au juge pour les contrats de service, qu'elle tirait précisément du fait que l'accord sur le prix n'était pas une condition de validité de ces contrats (par ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2000, préc.). Il est donc possible que cette jurisprudence ne soit plus d'actualité. Une telle position peut paraître curieuse au regard du pouvoir reconnu au juge en matière d'imprévision, pourtant bien plus discuté (cf. *infra* Thème 7, n° 23).



#### À noter

L'absence de pouvoir de fixation du prix par le juge en cas de fixation unilatérale abusive par le créancier peut avoir une incidence sur la jurisprudence historique de la **réduction des honoraires excessifs** (cf. *infra* Thème 5, n° 8). Cette jurisprudence ne distingue pas selon qu'il y a eu accord ou non sur le prix avant l'exécution du contrat, l'essentiel étant, comme le précise le nouvel article 1165, qu'il n'y ait pas d'accord après (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1970, Bull. civ. I, n° 23 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avr. 1997<sup>18</sup>). En l'absence d'accord sur le prix avant l'exécution du contrat, on peut considérer que la jurisprudence sur les honoraires excessifs bascule dans le champ de cet article, et donc que l'abus dans la fixation du prix ne peut être sanctionné que par des dommages et intérêts, obligeant le débiteur à prouver un préjudice. Mais *quid* en cas d'accord sur le prix préalablement à l'exécution du contrat lorsque le débiteur se rend compte, postérieurement à l'exécution, que le prix est excessif ? Certes le prix ne sera plus fixé unilatéralement et son régime ne relèvera plus de cette disposition, mais les questions sont liées. Si, dans ce cas, la jurisprudence acceptait jusqu'à présent une réduction dès lors que la preuve était apportée d'une rémunération excessive procurant un avantage excessif (**Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2002**, n° 00-12146, CCC 2003, comm. 3, obs. Leveneur), il faudra attendre la future jurisprudence de la Cour de cassation sur les bases de la réforme pour en connaître le nouveau sort.

#### Mémo

Pour que le contrat soit valable, il faut, d'abord, que la prestation, objet de l'obligation, **existe** au moment de la formation du contrat, qu'elle soit présente ou future. Concernant les prestations monétaires, l'existence se traduit par l'exigence d'un **prix sérieux**.

Le nouveau droit des contrats fait, ensuite, de la **détermination** de l'objet une **condition générale de validité** des contrats.

Elle peut prendre la forme d'une prestation **déterminée ou déterminable**, terme qui est désormais **défini** comme une prestation qui « peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

Si la **qualité** de la prestation n'est ni déterminée ni déterminable, une qualité minimale est considérée incluse au contrat, fixée en fonction des attentes légitimes des parties, des usages et du montant de la contrepartie.

18. Bull. civ. I, n° 113 ; *Defrénois* 1997 obs. Benabent ; *RTD civ.* 1998. 373 obs. Mestre.



La **fixation unilatérale du prix** fait l'objet de **dispositions spécifiques** pour les contrats-cadres et les contrats portant sur une prestation de service, laissant penser qu'une telle fixation emporterait la nullité pour tous les autres contrats.

Conformément aux arrêts du 1<sup>er</sup> déc. 1995, la fixation unilatérale du prix dans les **contrats-cadres** est validée, mais contrôlée par une exigence de **motivation** en cas de contestation et sanctionnée sur le terrain de l'inexécution en cas **d'abus dans la fixation du prix**.

Dans les **contrats de service**, et conformément à la jurisprudence antérieure, la fixation unilatérale du prix est possible à défaut d'accord avant l'exécution du contrat. Le contrôle est quasi-identique aux contrats-cadres : **motivation** en cas de contestation et **dommages-intérêts et /ou résolution du contrat, ajoutée par la loi de ratification, en cas d'abus dans la fixation du prix**.

En revanche, le pouvoir de fixation du prix par le **juge** dans les contrats de service n'est pas reconnu, contrairement à la jurisprudence antérieure, ce qui pourrait avoir des conséquences sur la jurisprudence classique de révision des honoraires excessifs.

## Section 3 – LA CONTREPARTIE

**33.** C'est très certainement la question la plus débattue et la plus controversée de la réforme depuis qu'elle a été initiée : faut-il ou non abandonner la cause comme condition de validité des contrats ? C'est le choix fait par la réforme (1) mais l'abandon n'est que de façade puisqu'on retrouve, sous forme de dispositions autonomes toutes les fonctions qu'elle remplissait. L'ancienne exigence de l'existence d'une cause de l'obligation est désormais exprimée à l'article 1169 à travers l'exigence d'une contrepartie convenue (2).

### § 1. Abandon de la notion de cause

#### A. La cause de 1804 à 2016

**34.** Depuis 1804, les obligations contractuelles doivent avoir une cause licite (art. 1131 à 1133). La notion de cause est particulièrement complexe parce que polymorphe, pour laquelle le droit français retient une conception **duale**, tant dans sa fonction (contrôle de l'existence et de la licéité) que dans sa définition (cause lointaine, cause immédiate). En effet, selon le contrôle effectué (contrôle de l'existence ou de licéité de la cause), la définition retenue de la cause ne sera pas la même ; alors que l'existence de la cause fait appel à la cause immédiate, abstraite, objective ou cause de l'obligation (contrôle de la consistance même de l'obligation), la licéité de la cause fait appel à la cause lointaine, concrète, subjective ou cause du contrat (contrôle de la moralité des intentions). Pour une illustration claire de la conception duale : Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1989, *GAJC* tome II n° 156, *Bull. civ. I*, n° 293.

**35.** Selon l'anc. article 1131, « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause (...) ne peut avoir aucun effet » ; une obligation doit donc avoir une cause pour exister, c'est-à-dire qu'elle doit avoir une raison d'être qui justifie son existence. Faisant sienne la théorie de Domat, la jurisprudence a retenu une **cause unique par type de contrat**, ou cause immédiate, objective, abstraite ou cause de l'obligation. Celle-ci réside dans le contrat lui-même, dans l'avantage, ou l'intérêt, retiré du contrat, l'exemple typique étant le contrat synallagmatique pour lequel la cause de l'obligation de l'un est constituée de l'objet de l'obligation de l'autre.

**36.** Cependant, alors que le législateur et le juge du XIX<sup>e</sup> siècle avaient cantonné la cause à un rôle limité, le **juge contemporain en a élargi son rôle** pour l'utiliser comme arme permettant d'apprécier plus généralement l'équilibre du contrat. Un glissement s'est opéré dès lors que le juge a pris en compte l'intérêt recherché par les contractants, l'utilité économique espérée à travers le contrat. Dès lors, en prenant en compte les enjeux économiques, on s'approchait d'un certain subjectivisme puisque cette utilité économique pouvait différer selon les contractants. C'est ce que l'on a appelé le mouvement de « **subjectivisation de la cause** » (cf. Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, n° 342). Les deux



illustrations classiques de ce mouvement sont, d'une part, l'affaire **Chronopost** et, d'autre part, celle dit **Club vidéos**. Concernant l'affaire Chronopost, la **réforme** a consacré la solution jurisprudentielle en la reprenant presque *in extenso* dans l'article 1170 (cf. Thème 5 n° 12), alors que la solution retenue dans l'affaire dite Club vidéos, déjà abandonnée par les derniers arrêts de la Cour de cassation, sera vraisemblablement abandonnée et pourra difficilement renaître du nouvel article 1169 (cf. *infra* n° 43). Une troisième illustration plus récente est apparue en jurisprudence avec les ensembles contractuels, pour lesquels, sur le fondement de la cause, la Cour de cassation mettait fin à un contrat en raison de l'anéantissement d'autres contrats de l'ensemble. Cette jurisprudence a également été consacrée par la réforme mais de manière autonome à travers la notion de caducité, détachée de toute notion de cause (cf. Thème 6 n° 24 s.). De ce mouvement de subjectivisation de la cause, on constate qu'en se débarrassant de la notion souche de cause, la réforme espère que les interprétations excessives seront abandonnées alors que les autres sont explicitement consacrées dans des dispositions autonomes.

### B. Genèse de l'abandon

**37.** La complexité de la notion de cause, que son évolution a mise en lumière, a conduit certains projets de réforme à l'abandonner pour faire jouer son rôle par d'autres moyens (projet Terré). De plus, dans un contexte international et européen, il est apparu nécessaire de rendre le droit français plus attractif en facilitant son application par l'abandon de cette notion complexe, au contenu incertain et largement méconnue des droits étrangers, tout en conservant ses fonctions essentielles.

**38.** Alors que le projet Catala conservait la notion en la précisant, le premier avant-projet émis par la Chancellerie abandonnait la notion de cause au profit de l'« **intérêt** », ce qui a suscité quelques remous<sup>19</sup> ; si la notion est ainsi plus compréhensible à l'étranger, elle paraît aussi imprécise que la cause. Dans la mouvance du projet Terré, le projet d'ordonnance proposait de supprimer la cause en conservant ses fonctions, ce qui fut entériné par l'ordonnance finale.

## § 2. Exigence d'une contrepartie convenue

**39.** Le nouvel article 1169 du Code civil est le seul article de la réforme qui incarne, à travers l'exigence d'une contrepartie convenue, la **fonction essentielle de la cause objective**. Pour que le contrat soit valable, il faut que la « contrepartie convenue » au profit de celui qui s'engage ne soit ni illusoire ni dérisoire au moment de la formation du contrat (pour une première application de la réforme considérant qu'est dérisoire un prix de 790 euros pour la location d'un bungalow pour 5 personnes pendant deux semaines au mois d'août en Corse : **TGI Paris, 4<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 27 juin 2017**, n° 17/07192, Gaz. Pal. 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff). Cette exigence est limitée aux **contrats à titre onéreux** puisqu'eux seuls impliquent que chaque partie reçoive de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure (art. 1107), peu importe ensuite qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques, unilatéraux ou aléatoires. Les **contrats à titre gratuit** sont logiquement exclus de cette exigence puisque l'obligation du donateur n'a pas de contrepartie. La jurisprudence antérieure sur la cause avait considéré alors que seule l'intention libérale constituait la cause de son engagement, obligeant les juges à rechercher les mobiles ayant déterminé la personne à s'engager (et donc la cause subjective) : si le donateur s'est prononcé en fonction de mobiles qui s'avèrent faux en réalité, l'engagement est sans cause. La réforme a résolu la question en déplaçant l'absence de cause de donation sur le terrain de **l'erreur sur les motifs**, ce à quoi la jurisprudence antérieure revenait (nouv. art. 1135 al. 2. Cf. Thème 3 n° 28).

**40.** La « **contrepartie convenue** », notion suggérée par le professeur Ghestin (J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, La formation du contrat, tome 2, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 2013, n° 570 s.) et le projet Catala (art. 1125), est l'avantage attendu par l'une des parties car promis par l'autre et donc entré dans le champ contractuel. Elle ne peut donc s'apprécier qu'en fonction de chaque contrat et de la volonté de ses contractants, sans être nécessairement identique selon chaque type de contrat.

19. Ghazi A. et Lequette Y., La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008. 2609 ; Larroumet Ch., De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, D. 2008. 244.



41. L'existence de cette contrepartie **s'apprécie**, d'abord, **au moment de la formation** du contrat puisqu'il s'agit d'une condition de validité du contrat. Elle peut s'apprécier, ensuite, en fonction du contrat conclu mais également de tous ceux avec lesquels ils forment un **ensemble concourant à une même opération**. Le juge a dû, en effet, prendre en compte la réalité particulière et contemporaine que constituent les **ensembles contractuels**, c'est-à-dire l'existence de contrats indépendants mais reliés par un objectif économique commun (par ex. constituent un ensemble contractuel les différents contrats de location de matériel informatique, de crédit destiné à le financer, de licence de logiciels, de formation du personnel à l'utilisation dudit logiciel). Avant la réforme, dès lors que le juge constatait l'existence d'un « ensemble contractuel » (notion que le juge vérifie et contrôle, cf. Thème n° 6 n° 27), le juge appréciait l'existence de la contrepartie dans un autre contrat de l'ensemble. Cette solution existait déjà sur le fondement de la cause et devrait évidemment perdurer, mais peut-être sur le seul fondement de l'article 1189 al. 2 relatif à l'**interprétation**. En effet, sans avoir besoin de passer par la notion d'ensemble contractuel, cette disposition, à l'image de celle relative à la caducité (cf. Thème 6 n° 24 s.), autorise le juge à interpréter un contrat en fonction d'autres contrats qui « concourent à une même opération ».



#### À noter

Plusieurs arrêts concernent les hypothèses de vente à 1 franc symbolique : traditionnellement, l'obligation du vendeur est privée de cause (désormais de contrepartie), un prix dérisoire étant assimilé à un prix inexistant.

Pour une vente à un euro d'un terrain revendu à plus d'un million d'euros jugée valable du fait que la « contrepartie, cause de l'obligation » résidait dans différentes charges assumées par l'acheteur dont la destruction d'une résidence universitaire sur le terrain, estimée à plus d'un million d'euros en raison de la présence d'amiante (**Civ. 3<sup>e</sup>, 15 sept. 2016**, n° 15-22.250, D. 2017. Chron. 375, obs. Mekki, JCP 2016, doctr. 1257, obs. Serinet). Dans le cadre d'une vente de terrain à 1 F dont la contrepartie résidait dans la reprise de dettes acceptées par l'acheteur, voir **Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 1993** <sup>20</sup>.

Lorsque le contrat de vente s'insère dans un ensemble de contrats, le juge apprécie l'existence de cette cause (et désormais la contrepartie) dans une autre obligation d'un autre contrat (cf. notamment dans le cadre de 3 contrats conclus en même temps entre les mêmes personnes – édition musicale, adaptation audiovisuelle, achat de bandes sonores. – **Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2006** <sup>21</sup>).

### A. Contrats commutatifs

42. Les contrats synallagmatiques commutatifs étant les plus fréquents (vente, bail, prestation de service,...), ils constituent le vivier le plus important d'exemples. Dans la théorie classique de la cause, la cause objective est la même pour chaque type de contrat ; la cause objective de l'obligation d'un contrat synallagmatique est toujours l'objet de l'obligation du cocontractant. La cause était alors déjà comprise comme la **contrepartie** (par ex. pour la vente, la cause de l'obligation de l'acheteur est la délivrance de la chose, et la cause de l'obligation du vendeur est le prix ; pour le contrat de généalogiste, la cause de l'obligation de l'héritier est l'ignorance de sa succession : **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 2010**, n° 08-20.459 ; dernièrement pour le contrat de courtage, la cause résiderait dans le « service effectif », **Com., 24 juin 2014**, n° 12-27908, JCP 2014, 1337, note J. Ghestin ; RTDciv. 2014. 884, obs. H. Barbier). Dès lors, si une obligation manquait d'objet, l'obligation de l'autre manque de cause (pour un ex. récent : **Com., 23 oct. 2012**, n° 11-23376, D. 2013. 391, obs. Mekki ; D. 2013. 686, note Mazeaud ; JCP 2013. 124, obs. Ghestin). Dans l'appréciation de l'existence de la cause, le juge peut s'attacher à une **appréciation qualitative** en évaluant, au-delà de la seule valeur vénale, l'intérêt procuré par un bien (**Com., 11 mars 2014**, n° 12-29820, D. 2014. 1915, note D. Mazeaud <sup>22</sup> ; D. 2015. 529 obs. Mekki ; RTDciv. 2014. 884, obs. H. Barbier ; RDC 2014. 342 note E. Savaux : « l'avantage procuré ne s'évaluait pas seulement au travers de

20. *Bull. civ.* III, n° 28, JCP 1994. I. 3744 obs. Fabre-Magnan, *RTD civ.* 1994. 124 obs. Gautier.

21. *Bull. civ.* I, n° 306 ; D. 2007. 277, note Ghestin ; RDC. 2007. 256 obs. Mazeaud

22. Reproduit en Annexe.



considérations quantitatives mais également qualitatives »). Le remplacement de la cause par l'exigence d'une contrepartie convenue ne devrait donc pas modifier la jurisprudence antérieure.



### Actualité

Sur le fondement de la cause, la Cour de cassation a dernièrement réputé non écrite la clause contenue dans un contrat d'assurance de responsabilité par laquelle l'assureur limitait la garantie à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré : « Toute clause ayant pour effet de réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause et doit être réputée non écrite ». **Civ. 3<sup>e</sup>, 26 nov. 2015**, n° 14-25761, *D.* 2016. 458, note R. Boffa ; *D.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; *JCP* 2016, doct. 345, obs. Serinet.

En revanche, elle a jugé, dans le cadre d'un contrat d'assurance contre les risques locatifs d'impayés résilié par l'assuré en cours de sinistre, que la clause stipulant la cessation des indemnités à la résiliation de la convention n'avait pas à être réputée non écrite puisque, d'une part, les primes payées antérieurement à la résiliation « avaient pour contrepartie l'obligation faite à l'assureur d'indemniser les assurés des pertes locatives subies antérieurement à la résiliation du contrat ainsi que, postérieurement à celle-ci, de prendre en charge la totalité des frais de procédure et d'assurer le suivi de la procédure jusqu'à son terme lorsque les conditions sont remplies », et d'autre part « les pertes pécuniaires liées aux défaillances postérieures à la résiliation ne trouvaient pas leur origine dans les impayés survenus pendant la période de validité du contrat ». **Civ. 2<sup>e</sup>, 2 févr. 2017**, n° 15-28.011 et n° 16-10.165, *JCP* 2017, doct. 325, obs. Serinet.

S'agissant d'apprécier la validité de clause, dans ces deux arrêts, il n'est pas certain que demain le fondement soit l'article 1169 et le défaut de contrepartie convenue, mais peut-être plutôt le nouvel article 1170 ou 1171 (*cf. infra* Thème 5, n° 12 s. et 14 s.). Les solutions ne devraient pas pour autant en être modifiées.

Voir également une appréciation globale de la contrepartie à travers l'équilibre général du contrat à propos de clause dite de « bad or good leaver » permettant d'ajuster pour une éventuelle décote le prix de cession de parts sociales, reçues gratuitement par un dirigeant à l'entrée dans la société, selon les circonstances de son départ. La validité de la clause n'a pas été remise en cause par la Cour du fait que « la clause prévoyant la décote de la valeur des actions en cas de licenciement participait de l'équilibre général du contrat et s'inscrivait dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise, la cour d'appel en a justement déduit que la cause de la convention litigieuse n'était pas illicite ». **Com. 7 juin 2016**, n° 14-17.978, *D.* 2016. 2042, note Baugard et Borga, et 2365, obs. Lamazerolles ; *AJCA* 2016. 391, obs. Coupet ; *RTD civ.* 2016. 614, obs. H. Barbier ; *D.* 2017. Chron. 375, obs. Mekki.

**43.** Sur le fondement de la cause, et certainement sur celui de la contrepartie, seule l'**absence totale** de contrepartie est prise en compte par le juge : elle existe ou n'existe pas. Si le juge prenait en compte l'absence partielle de contrepartie, ou hier de cause, il apprécierait en réalité l'équivalence des prestations et donc la lésion, ce que le droit français refuse. Donc, dès lors qu'existe une contrepartie objective, même faible, le juge considère que la cause existe, et donc vraisemblablement demain la contrepartie convenue (ex : le vendeur de bijoux ayant vendu un bijou Cartier au quart de sa valeur, à la suite d'une erreur d'étiquetage, ne peut pas invoquer l'absence de cause de son obligation, un prix insuffisant n'était pas un prix inexistant : « même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause », *Civ. 1<sup>re</sup>*, 4 juill. 1995, n° 93-16198, *CCC.* 1995 n° 181, *RTD civ.* 1995. 881 obs. Mestre et Fages ; dernièrement à propos d'une cession de droits à l'image : *Civ. 1<sup>re</sup>*, 11 déc. 2008, n° 07-19.494 ; *JCP* 2009, II 10025, note G. Loiseau ; *JCP* 2009. I. 138 n° 19 obs. Ghestin. Illustration de la distinction entre vileté du prix et lésion : *Civ. 3<sup>e</sup>*, 15 déc. 2010, n° 09-16.838, *LEDC* 2011 n° 3 p4 obs. Deshayes).



44. La question se pose de l'avenir de la jurisprudence dite « club vidéo » par laquelle, dans un ensemble de contrats liés, elle a analysé l'absence de cause à travers l'impossibilité d'exécuter un contrat selon « l'économie voulue » par les parties (pour créer un club de location de cassettes vidéo, une personne a conclu un contrat de location de cassettes auprès d'une entreprise afin de les sous-louer ensuite, mais il s'est avéré qu'un tel commerce était structurellement déficitaire au regard de la taille du village : le contrat de location est annulé pour défaut de cause. **Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996**, *Bull. civ. I*, n° 286 ; *D.* 1997. 500 note Reigné ; *Defrénois* 1996. 1015 obs. Delebecque ; *RTD civ.* 1996. 903 ; *JCP* 1997. I. 4015 n° 4 obs. Labarthe : « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties étant impossible », « était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de locations des cassettes »). Cet arrêt était particulièrement controversé dans la mesure où la cause manquante était subjective, s'analysant dans les mobiles ou l'intérêt final recherché constitué par la rentabilité d'un point vidéo. Faisant entrer cet objectif final dans la « contrepartie » réelle, qui serait aujourd'hui « convenue », le contrat a été annulé<sup>23</sup>. La modification de la cause en contrepartie convenue n'est donc pas, en soi, susceptible d'empêcher ce type de jurisprudence, même si l'objectif de la suppression de la notion de cause était de supprimer les excès de son application extensive, dont cette jurisprudence est un exemple topique. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation semble l'avoir abandonné au regard des arrêts postérieurs.



#### À noter

La jurisprudence « Club vidéo » a connu plusieurs **rebondissements** ces dernières années.

On a d'abord cru l'arrêt de 1996 isolé, mais un premier arrêt en 2007, aux faits quasiment identiques, a repris la même analyse de la cause à travers l'exécution du contrat selon l'économie voulue. L'espèce conduit le juge à considérer que la cause existait, l'exécution semblant malgré tout encore possible. L'existence de ces deux arrêts (1996 et 2007) aux faits identiques, seuls à admettre une cause aussi élargie, a conduit à penser que cette interprétation de la cause devait se limiter à ces faits particuliers proches d'un ensemble contractuel composé de 2 contrats liés entre eux.

**Com., 27 mars 2007**, *D.* 2007. Pan. 2970 obs. Amrani-Mekki ; *JCP* 2007. II. 10119 note Serinet ; *CCC.* 2007 comm. 196 obs. Leveneur : « l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ; qu'il constate encore que M. X..., sur lequel repose la démonstration d'une telle situation, n'apporte que des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ».

Puis plus récemment, en juin 2009, par un arrêt certes non publié au bulletin, la chambre commerciale a semblé revenir à une position plus traditionnelle de la cause en s'en tenant à la stricte cause objective et en refusant l'annulation du bail, les obligations corrélatives étant objectivement causées. **Com, 9 juin 2009**<sup>24</sup>.

Un nouvel arrêt, relatif aux changements de circonstances en cours de contrat, peut se rattacher à ce mouvement : en se fondant sur l'art. 1131, la chambre commerciale, en référé, a laissé entendre que l'évolution des circonstances économiques pourrait avoir pour effet de déséquilibrer l'économie générale du contrat voulue par les parties au point de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par le débiteur (*cf.* Thème 7 n° 21). **Com., 29 juin 2010**<sup>25</sup>.

23. Pour une approbation, *cf.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, La formation du contrat, tome 2, Traité de droit civil, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 808 s.

24. n° 08-11.420, *RTD civ.* 2009. 719 obs. Fages, *RDC* 2009. 1345 obs. Mazeaud.

25. n° 09-67.369, *D.* 2010. 2481 note Mazeaud et 2485 note Genicon ; *JCP* 2010. 1056, note Th. Favario ; *JCP* 2011. 63 n° 9, obs. Ghestin ; *RTD civ.* 2010. 782 obs. Fages.





## B. Contrats aléatoires

45. Le droit nouveau ne devrait pas modifier les solutions antérieures. La cause de l'engagement hier, la contrepartie convenue aujourd'hui, ne peut pas être dans la contre-prestation puisque celle-ci dépend d'un aléa. C'est alors l'existence de l'**aléa** qui constitue la cause de l'engagement ou la contrepartie convenue : donc si cet aléa n'existe pas, il rend illusoire ou dérisoire la contrepartie (par ex. dans le contrat d'assurance ou de rente viagère lorsque l'espérance de vie du crédientier, connue de l'autre partie, rend dérisoire dès l'origine le montant des rentes à verser).

## C. Contrats unilatéraux

46. La difficulté des contrats unilatéraux tient au fait qu'une seule partie s'engage ; dès lors la contrepartie convenue (hier la cause) est nécessairement à rechercher ailleurs que dans l'obligation du cocontractant qui n'existe pas. L'exigence d'une « contrepartie convenue » et non plus d'une cause devrait reconduire les solutions jurisprudentielles admises antérieurement. Deux illustrations sont classiques : le prêt et la reconnaissance de dette.



### Actualité

La cause de l'engagement de la caution réside traditionnellement dans la contrepartie promise par le créancier au débiteur principal. Cette contrepartie doit également exister, et doit être recherchée par le juge saisie d'une demande de nullité pour défaut de cause de l'engagement de la caution, lorsque celle-ci s'est engagée après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective : **Com., 17 mai 2017, n° 15-15.746, JCP 2017 doct 842, obs. Serinet ; D. 2017. 1694, note Mazeaud ; RDC 2017. 421, note Laithier ; D. 2018. 371, obs. Mekki.**

### 1) Prêt

47. L'essentiel de la jurisprudence concerne le contrat de prêt pour lequel il faut distinguer selon qu'il s'agit ou non d'un contrat réel. Lorsque le prêt est un **contrat réel** (cas traditionnel, cf. Thème 2 n° 41), il est un contrat unilatéral : la remise de la chose constitue une condition de formation du contrat (formalisme du contrat réel) et donc seul l'emprunteur est débiteur d'une obligation, celle de restituer le bien prêté. La jurisprudence considère traditionnellement, sur le fondement de la cause, que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans **la remise de la chose prêtée** (dernièrement : **Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2008**<sup>26</sup>). Cette solution devrait perdurer sur le fondement d'une contrepartie convenue.



### À noter

Des auteurs ont proposé que la cause de l'obligation de l'emprunteur prenne en compte la finalité du prêt. En effet, généralement un prêt est constitué dans un but particulier, pour la réalisation d'une opération ; la cause de la restitution pourrait alors résider dans la réalisation de cette opération, ce qui permettrait d'annuler le prêt si finalement l'opération ne se réalisait pas. C'était ainsi permettre un lien entre différents contrats indépendants mais malgré tout interdépendants. Le juge ayant refusé cette approche (par ex. Com., 5 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 75 : « le financement de l'acquisition immobilière recherchée par les emprunteurs n'était pas la cause de leurs obligations »), c'est la loi qui a dû intervenir spécialement, en matière de consommation seulement, pour lier le contrat de crédit et la vente ou le service auquel il est affecté (ainsi en cas de nullité ou de résolution de l'un, l'autre contrat suit le même sort, cf. nouv. art. L. 312-55 C. consom.).

En dehors du droit de la consommation, la Cour de cassation vient de recourir à la notion d'indivisibilité (et non à la cause) pour lier le sort du prêt à celui du contrat principal : **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2015,**

26. n° 06-19.056, D. 2008. AJ 1827 obs. Delpech ; D. 2008. Chron. Cass. 1368 obs. Creton.



n° 14-13658 et n° 14-17772, D. 2015. 1837, obs. Avena-Robardet ; D. 2016. 566, obs. Mekki ; AJCA 2015. 469, obs. Mazeaud ; RTD com. 2015. 723, obs. Legeais ; Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 37, obs. Houtcieff ; JCP 2015, 1138, note Lassere Capdeville ; CCC 2015, comm. 266, obs. Raymond ; CCC 2015, comm. 274, obs. Leveneur ; RTDciv. 2016. 111, obs. H. Barbier ; RDC 2016. 16, note Laithier. Cf. Thème 6 n° 25.

Désormais, avec la réforme, c'est certainement la notion de caducité qui serait utilisée dans le cadre de telles opérations d'ensemble (cf. Thème 6, n° 24 s.).

**48.** Lorsque le prêt n'est **pas un contrat réel**, et qu'il est alors synallagmatique, la question s'est posée de la détermination, hier de la cause de l'obligation de l'emprunteur, aujourd'hui de la contrepartie convenue. En effet, depuis la jurisprudence du 28 mars 2000 (cf. Thème 2 n° 43), « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* » ; la cause devait donc en être modifiée. La Cour de cassation a eu récemment l'occasion d'affirmer que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside alors dans « **l'obligation souscrite par le prêteur** » (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2008<sup>27</sup>. – Com., 7 avr. 2009<sup>28</sup>). C'est donc une application plus classique de la cause des contrats synallagmatiques qui est ici faite, qui devrait perdurer sur le fondement de la contrepartie convenue.



#### À noter

Deux arrêts ont donc été rendus le même jour, le **19 juin 2008**, l'un sur le prêt réel, l'autre sur le prêt synallagmatique. La cause du premier réside dans la « remise de la chose » et celle de l'autre dans « l'obligation souscrite par le prêteur » qui n'est autre, généralement, que la délivrance de la chose prêtée. Les causes s'avèrent donc assez proches et objectives, le juge refusant toute extension de la cause vers le but poursuivi (cf. l'argumentation du pourvoi dans l'arrêt n° 06-19.753).

L'arrêt du 19 juin 2008 sur le prêt synallagmatique a été confirmé par **Com., 7 avril 2009** (préc.). Ce 2<sup>e</sup> arrêt est particulièrement important et intéressant car, en plus de confirmer l'arrêt précédent, il apporte une précision importante, que l'on pouvait deviner de l'arrêt de 2008, en considérant que **l'obligation souscrite par le prêteur n'est pas nécessairement la délivrance des fonds**. Son interprétation pourrait conduire à considérer que la cause peut résider dans l'affectation des fonds (plus proche de la cause subjective) mais dès lors que cette affectation a été contractuellement prévue (ce que laisse penser le visa de l'art. 1134).

Ce dernier arrêt serait donc plus conforme à l'actuelle « **contrepartie convenue** » qui appréhende l'avantage attendu de manière plus large que la seule prestation principale objective, intégrant des éléments subjectifs convenus entre les parties.

## 2) Reconnaissance de dette

**49.** Le contentieux de la cause s'intéressait également aux reconnaissances de dettes qui sont des actes unilatéraux. La jurisprudence a toujours considéré que la cause de la promesse réside dans **l'existence d'une dette à payer** (Com., 14 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 66 : « *la cause d'une reconnaissance de dette est constituée par l'obligation préexistante en contrepartie de laquelle le souscripteur de l'acte a consenti à s'engager* ») ; s'il s'avère que la dette n'existe pas, l'engagement de payer sera privé de cause. Le même raisonnement peut donc être tenu sur le fondement de la contrepartie convenue.

27. n° 06-19.753, D. 2008. AJ 1825, obs. Delpech ; Chron. Cass. 2369, obs. Creton ; JCP E 2008. 1964, note Legeais ; JCP 2008. II. 10150, note Constantin ; RDC. 2008. 1129 obs. Laithier.

28. n° 08-12.192, D. 2009. 2080, note Ghestin, JCP 2009. 77, note Lasserre-Capdeville, Defr. 2009. 1942 obs. François.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

BUREAU D. et MOLFESSIS N., note sous AP 1<sup>er</sup> déc. 1995, *LPA* 27 déc. 1995 n° 155, p. 11.

CHÉNÉDÉ F., La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel (À propos de deux arrêts de la première chambre civile du 19 juin 2008), *D.* 2008. 2555.

COUTURIER G., L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve, *Mélanges Flour, Defrénois* 1979. 95.

MOLFESSIS N., Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 41.

WICKER G., La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?, *D.* 2015. 1557

### Lectures thématiques

---

#### *Ordre public, bonnes mœurs*

**Ass. Plén. 29 oct. 2004**, *Galopin, GAJC* tome 1 n° 28 et 29 ; *JCP* 2005. II. 10011, note Chabas ; *CCC.* 2005 n° 40 obs. Leveneur ; *RDC.* 2005. 1273 s.

#### *Ordre public, bonnes mœurs*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2011**, n° 10-20.114, *D.* 2012. 59, note Libchaber, *JCP* 2012. 9, note Bakouche.

#### *Droits fondamentaux*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996**, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60 ; *D.* 1997. 167, note Lamy ; *JCP* 1996. I. 3958, n° 1 obs. Jamin ; *JCP* 1997. II. 22764, note Nguyen Van Tuong ; *RTD civ.* 1996. 1024, obs. Marguénaud ; *Defrénois* 1996. 1432, obs. Bénabent.

#### *Droits fondamentaux*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 18 déc. 2002, aff. du « digicode »**, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 ; *D.* 2004. Somm. 844, obs. Damas ; *AJDI* 2003. 182, concl. Guérin, obs. Rouquet ; *Dr. et patr.* juill.-août 2003, p. 85, obs. Loiseau ; *RTD civ.* 2003. 383, obs. Marguénaud ; *RTD civ.* 2003. 575, obs. Libchaber ; *RDC* 2004. 231, obs. Rochfeld ; *RDC* 2004. 348, obs. Lardeux.

#### *Détermination du prix*

**Ass. Plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995**, *GAJC* tome II n° 152 à 155 ; *D.* 1996. 13 ccl. Jéol, note Aynès ; *JCP* 1996. I. 22565 ccl. Jéol, note Ghestin ; *LPA* 27 déc. 1995 n° 155 p. 11, note Bureau et Molfessis.

#### *Abus dans la fixation du prix*

**Com., 15 janv. 2002** (*D.* 2002. 1974 note Stoffel-Munck, et Somm. p. 2841, obs. Mazeaud.

**Com., 4 nov. 2014**, n° 11-14026, *D.* 2015. 183, note J. Ghestin ; *JCP* 2014. 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi ; *D.* 2015. 529 obs. Mekki.

#### *Détermination du prix, services*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2000**, *Bull. civ.* I, n° 305, *CCC.* 2 001 n° 38 obs. Leveneur ; *JCP* 2 001. I. 301 n° 11 obs. Labarthe.



### *Cause, Chronopost :*

**Com., 22 oct. 1996**, *GAJC* tome II n° 157 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997. 121, note Sériaux ; *Defrénois* 1997. 333, obs. Mazeaud ; *D.* 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; *CCC.* 1997 n° 24, obs. L. Leveneur.

### *Cause, Club video*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996**, *Bull. civ.* I, n° 286 ; *D.* 1997. 500 note Reigné ; *Defrénois* 1996. 1015 obs. Delebecque ; *RTD civ.* 1996. 903 ; *JCP* 1997. I. 4015 n° 4 obs. Labarthe ; **Com, 9 juin 2009**, n° 08-11.420, *RTD civ.* 2009. 719 obs. Fages, *RDC* 2009. 1345 obs. Mazeaud.

### *Cause, prêt*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2008**, n° 06-19.753, *D.* 2008. AJ 1825, obs. Delpech ; *Chron. Cass.* 2369, obs. Creton ; *JCP E* 2008. 1964, note Legeais ; *JCP* 2008. II. 10150, note Constantin ; *RDC.* 2008. 1129 obs. Laithier.

## II. Pour aller plus loin

---

AUBERT DE VINCELLES C., Article 1163 du projet de réforme : la fixation unilatérale du prix, *RDC.* 2015. 752.

AUBERT DE VINCELLES C., Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006. 2629.

AYNÈS L., La cause inutile et dangereuse, *in* *Droit et patrimoine*, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 40.

BELLIVIER F., NOIVILLE Ch., L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ?, *RDC* 2016. 505.

BOFFA R., Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, *D.* 2015. 335.

CHASSAGNARD-PINET S., Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, *Contrat et Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Ph. le Tourneau, *D.* 2008, p. 225.

CHAZAL J.-P., Théorie de la cause et justice contractuelle, *JCP* 1998. I. 152.

FABRE-MAGNAN M., Critique de la notion de contenu du contrat, *in* « Le projet de réforme du droit des contrats », *RDC* 2015. 639.

FENOUILLET D., Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique, *in* *Mélanges Catala*, Litec 2001, p. 487.

GHESTIN J., L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue, *JCP* 2006. I. 177 ; Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause, *JCP* 2006. I. 194.

GHOZI A. et LEQUETTE Y., La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, *D.* 2008. 2609.

GRIDELJ.-P., Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée, *Mélanges Larroumet*, *Économica* 2009, p. 195 s.

GRIMALDI C., Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots (à propos du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), *D.* 2015. 814.

HONTEBEYRIE A., Article 1167 du projet de réforme : la contrepartie illusoire ou dérisoire, *RDC* 2015. 757.

LAGARDE X., Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007. 740.

LARDEUX G., Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil, *D.* 2016. 1659.



- LEQUETTE S., Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique, *RDC* 2016. 135.
- LOISEAU G., Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.* 2000. 47.
- MOURY J., La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, *D.* 2016. 1013.
- SAVATIER R., L'ordre public économique, *D.* 1965. 37.
- « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? », débats, *RDC*. 2005. 994 s. (séries d'articles).
- « Les mutations de l'ordre public contractuel », actes de colloque, Paris 9 mai 2011, *RDC*. 2012. 261 s. (rubrique Débats).

### III. Aperçu des publications récentes

---

- MOURY J., Retour sur le prix : le champ de l'article 1163 alinéa 2 du code civil, *D.* 2017. 1209
- « Le prix dans les contrats après la réforme », rubrique Débats, *RDC* 2017. 557 et s.



# Annexe

**Com., 17 mai 2017, n° 15-15.746, D. 2017. 1694, note D. Mazeaud**

**Cour de cassation  
chambre commerciale  
Audience publique du 17 mai 2017  
n° de pourvoi : 15-15746**

ECLI :FR :CCASS :2017 :CO00724

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M<sup>me</sup> Mouillard, président**

SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Capron, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1131 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 2289 du même code ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 16 mai 2008, M. Y... s'est rendu, dans une certaine limite, caution personnelle et solidaire des engagements de la société Z... Y... au profit de la société Banque populaire Centre Atlantique, devenue Banque populaire Aquitaine Centre Atlantique (la banque) ; que le 3 juillet 2009, la société Z... Y... a été mise en redressement judiciaire, lequel a été converti le 21 juillet suivant en liquidation judiciaire ; que la banque a déclaré sa créance, puis mis la caution en demeure de payer ; que le 12 décembre 2009, M. Y... s'est, dans une certaine limite, rendu caution solidaire au profit de la banque ; qu'assigné en paiement, M. Y... a demandé que soit prononcée, pour absence de cause, la nullité de son engagement du 12 décembre 2009 ; que le fonds commun de titrisation "Hugo créance 3", représenté par la société de gestion GTI Asset management, est venu aux droits de la banque en vertu d'une cession de créances ;

Attendu que pour rejeter la demande de M. Y... et le condamner à payer à la banque la somme de 100 000 euros, correspondant au montant de son engagement de caution au titre du compte courant n° [...] et des cessions de créances professionnelles impayées, l'arrêt énonce qu'il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée et que le fait d'écarter l'erreur prétendue de la caution sur la situation financière de la cautionnée, dès lors que l'existence de la dette principale est constante, équivaut à éliminer l'absence de cause, puis retient qu'il doit en être déduit que, M. Y... étant parfaitement avisé de ce que sa société avait fait l'objet d'un jugement de liquidation au moment où il a souscrit son engagement de caution, celui-ci n'était pas dépourvu de cause ;

Qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à caractériser, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de l'engagement souscrit par M. Y... après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que l'acte de cautionnement du 12 décembre 2009, postérieur à la liquidation judiciaire de la Société Z... Y..., engageait M. Z... Y... pour la somme de 100 000 euros, déboute ce dernier de ses contestations, fins et conclusions, le condamne, en sa qualité de caution de la Société Z... Y..., à payer à la Banque populaire Aquitaine Centre Atlantique la somme de 100 000 euros, correspondant au montant de son engagement de caution au titre du compte courant n° [...] et des cessions de créances professionnelles impayées et en ce qu'il statue sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens, l'arrêt rendu le 12 janvier 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;

Condamne le fonds commun de titrisation « Hugo créance 3 », représenté par la société de gestion GTI Asset Management, aux dépens ;

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

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;



Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept mai deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour M. Y...

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir dit que l'acte de cautionnement du 12 décembre 2009, postérieur à la liquidation judiciaire de la SARL Z... Y..., engageait M. Z... Y... pour la somme de 100.000 euros, d'avoir débouté M. Y... de l'ensemble de ses contestations, fins et conclusions et de l'avoir condamné en sa qualité de caution de la SARL Z... Y... à payer à la Banque Populaire Aquitaine Centre Atlantique la somme de 100.000 €, correspondant au montant de son engagement de caution au titre du compte courant [...] et des cessions de créances professionnelles impayées ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur la demande d'annulation de l'engagement de caution en date du 12 décembre 2009 pour absence de cause, aux termes de l'article 1131 du Code Civil, l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ; que M. Y... excipe d'une absence de cause à son engagement, prétendant au-delà qu'il ne s'agit pas de "faire droit de la nullité du contrat pour vices du consentement mais pour absence de cause" ; que ce raisonnement est inexact en la matière puisqu'il est acquis que non seulement il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée, mais qu'en outre le fait d'écarter l'erreur prétendue de la caution sur la situation financière de la cautionnée, dès lors que l'existence de la dette principale est constante, équivaut à éliminer l'absence de cause ; qu'il doit donc en être déduit qu'en l'espèce, M. Y... étant parfaitement avisé de ce que sa société avait fait l'objet d'un jugement de liquidation au moment où il a souscrit son engagement de caution, celui-ci n'était pas dépourvu de cause et qu'en vertu de l'article 1134 dont il se prévaut lui-même, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; que le jugement sera donc confirmé sur ce point ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'article 1131 du code civil dit à son paragraphe B8 (*sic*) que "lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul faute de cause" ; qu'à la lecture de "l'acte de cautionnement de tous engagements" du 12 décembre 2009, le paragraphe 2 stipule que le cautionnaire (*sic*) (M. Z... Y...) "entend ainsi cautionner toutes les obligations dont le débiteur principal est ou pourrait être tenu vis-à-vis de la banque", M. Z... Y... ne peut prétendre à une absence de cause ;

ALORS QUE la cause de l'engagement de la caution consiste en l'avantage ou le crédit accordé au débiteur cautionné par le créancier bénéficiaire du cautionnement ; qu'est dénué de cause l'engagement pris par la caution de garantir les dettes d'une entreprise en liquidation judiciaire dès lors que le créancier n'accorde à cette entreprise, en conséquence du cautionnement, aucun crédit ou avantage supplémentaire tel un délai ou la réduction du taux d'intérêt et que le cautionnement a pour seul objet d'engager la caution à régler une dette déjà née et insusceptible d'être recouvrée ; qu'au jour de l'engagement de caution de M. Y..., le 12 décembre 2009, la SARL Z... Y..., débiteur cautionné, était en liquidation judiciaire et la Banque Populaire n'a accordé au débiteur aucun crédit ou avantage supplémentaire ;

qu'en refusant néanmoins d'annuler le cautionnement, au motif inopérant que M. Y... pouvait se porter caution d'un débiteur insolvable et qu'en l'absence d'erreur de la caution sur la situation du débiteur principal, qu'il connaissait, le cautionnement était causé, la cour d'appel a violé les articles 1131 et 2289 du code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** cour d'appel de Bordeaux, du 12 janvier 2015

**Titrages et résumés :** CAUTIONNEMENT – Caution – Obligations – Cause – Engagement portant sur une dette existante – Engagement de caution postérieur à la liquidation judiciaire – Validité – Conditions – Détermination

Se détermine par des motifs impropres à caractériser, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause d'un engagement de caution souscrit, après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal, en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel qui retient qu'il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée et que n'est pas dépourvu de cause l'engagement souscrit par une caution, alors informée de ce que le débiteur principal avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Cause – Cause de l'obligation – Engagement portant sur une dette existante – Engagement de caution postérieur à la liquidation judiciaire – Validité – Conditions – Détermination

**Précédents jurisprudentiels :** Évolution par rapport à :1<sup>re</sup> Civ., 30 mai 1978, pourvoi n° 77-12.088, Bull. 1978, I, n° 207 (rejet)

**Textes appliqués :**

article 1131 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ; article 2289 du code civil



## Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

1. Les auteurs qui consacrent de savants et denses développements à la cause objective dans le cautionnement concèdent cependant que la question est d'un intérêt pratique extrêmement faible et qu'en jurisprudence « le domaine finalement dévolu à l'annulation pour absence de cause (...) reste extrêmement limité »<sup>1</sup>.

L'arrêt rendu, le 17 mai 2017, par la chambre commerciale de la Cour de cassation, opportunément repéré par Christophe Albiges<sup>2</sup>, retient alors d'autant plus l'attention que, précisément, il décide qu'un contrat de cautionnement est nul pour absence de cause.

2. En l'espèce, un dirigeant social avait souscrit un engagement de caution solidaire envers une banque, alors que la société cautionnée avait été mise en liquidation judiciaire.

Assignée en paiement par le créancier, la caution a agi en nullité de son engagement.

Les juges du fond l'ont déboutée au motif, en substance, d'une part, que la caution n'avait pas pu commettre d'erreur sur la situation financière de la société, dès lors que l'existence de la dette principale était avérée, d'autre part qu'elle savait que le débiteur principal était en liquidation, autant de considérations qui excluaient l'absence de cause.

La Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond considérant que de tels motifs étaient « impropres à caractériser, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de l'engagement souscrit par la caution après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective ».

3. Pour apprécier l'intérêt de cet arrêt, on s'arrêtera successivement sur l'absence de cause du cautionnement avant la réforme du droit des contrats (I), issu de l'ordonnance du 10 février 2016, puis sur la survie de la cause du cautionnement après cette même réforme (II).

### I – L'absence de cause du cautionnement avant la réforme

4. La question de la cause de l'engagement souscrit par la caution se heurte à une difficulté qui réside dans le fait que le contrat unilatéral conclu entre la caution et le créancier « s'inscrit dans une relation triangulaire à laquelle le débiteur garanti est partie prenante »<sup>3</sup>. L'identification de cette cause est d'autant plus délicate que, alors qu'en principe la cause de l'engagement du débiteur réside dans la contrepartie attendue du créancier ou dans l'intention libérale qui l'anime, « la caution, qui n'est animée d'aucune attention libérale envers le créancier n'attend rien non plus de lui en contrepartie »<sup>4</sup>, puisque le cautionnement est un contrat unilatéral.

5. Certains ont alors proposé de considérer, pour des raisons d'opportunité, que le cautionnement était un acte abstrait<sup>5</sup>, dépourvu de cause. Aussi, sa vitalité est-elle renforcée, car il échappera à toute remise en cause sur le fondement de l'absence de cause et le crédit ne s'en portera que mieux. Reste que, en dépit de son intérêt en termes de sécurité juridique, cette proposition n'a guère fait d'émules en doctrine<sup>6</sup> et que la jurisprudence y est restée insensible<sup>7</sup>.

6. La question de la cause objective dans le cautionnement a, en raison des difficultés précitées, donné lieu à différentes conceptions doctrinales (A), dont aucune n'a recueilli l'assentiment général. Puis la Cour de cassation a finalement tranché (B).

#### A – Les diverses conceptions doctrinales<sup>8</sup>

7. La cause de l'engagement souscrit par la caution ne peut pas être recherchée dans les rapports qu'elle entretient avec le créancier<sup>9</sup>; elle ne peut notamment pas consister dans la garantie fournie par celle-là à celui-ci, sauf à confondre la cause et l'objet de son obligation.

Certains ont alors proposé de l'identifier dans les rapports que la caution entretient avec le débiteur : « elle s'engage pour lui rendre service, pour faciliter son activité commerciale ou pour obtenir une rémunération »<sup>10</sup>,

1. J. François, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Economica, spéc. n° 130

2. *Gaz. Pal.* 27 juin 2017, p. 21

3. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Dalloz, 2016, n° 23.304

4. J. François, *op. cit.*, spéc. n° 125.

5. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, spéc. n° 109.

6. *V. cep.*, F. Chénéde, *op. et loc. cit.*

7. En ce sens, V. P. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2015, spéc. n° 192.

8. Pour un exposé très complet, V. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, spéc. n° 442 s.

9. *V. cep.*, P. Simler, *op. cit.*, spéc. n° 194.

10. P. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, spéc. n° 221.





en somme, la cause de l'obligation de la caution réside « dans le service rendu au débiteur »<sup>11</sup>. Mais c'est alors confondre la cause et les motifs de l'engagement de la caution, lesquels sont extérieurs au créancier et ne peuvent conduire à une annulation du contrat de cautionnement, à moins, bien sûr, d'être entrés dans le champ contractuel. Et la jurisprudence a rejeté cette thèse en refusant que « l'existence et l'évolution des relations caution/débiteur (puissent) servir de cause à l'engagement de la caution »<sup>12</sup>.

D'autres ont alors soutenu que la cause de l'engagement de la caution résidait dans les rapports entre le débiteur principal et le créancier : « la cause de l'obligation puiserait sa source dans la conclusion ou le maintien de la convention principale qui donne naissance à la dette garantie »<sup>13</sup>. En somme, la caution s'engage soit pour que le débiteur obtienne un crédit, le maintien de celui-ci ou l'octroi de tout autre avantage, tels un délai ou la réduction d'un taux d'intérêt<sup>14</sup>.

C'est dans cette voie que s'est engagée la Cour de cassation.

## B – La conception retenue par la Cour de cassation

8. Dans un arrêt de principe, rendu le 8 novembre 1972, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que la cause de l'obligation de la caution réside dans la considération de l'obligation corrélativement souscrite par le créancier, en l'occurrence l'ouverture de crédit accordée au débiteur principal<sup>15</sup>. Au fond, la cause de l'engagement de la caution réside dans l'avantage octroyé par le créancier au débiteur principal.

La solution n'a pas, loin s'en faut, fait l'unanimité. On lui a reproché, c'est selon, de conduire à une confusion entre cause et objet de l'obligation<sup>16</sup>, de renvoyer en réalité « aux relations que la caution entretient avec le débiteur »<sup>17</sup>, puisque la caution s'engage pour procurer un avantage dont va bénéficier ce dernier, ou d'être indissociable de la relation caution-créancier<sup>18</sup>.

9. Reste que la jurisprudence l'a appliquée par la suite, comme l'arrêt commenté en témoigne, sans doute parce qu'elle n'affaiblit pas la sécurité juridique, dans la mesure où le créancier connaît par hypothèse la raison pour laquelle la caution s'engage<sup>19</sup>.

L'arrêt est d'autant plus remarquable que le potentiel d'exploitation de la cause objective est faible, en raison notamment de la concurrence du caractère accessoire du cautionnement, qui suffit souvent à l'annuler sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de cause, et des vices du consentement<sup>20</sup>. Tant et si bien que, hormis l'hypothèse dans laquelle le créancier refuse d'accorder l'avantage attendu par le débiteur principal ou le supprime, le champ d'application de la nullité du cautionnement pour absence de cause semble réduit comme une peau de chagrin. En l'espèce, l'exigence d'une cause a ainsi permis à la caution d'obtenir la nullité du contrat, alors qu'une action fondée sur l'erreur n'aurait eu aucune chance de prospérer, puisque la caution connaissait parfaitement la situation financière et juridique très délicate dans laquelle se trouvait le débiteur principal. Le contrat de cautionnement est nul pour absence de cause, faute d'avantage consenti par le créancier au débiteur, puisque la dette garantie était « antérieure à l'ouverture de la procédure collective » et que celui-ci ne pouvait pas la recouvrer.

L'avenir de la règle jurisprudentielle suppose que l'on s'interroge sur l'impact de la réforme du droit des contrats à son égard.

## II – La survie de la « cause » du cautionnement avec la réforme

La substitution de la contrepartie à la cause dans la réforme du droit des contrats (A) sera évoquée avant qu'elle ne le soit dans le contrat de cautionnement (B).

### A – La substitution de la contrepartie à la cause dans la réforme

10. Comme chaque observateur du droit des contrats le sait, le mot « cause » a disparu du code civil depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Cependant, ses fonctions, notamment celle que remplissait

11. J. François, *op. cit.*, spéc. n° 128.

12. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2016, spéc. n° 213.

13. *Ibid.*, spéc. n° 215.

14. En ce sens, V. C. Albiges, *eod. loc.*, spéc. p. 22.

15. D. 1973. 753, note P. Malaurie.

16. P. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, spéc. n° 222.

17. J. François, *op. cit.*, spéc. n° 127.

18. P. Simler, *op. cit.*, spéc. n° 194.

19. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, spéc. n° 215.

20. Sur cette question, V. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.*, spéc. n° 455 s.



la cause objective qui nous retient ici, n'ont pas été rayées de la carte. La cause objective assure la rationalité de l'engagement contractuel et protège l'intérêt privé d'un contractant contre un déséquilibre structurel, à savoir un engagement souscrit sans contrepartie ou moyennant une contrepartie dérisoire ou illusoire, ce qui revient au même.

Or, en vertu de l'article 1169 nouveau, « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa conclusion, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Il n'est donc pas besoin d'être grand clerc pour considérer que, comme l'a fort justement souligné Guillaume Wicker, si le mot a été rayé de la carte contractuelle, la notion de cause survit à travers le maintien de ses fonctions<sup>21</sup>. En somme, si disparition il y a, elle n'est tout au plus que formelle. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la règle était la suivante : le contrat à titre onéreux était nul *pour absence de cause* lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est absente, illusoire ou dérisoire. Depuis l'entrée en vigueur de ladite réforme, il n'est plus précisé qu'un tel contrat est nul pour absence de cause, il l'est en raison du caractère dérisoire ou illusoire de la contrepartie et *a fortiori* lorsque celle-ci fait défaut ; il est donc nul, dans ces hypothèses, pour absence de contrepartie.

On mesure l'ampleur du changement opéré par l'ordonnance... La contrepartie a donc été substituée à la cause, ni plus, ni moins !

## B – La substitution de la contrepartie à la cause dans le cautionnement

**11.** Comme l'ont relevé justement certains auteurs, il est concevable de transposer cette substitution en matière de cautionnement, contrat unilatéral à titre onéreux<sup>22</sup>.

Puisqu'avec la règle applicable aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme, la cause de l'engagement de la caution réside, comme on l'a vu, dans l'avantage procuré par le créancier au débiteur, il est permis de penser que le contrat de cautionnement entre dans le champ d'application de l'article 1169 et qu'il sera nul en l'absence de contrepartie convenue, voire de contrepartie dérisoire ou illusoire octroyée par le créancier au débiteur. Dans cette perspective, la « contrepartie convenue » au profit du débiteur, en clair le crédit octroyé ou maintenu, ou le délai qui lui est accordé, doit alors s'entendre comme « l'avantage » attendu, caractéristique du contrat à titre onéreux tel qu'il est défini par le nouvel article 1107<sup>23</sup>. Dès lors, quand le débiteur ne reçoit pas le crédit en contemplation duquel la caution s'était engagée, ou que celui-ci est supprimé dans un bref délai, ou que tout autre avantage légitimement attendu ne lui est pas finalement octroyé, le contrat de cautionnement pourra être annulé pour absence de cause, pardon, pour absence de contrepartie... en vertu de l'article 1169.

21. La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?, D. 2015. 1557.

22. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016, spéc. p. 289 ; P. Simler et P. Delebecque, Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière, Dalloz, 2016, spéc. n° 100.

23. En ce sens, G. Wicker, *eod. loc.*



# Thème 5

## Le contenu du contrat (2) : l'équilibre du contrat

### Plan du thème

#### Section 1 – LA LÉSION

##### § 1. Principe d'indifférence

##### § 2. Exceptions

###### *A. Exceptions du Code civil*

- 1) Vente d'immeuble
- 2) Incapables

###### *B. Les évolutions postérieures*

#### Section 2 – LES CLAUSES DÉSÉQUILIBRANTES

##### § 1. Droit commun : les clauses réputées non écrites

###### *A. Tous les contrats : l'atteinte à l'obligation essentielle*

###### *B. Contrats d'adhésion : le déséquilibre significatif*

##### § 2. Droit de la consommation : les clauses abusives entre professionnels et consommateurs

###### *A. Domaine d'application : les parties au contrat*

- 1) Professionnel
- 2) Consommateur
- 3) Non-professionnel

###### *B. Identification des clauses abusives*

- 1) Sources identifiant les clauses
- 2) Critère de l'abus

###### *C. Sanctions*

##### § 3. Droit commercial : les obligations déséquilibrées entre professionnels

# L'équilibre du contrat

## Introduction

1. Lorsqu'on parle d'équilibre du contrat, on s'interroge sur le fait de savoir si les prestations auxquelles les parties se sont engagées sont globalement proportionnées. Si le principe reste celui de l'interdiction de la **lésion** (1), le droit français, et particulièrement la **réforme** met en place des outils permettant au juge de restaurer un certain équilibre du contrat en l'autorisant à éradiquer les **clauses** qui le déséquilibrent (2).

## Section 1 – LA LÉSION

### § 1. Principe d'indifférence

2. La lésion est le préjudice qui résulte du défaut d'équivalence des prestations principales réciproques, au moment de la formation du contrat. Fondé sur la liberté contractuelle et la sécurité des transactions, le **principe du refus** de sa prise en compte, anciennement mentionné à l'article 1118, est désormais repris au nouvel article 1168. Cependant il existe de nombreuses exceptions à ce principe.

### § 2. Exceptions

#### A. Exceptions du Code civil

3. Comme auparavant, le nouvel article 1168 permet la prise en compte de la lésion lorsque la loi en dispose autrement. Existait en 1804 trois exceptions dans le Code civil, mais il n'en reste plus que deux aujourd'hui (les dispositions sur le partage ont été modifiées par la loi du 23 juin 2006 réformant les successions, anc. art. 887 ; nvel art. 889).

#### 1) Vente d'immeuble

4. Le domaine de la rescision pour lésion d'une vente d'immeuble (art. 1674 à 1685) est particulièrement restreint, raison de sa faible utilisation : ne sont concernées que les ventes **d'immeuble** (à l'exclusion des ventes aléatoires ou celles faites par autorité de justice) ; l'action n'est ouverte qu'au **vendeur** ; dans **un délai de 2 ans** courant à compter de la vente (ce délai court même contre le majeur sous tutelle sans violer l'article 6 § 1 de la CEDH et le droit d'accès à un tribunal : Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mai 2009 <sup>1</sup>) ; et la lésion doit être au moins des **7/12<sup>e</sup>**, appréciée au jour de la vente.

5. **Les effets** de l'action en rescision pour lésion sont très particuliers puisque, une fois la lésion admise, l'acheteur se trouve face à une option exceptionnelle en droit des contrats : soit l'acheteur préfère la rescision de la vente (s'apparentant à une nullité relative), soit l'acheteur préfère conserver l'immeuble. Dans ce dernier cas, la sanction se rapproche d'une révision du prix puisque l'acheteur devra alors payer « **le supplément du juste prix**, sous la déduction du 10<sup>e</sup> du prix total » (art. 1681, vu comme une prime à la bonne affaire), ainsi que « l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision » (art. 1682). La révision du prix nécessite donc de procéder à 3 opérations successives : calcul du supplément à payer (selon le mécanisme de dette de valeur : calcul du pourcentage de lésion au jour de la vente appliqué à la valeur de l'immeuble au jour du paiement du supplément de prix), déduction du 10<sup>e</sup> du prix total (prix total = prix versé au jour de la vente + supplément final versé), calcul des intérêts.

1. n° 08-13.813, *JCP* 2009. 574 n° 2, obs. Mekki, *CCC.* 2009, com 215, obs. Leveneur.



## 2) Incapables

6. La rescision pour lésion est envisagée dans le Code civil pour les personnes protégées, sans seuil particulier, laissant au juge la possibilité d'apprécier en fonction de l'intérêt de l'incapable. Sont concernés par l'action en rescision : les actes accomplis par le mineur (nouv. art. 1149) ; les actes accomplis par un majeur sous sauvegarde de justice (art. 435) ; les actes accomplis par un majeur sous curatelle (art. 465) ; les actes accomplis par un majeur sous mandat de protection future (art. 488).

### B. Les évolutions postérieures

7. Ces évolutions sont légales et jurisprudentielles. Si le principe du nouvel article 1168 du Code civil est toujours d'actualité, des exceptions supplémentaires ont été ajoutées par des lois spéciales, montrant ainsi la prise en compte contemporaine des déséquilibres contractuels (par ex. cession de l'exploitation d'une œuvre littéraire et artistique, art. L. 131-5 CPI ; règlement sur l'usure, nouv. art. L. 314-6 c. consom.). À ces exceptions légales, il faut ajouter l'ancien article L. 442-6 I 2° devenu l'article L. 442-1, I, 2° du code de commerce qui prend en compte les déséquilibres des prestations principales pour engager la responsabilité civile de son auteur (*cf. infra* n° 31 s).

8. Plus audacieuses ont été les évolutions jurisprudentielles. Une première notoire a concerné la **cession des offices ministériels** pour lesquelles le juge autorisait, au nom de l'ordre public intéressé à ces contrats, une révision des prix excessifs depuis 1910, mais cette jurisprudence a fait l'objet d'un revirement en 2004 pour revenir au droit commun (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2004<sup>2</sup>. Déjà Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 2002, *D.* 2002. IR 2516, puis renvoi après cassation à Dijon, 16 avr. 2009). Une deuxième exception jurisprudentielle, tout aussi notoire et plus audacieuse, concerne la jurisprudence sur la **réduction des honoraires excessifs**. Si le principe est que le juge ne peut pas, sans texte légal, apprécier l'équilibre des prestations, dès le XIX<sup>e</sup> siècle il s'est arrogé le droit de contrôler le montant des honoraires, d'abord dans le cadre du mandat (Civ., 29 janv. 1867, *GAJC* tome II n° 281), puis ensuite pour les **professions libérales** (par ex. avocat, Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *JCP* 1998, II, 10115, concl. Sainte-Rose ; généalogiste, 5 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 168 ; *Deffrénois* 1998. 1042, obs. P. Delebecque ; *CCC.* 1998, n° 111, obs. L. Leveneur, confirmé par **Civ. 1<sup>re</sup>, 21 févr. 2006, Bull. civ. I**, n° 100, *Deffrénois* 2006. 1223, obs. Libchaber, *RLDC.* 2006 n° 1087). Le terme de lésion n'apparaît pas dans la jurisprudence, mais en modérant les honoraires qu'il juge excessif par rapport à la prestation accomplie, le juge apprécie l'existence d'une lésion ; c'est bien l'équilibre entre le prix et la prestation qui est ici apprécié autorisant une réfaction judiciaire du prix. La justification de la révision judiciaire tient au fait qu'avant l'accomplissement de la prestation les parties n'ont pas les moyens d'apprécier la valeur réelle de la prestation. Mais si les parties s'accordent sur un prix après l'accomplissement de la prestation, le juge perd son pouvoir d'appréciation du prix et celui-ci s'impose (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1970, *Bull. civ. I*, n° 23 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avr. 1997<sup>3</sup>).



#### Actualité

Réduction des honoraires d'un avocat après paiement par le client au motif que la facture de l'avocat ne respectait pas le formalisme exigé par l'art. L. 441-3 du Code de commerce s'agissant des diligences effectuées : « Vu l'article 10 de la loi n° 1130 du 31 décembre 1971 ensemble l'article L. 441-3 du code de commerce ; Attendu qu'il résulte de ces textes que ne peuvent constituer des honoraires librement payés après service rendu ceux qui ont été réglés sur présentation de factures ne répondant pas aux exigences du second d'entre eux, peu important qu'elles soient complétées par des éléments extrinsèques ». **Com., 6 juill. 2017, n° 16-19354, RDC 2018. 23**, note Stoffel-Munck ; *D.* 2017. 2410 note Pellier.

2. n° 01-10.271, *Bull. civ. I*, n° 307, *RDC.* 2005. 681 obs. Mazeaud ; *CCC.* 2005 n° 60 obs. Leveneur.

3. *Bull. civ. I*, n° 113 ; *Deffrénois* 1997 obs. Benabent ; *RTD civ.* 1998. 373 obs. Mestre.





### À noter

Cette jurisprudence n'ayant pas donné lieu à une consolidation par la **réforme** du droit des contrats, il n'est pas certain qu'elle demeure. Une partie du contentieux se déplacera certainement sur le terrain de la fixation unilatérale du prix dans les contrats de services (nouv. art. 1165), mais uniquement pour les cas où les parties n'auront pas convenu d'un prix avant l'exécution du contrat. En revanche, la question reste entière dans les autres hypothèses où les parties auront convenu d'un prix avant l'exécution, ce qui est généralement le cas des prestations d'avocats ou de généalogistes, et que celui-ci s'avérera excessif une fois la prestation réalisée (pour la possibilité révision du prix par le juge, *cf.* Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2002, n° 00-12146, CCC 2003, comm. 3, obs. Leveneur). *Cf. supra* Thème 4 n° 31.

9. Par ailleurs, les évolutions jurisprudentielles sur la **cause** antérieures à la réforme fournissaient un autre vecteur au juge, avec ses limites, pour apprécier l'équilibre du contrat (*cf.* Thème 4 n° 35.). Ce sont ces évolutions qui ont conduit à l'abandon de la cause d'une part, mais à la consécration d'autre part de dispositions autonomes permettant d'éradiquer les clauses excessives (*infra* n° 10s.).



### À noter

La **réforme** du droit des contrats introduit également une autre limite au principe d'indifférence de la lésion avec l'**abus de dépendance**, inclus dans le vice de violence. Dans la mesure où il faut prouver « un avantage manifestement excessif » qui sera généralement, mais pas nécessairement, tiré du déséquilibre des prestations contractuelles, ce vice revient à une forme de lésion qualifiée (*cf.* Thème 3, n° 50 s.).



### Mémo

Notre droit refuse la prise en compte de la **lésion**, considérant que **l'équilibre du contrat est la chose des parties** ; seules elles peuvent l'assurer et l'apprécier, sans intervention judiciaire (a. 1168).

Conscient de la nécessité pour le juge d'intervenir lorsque les contrats sont déséquilibrés, des **exceptions**, de plus en plus nombreuses, ont été admises.

Les **exceptions légales** concernent aujourd'hui essentiellement la **vente d'immeuble** du Code civil et plusieurs autres contrats particuliers, mentionnés dans des lois spéciales (not. anc. art. L. 442-6 | 2° devenu l'article L. 442-1, I, 2° du code de commerce).

La principale exception jurisprudentielle est ancienne et consiste en la **révision des honoraires excessifs**, limitée à certains contrats portant sur des services. Cette jurisprudence n'a pas été consacrée par la **réforme**, autorisant à s'interroger sur son avenir.

## Section 2 – LES CLAUSES DÉSÉQUILIBRANTES

10. Au fil des décennies, à l'initiative de la jurisprudence, puis du législateur, des moyens d'éradiquer des clauses déséquilibrant l'économie du contrat se sont développés sur différents fondements. La réforme du droit des contrats a finalisé ce processus en consacrant dans le droit commun les moyens initiés par la jurisprudence. Il existe aujourd'hui trois sources permettant d'éradiquer ces clauses : le droit commun depuis la réforme (1), le droit de la consommation avec les clauses abusives (2) et une disposition du code de commerce issue des pratiques restrictives de concurrence (3).

### § 1. Droit commun : les clauses réputées non écrites

11. Jusqu'à la réforme du droit des contrats, le seul moyen issu du droit commun pour éradiquer une clause du contrat, en raison du déséquilibre qu'elle crée dans l'économie du contrat, était d'utiliser le



fondement de la cause, dans le mouvement de sa subjectivisation. La réforme ne s'est pas contentée de consacrer cette jurisprudence (A), elle a également innové en insérant dans le Code civil une disposition proche des clauses abusives du droit de la consommation (B).

### A. Tous les contrats : l'atteinte à l'obligation essentielle

12. Le nouvel article 1170 du Code civil dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Cette disposition est la consécration de la jurisprudence « **Chronopost** » de 1996 qui utilisait à l'époque le fondement de la cause pour réputer non écrites les clauses qui vidaient de leur substance l'obligation essentielle du débiteur. Si cette jurisprudence s'est développée à partir des clauses limitatives de responsabilité, d'abord dans le transport (Chronopost : **Com.**, 22 oct. 1996, *GAJC* tome II n° 157 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997. 121, note Sériaux ; *Deffrénois* 1997. 333, obs. Mazeaud ; *D.* 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; *CCC.* 1997 n° 24, obs. L. Leveneur ; **Com.**, 30 mai 2006<sup>4</sup> ; transport de marchandises : **Com.**, 5 juin 2007<sup>5</sup>), puis dans d'autres domaines (pour une licence de logiciel, **Com.**, 13 févr. 2007, *Faurecia*<sup>6</sup> ; suite de *Faurecia* : **Com.**, 29 juin 2010<sup>7</sup>. Pour EDF : **Com.**, 18 déc. 2007<sup>8</sup> ; pour la cession d'un fonds de commerce : **Com.**, 9 juin 2009<sup>9</sup>), rien n'empêchait son application à toute autre clause. Le nouvel article 1170 ne fait donc qu'en prendre acte.



#### À noter

L'arrêt historique **Chronopost** a permis d'éradiquer une clause limitative de responsabilité d'un contrat sur le fondement, à l'époque, de la cause : le juge considérait que la cause de l'obligation du client de Chronopost faisait défaut dans la mesure où la clause limitative de responsabilité contredisait la portée de l'obligation essentielle du transporteur, c'est-à-dire la célérité du transport. En d'autres termes, si la cause de l'obligation du client résidait dans l'objet de l'obligation du transporteur (son obligation essentielle de transport rapide), cette obligation était privée de portée en raison d'une clause qui limite à l'extrême sa responsabilité en cas d'inexécution. La nouveauté de l'arrêt était double : une nouvelle utilisation de la cause centrée sur une clause qui déséquilibrait le contrat et la sanction originale de la clause réputée non écrite (et non la nullité du contrat).

**Com.**, 22 oct. 1996, préc. : « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé (l'article 1131 du C. civ) ».

13. Désormais, puisque la cause a disparu, c'est sur le fondement de l'article 1170 et l'atteinte à l'obligation essentielle, sans autre référence, que ces clauses peuvent être éradiquées. Pour que la clause soit éradiquée, il faut la réunion de **deux conditions**. D'abord, il faut que la clause litigieuse porte atteinte à « l'**obligation essentielle** » du débiteur, c'est-à-dire son obligation principale et non une obligation accessoire ou secondaire. Il faut, ensuite, que la clause « **prive de sa substance** » cette obligation, c'est-à-dire que l'application de la clause revienne à nier l'obligation essentielle. L'atteinte doit donc être d'une très forte intensité. S'agissant d'une clause limitative de responsabilité, cette privation se manifestera par un plafond de dommages et intérêts très faible voire dérisoire (ex. de validité d'une clause de renonciation à recours ne vidant pas de sa substance l'obligation essentielle en raison d'une

4. *Bull. civ.* IV, n° 132 ; *D.* 2006. 2288 note Mazeaud ; *D.* 2006. Pan. 2646 obs. Fauvarque-Cosson ; *CCC.* 2006 n° 183 obs. Leveneur ; *RDC.* 2006. 1075 obs. Laithier.

5. *P.* 2007. 1720, obs. ; Delpech ; *JCP* 2007. II. 10145 note Houtcieff.

6. *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *JCP* 2007. II. 10063 note Serinet ; *RLDC* mai 2007 p. 6 note Loiseau ; *JCP* 2007. I. 185 n° 10 s. obs. Stoffel-Munck.

7. n° 09-11.841, *D.* 2010. 1821 note D. Mazeaud ; *D.* 2011. Pan. 35, obs. O. Gout ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. Fages ; *JCP* 2010. 787 note D. Houtcieff ; *JCP E* 2010 1790 note P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010/4 p. 1220 obs. Laithier, et p. 1253 obs. Deshayes.

8. n° 04-16.069, *D.* 2008. AJ 154 obs. Delpech ; *JCP* 2008. I. 125 n° 13 s. obs. Stoffel-Munck.

9. n° 08-10.350, *RDC* 2009. 1359 obs. Mazeaud, *JCP* 2009. 273 n° 14 obs. Ghestin.



répartition des risques inscrite « dans le cadre de relations habituelles et équilibrées », **Com., 26 avril 2017, n° 15-23239**, CCC 2017, comm. 140, obs. Leveneux ; RDC 2017. 431, note Knetsch ; RTD civ. 2017. 851, obs. H. Barbier ; D. 2018. 371, obs. Mekki).



### À noter

Cette exigence d'une atteinte forte au point que l'obligation essentielle soit privée de sa substance fait écho à une controverse postérieure à l'arrêt Chronopost de 1996. Dans les années qui ont suivi, la Cour de cassation se contentait de constater que la clause limitative de responsabilité s'appliquait dans le cas d'une obligation essentielle inexécutée pour l'éradiquer, sans vérifier si elle lui ôtait véritablement sa substance (pour un arrêt particulièrement clair et la note du commentateur : **Com., 13 févr. 2007, Faurecia 1**, préc., JCP 2007. I. 185 n° 10 s. obs. Stoffel-Munck). Cependant, après quelques arrêts postérieurs laissant penser à une évolution car prenant en compte le plafond de la clause limitative pour n'éradiquer que les clauses au montant dérisoire (pour un début de changement, cf. Com., 18 déc. 2007, préc.), un **arrêt très important** a été rendu par la chambre commerciale le **29 juin 2010 (Faurecia 2)**<sup>10</sup> prenant définitivement en compte un certain nombre d'éléments du contrat afin de vérifier si la clause limitative vide ou non de toute substance l'obligation essentielle.

L'arrêt *Faurecia 1* du 13 février 2007 (préc.) a donné lieu à un arrêt de renvoi qui a refusé d'éradiquer la clause limitative au motif que la clause n'était pas dérisoire et dès lors ne privait pas de cause l'engagement du créancier (Paris, 26 nov. 2008<sup>11</sup>).

Un pourvoi en cassation a été formé pour donner lieu à l'arrêt *Faurecia 2* du 29 juin 2010 qui a rejeté le pourvoi : « attendu que **seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle** souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société *Faurecia* sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications ; que la cour d'appel en a déduit que **la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle** de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

Il ne suffisait donc plus qu'une clause limitative de réparation s'applique à l'inexécution d'une obligation essentielle pour être réputée non écrite : il fallait qu'elle vide de toute substance l'obligation essentielle. Pour le vérifier, le juge a raisonné en 2 temps : il a vérifié d'abord le contenu de la clause et le plafond de responsabilité, pour ensuite apprécier la clause par rapport à l'économie générale du contrat.

C'est cette dernière jurisprudence que la réforme a consacrée dans l'article 1170.

### **B. Contrats d'adhésion : le déséquilibre significatif**

**14.** Beaucoup plus innovant est le nouvel article 1171 puisqu'il permet qu'une clause qui crée un simple « déséquilibre significatif » soit **réputée non écrite** ; le déséquilibre est donc bien moins fort que dans l'hypothèse de l'article 1170, raison pour laquelle la réforme l'a limité à un certain champ d'application. Cette disposition, très inspirée des clauses abusives du droit de la consommation (cf. *infra*

10. n° 09-11.841, D. 2010. 1821 note D. Mazeaud ; D. 2011. Pan. 35, obs. O. Gout ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages ; JCP 2010. 787 note D. Houtcieff ; JCP E 2010 1790 note P. Stoffel-Munck ; RDC 2010/4 p. 1220 obs. Laithier, et p. 1253 obs. Deshayes.

11. JCP 2009. I. 123, n° 11, obs. Stoffel-Munck, RDC. 2009. 1010 obs. Génicon.





n° 17) et plus généralement de nombreux droits étrangers (droit allemand notamment) ainsi que des projets européens, est l'une des dispositions qui a été la plus commentée de la réforme et également la plus discutée au cours de la procédure de ratification. Cette nouvelle démarche se justifie par la prise en compte du déséquilibre de forces pouvant exister entre les contractants : du fait d'une situation d'infériorité de l'un d'eux, peuvent résulter des clauses excessives imposées sans que la partie faible en ait conscience ou sans qu'elle ait pu les négocier.

**15.** La limitation dans l'application de ce texte est double.

– Tout d'abord, il ne s'applique qu'aux **contrats d'adhésion** (ce qui constitue un ajout par rapport au projet d'ordonnance qui avait généralisé la clause à tous les contrats, quelles que soient les parties contractantes ; le champ était alors plus vaste que dans le droit de la consommation, ce qui était excessif pour un droit commun et avait donc suscité de nombreuses critiques <sup>12</sup>). La définition de ces contrats a fait l'objet d'une modification par la loi de ratification, que l'article 1110 al. 2 définit désormais comme ceux « qui comportent un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Peu importe donc la qualité des parties contractantes, professionnels ou consommateurs, ce qui est logique dans le cadre d'un droit commun. Cette disposition a donc vocation à s'appliquer lorsque ni le droit de la consommation ni le droit commercial ne pourront s'appliquer, ce qui sera certainement résiduel (par ex. les professions libérales).

– Ensuite, la clause litigieuse doit être « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties ». Cet ajout est le fruit de la **loi de ratification** qui restreint l'application du texte conformément aux souhaits du Sénat. Le texte s'inspire de la formulation généralement retenue par les projets académiques limitant l'éradication aux « clauses non négociées » (Projet Terré, art. 67 ; Projet Catala, art. 1122-2), à la différence que ceux-ci ne connaissent que cette limite sans celle des contrats d'adhésion.

**16.** Il faut ensuite établir un « **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties au contrat », reprenant ainsi la formulation des clauses abusives du droit de la consommation. Comme lui, mais à la différence de l'ancien article L. 442-6 devenu l'article L. 442-1 du code de commerce, le déséquilibre ne peut porter « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation », afin de respecter le principe du refus de la lésion. L'interprétation du déséquilibre sera certainement la même que pour les clauses abusives (*cf. infra* n° 25 s.).

## § 2. Droit de la consommation : les clauses abusives entre professionnels et consommateurs

**17.** La législation sur les clauses abusives permet de supprimer certaines clauses d'un contrat conclu entre professionnels et consommateurs dès lors qu'elles causeraient un déséquilibre entre les prestations. Cette législation est essentiellement née dans le cadre des contrats d'adhésion, systématique dans le droit de la consommation. La première loi date du 10 janvier 1978 (n° 78-23), qui a été modifiée par une autre du 1<sup>er</sup> février 1995 à la suite de la nécessaire transposition d'une **directive** européenne du 5 avril 1993. Depuis la création du code de la consommation en 1993, cette législation était codifiée à l'article L. 132-1 (al. 1 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »). La législation sur les clauses abusives a subi une réforme importante par la loi LME <sup>13</sup> du 4 août 2008, à laquelle s'ajoutent les dernières modifications apportées par la **loi du 17 mars 2014** relative à la consommation (loi Hamon).

12. Contre : STOFFEL-MUNCK Ph., Les clauses abusives : on attendait Grouchy..., *in* Droit et patrimoine, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 56 ; BOFFA R., Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015. 335 (*cf.* Annexe) ; Pour : DISSAUX N., Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte, *in* Droit et patrimoine, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 53.

13. LME = Loi de modernisation de l'économie





## Actualité

Le Code de la consommation vient d'être totalement **recodifié**, à droit constant, par **l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016** « relative à la partie législative du code de la consommation », modifiant le plan et donc toute la numérotation<sup>14</sup>, **ratifiée** par la loi n° 2017-203 du 21 fév. 2017 qui a opéré quelques modifications. La partie réglementaire a été également totalement refondue par le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016. Le fond des dispositions reste le même, avec quelques petites nouveautés. Ces nouvelles dispositions entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

L'ancien art. L. 132-1 a été **scindé en 2 articles** par cette réforme : l'art. **L. 212-1** pour la désignation des clauses abusives, et l'art. **L. 241-1** pour la sanction.

### A. Domaine d'application : les parties au contrat

#### 1) Professionnel

**18.** Le professionnel, **défini pour la première fois** dans le nouvel article préliminaire du code de la consommation issu de **l'ordonnance du 14 mars 2016** recodifiant le code, est « une personne physique ou morale (...) qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel », définition qui reprend celle du droit européen. Cette personne peut également être « privée ou publique », comme l'avait décidé antérieurement le Conseil d'État qui avait appliqué la législation sur les clauses abusives aux contrats conclus par les entreprises de service public afin de vérifier la légalité des clauses réglementaires qui y sont incluses (**CE 11 juill. 2001, Société des eaux du Nord**, req. n° 221458, *JCP* 2 001. I. 370 n° 1 s. obs. Sauphanor-Brouillaud). La Cour de justice a considéré récemment que **l'avocat** est un professionnel au sens de la directive 93/13 ce qui permet de soumettre sa relation avec son client à la législation sur les clauses abusives (**CJUE 15 janv. 2015, Šiba**, C-537/13 : D. 2015, 588, obs. N. Sauphanor-Brouillaud).



#### À noter

**L'avocat** étant un professionnel au sens du droit de la consommation, celui-ci s'applique de manière générale, au-delà des seules clauses abusives, aux contrats qu'il conclut avec des consommateurs. Ainsi, s'applique à ces contrats le délai de **prescription biennale** de l'anc. art. L. 137-2 du code de la consommation (nouv. art. L. 218-2) pour les actions que les avocats entameraient contre leurs clients consommateurs (à propos d'une demande en fixation des honoraires : **Civ. 2<sup>e</sup>, 26 mars 2015**, n° 14-11599, D. 2015. 812).



## Actualité

N'est pas considérée comme un professionnel la SPA lorsqu'elle procède au don d'animaux : le contrat conclu avec un consommateur échappe alors au régime des clauses abusives du code de la consommation : **Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2016**, n° 15-13.236, CCC 2016 comm. 201, obs. Desvaux ; D. 2016. 2086, obs. V. Brémond ; D. 2017. 539 obs. NSB ; *AJ Contrat* 2016. 436, obs. Picod ; *JCP* 2016, 924, note Paisant.

#### 2) Consommateur

**19.** Le consommateur est désormais défini à **l'article préliminaire du code de la consommation** introduit par la loi **Hamon du 17 mars 2014** relative à la consommation, en reprenant les termes de la

14. Sauphanor-Brouillaud N., Recodification du droit de la consommation. À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP* 2016, 392



directive 2011/83/UE qui est sur ce point d'harmonisation totale : est un consommateur « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole <sup>15</sup> » (art. préliminaire, C. consom). Il s'agit d'une définition objective et stricte qui exclut les personnes morales et, concernant les personnes physiques, ne prend pas en compte leur compétence réelle : l'essentiel est d'agir en dehors d'un cadre professionnel, peu importe que l'on ait, ou pas, des compétences. Ainsi, un **avocat** est considéré comme un consommateur lorsqu'il contracte pour ses besoins personnels (**CJUE, 3 sept. 2015**, aff. C-110/14, Costea, *JCP* 2015, doct 1261, n° 2, obs. Sauphanor-Brouillaud, *JCP* 2015, 1110 note Paisant), mais n'est pas un consommateur un professionnel qui contracte pour cesser son activité (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2015, n° 14-13062, *JCP* 2015, doct. 808, n° 1, obs. Sauphanor-Brouillaud ; *D.* 2015. 1030, note X. Henry ; *RDC* 2015. 925, note Sauphanor-Brouillaud).

**20. Jusqu'à la loi Hamon de 2014**, et faute de définition dans la loi, la question s'était posée au lendemain de la loi de 1978 sur les clauses abusives du champ de la notion de consommateur et de la possibilité d'y inclure des personnes morales mais également des professionnels qui n'agiraient pas dans leur domaine de spécialité. En effet, un professionnel peut parfois se retrouver dans la même situation qu'un simple consommateur (par ex. un commerçant qui conclut un contrat de télésurveillance ; un assureur qui achète du matériel informatique). Après plusieurs hésitations, à partir de 1995 le juge a adopté une notion élargie du consommateur en considérant que ne sont exclus de cette législation que « les contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un **rapport direct** avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant » (Civ. 1<sup>re</sup>, **24 janv. 1995** <sup>16</sup>). Autrement dit, sont des consommateurs ou des non-professionnels non seulement **les personnes qui contractent pour leurs besoins personnels, mais également les professionnels qui contractent dans un domaine qui n'a pas de « rapport direct » avec leur activité**. La notion est désormais de moins en moins utilisée par les juges, malgré quelques résurgences accidentelles (Civ. 1<sup>re</sup>, **2 juill. 2014**, n° 13-16.312, *D.* 2014. 1492 ; *D.* 2015. 588 obs. Sauphanor-Brouillaud ; CCC 2014, comm. 256, obs. G. Raymond) ; elle devrait disparaître de la notion de consommateur puisque celle-ci est désormais d'harmonisation totale et que le droit européen ne connaît le « rapport direct ».

**21.** Concernant plus spécifiquement les **personnes morales**, la Cour de cassation a décidé, après un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes considérant le consommateur de la directive de 1993 comme visant « exclusivement des personnes physiques » (**CJCE 22 nov. 2 001** <sup>17</sup>), de les exclure de la notion de consommateur (Civ. 1<sup>re</sup>, **15 mars 2005** <sup>18</sup>). Sur la même position pour l'application d'autres dispositions du code de la consommation : Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avr. 2009 <sup>19</sup>. Pour l'exclusion des sociétés commerciales : Com., 6 sept. 2011, n° 10-21583, *JCP* 2011. 1203, note Paisant ; *JCP E* 2011, 1716, note Bazin ; *JCP* 2012. Chron. 63, n° 6, obs. N. Sauphanor-Brouillaud. Com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416, *JCP* 2014. 115 obs. Sauphanor-Brouillaud ; CCC 2014, comm. 60, obs. Leveneur).

### 3) Non-professionnel

**22.** Le « non-professionnel » est une notion légale introduite pour la première fois par la loi de 1978 sur les clauses abusives, pour lui appliquer cette législation comme aux consommateurs. Non définie par le législateur jusqu'à l'ordonnance du 14 mars 2016, le juge l'a assimilée à la notion de consommateur jusqu'à l'arrêt du 15 mars 2005. Depuis, elle utilise cette notion pour appliquer la législation des clauses abusives à certaines personnes morales, exclues de la notion de consommateur (« si, par arrêt du 22 novembre 2001, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit : "la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril

15. La notion d'activité « agricole » n'est pas dans la directive et a été ajoutée à l'occasion de recodification par l'ordonnance du 14 mars 2016.

16. *D.* 1995. 327 note Paisant ; *D.* 1995. Somm. 229 obs. Delebecque ; *JCP* 1995. I. 3893 obs. Viney ; CCC. 1995 n° 84 obs. Leveneur.

17. C-541/99, *JCP* 2002. II. 10047 note Paisant ; *D.* 2002. Somm. 2929 obs. Pizzio ; CCC. 2002 n° 18 obs. Raymond ; *RTD civ.* 2002. 291 obs. Mestre et Fages.

18. n° 02-13.285, *JCP* 2005. II 10114 note Paisant ; *JCP*. éd. E. 2005. 855 note Bakouche.

19. n° 08-11.231, *JCP* 2009. 238 note Paisant, CCC. 2009. Com 182 obs. Raymond.



1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques", la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives », **Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005**, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 2011, n° 10-30645, *D.* 2011. 2245 note Tisseyre ; *JCP* 2011. 1080, note G. Paisant).

**C'est cette position qu'a consacrée l'ordonnance du 14 mars 2016 recodifiant le code de la consommation qui a introduit pour la première fois une définition du non-professionnel, à l'article préliminaire du code : « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Cette rédaction a été déjà modifiée par la loi de ratification du 21 fév. 2017 afin de clarifier la définition qui est désormais la suivante : « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles » (la définition précédente laissait en effet entendre que la personne morale avait intrinsèquement une activité professionnelle mais qu'elle n'agissait pas dans son cadre).**



### Actualité

Dans un arrêt du 17 octobre 2019, la troisième chambre civile a rappelé la solution traditionnelle suivant laquelle « une personne morale est un non-professionnel, au sens [de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation], lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle ». Mais elle a surtout précisé que « la qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal » (n° 18-18469, PB).

**À la différence de la chambre commerciale (Com. 16 févr. 2016, n° 14-25.146)**, la 1<sup>re</sup> chambre civile a considéré qu'un **comité d'entreprise**, parce qu'il assurait de par la loi le contrôle ou participait à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles, « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » en sorte qu'il peut être qualifié de « non-professionnel » : **Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2016**, n° 15-17.369, CCC 2016 comm. 200, obs. Desvaux ; CCE 2016 comm. 69 ; *D.* 2017. 539 obs. NSB.

**En revanche il n'est pas certain qu'une décision récente de la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation soit conforme à cette définition qui prend en compte le seul cadre objectif de l'activité professionnelle, sans les compétences subjectives.** En effet, par un arrêt du 4 févr. 2016, la 3<sup>e</sup> chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'une société civile immobilière, promoteur immobilier, « devait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », car « professionnel de l'immobilier », il n'était pas « un professionnel de la construction ». **Civ. 3<sup>e</sup>, 4 fév. 2016**, n° 14-29347, *D.* 2016. 372 ; *D.* 2016. 639, note Claire-Marie Péglion-Zika ; CCC 2016, comm. 105, obs. Desvaux ; *JCP* 2016, doct. 797, obs. Serinet.



### Actualité

Dans un arrêt plus récent du 7 mars 2018, la première chambre civile semble privilégier, quant à elle, une approche objective, puisqu'elle a décidé que, dès lors « que la SCI avait pour objet social l'achat et la gestion de l'immeuble financé grâce au prêt, (...) il [en] résultait que celle-ci avait agi en qualité de professionnel » lorsqu'elle a conclu ce prêt (n° 16-27613, inédit).

Quant à la troisième chambre civile, elle semble continuer à adopter une approche subjective en retenant le critère de la compétence, puisqu'elle a récemment décidé que « la SCI avait pour objet social l'investissement et la gestion immobiliers, et notamment la mise en location d'immeubles dont elle avait fait l'acquisition, qu'elle était donc un professionnel de l'immobilier, mais que cette constatation ne suffisait pas à lui conférer la qualité de professionnel de la construction, qui seule serait de nature à la faire considérer comme étant intervenue à titre professionnel à l'occasion du



contrat de maîtrise d'œuvre litigieux dès lors que le domaine de la construction faisait appel à des connaissances ainsi qu'à des compétences techniques spécifiques distinctes de celles exigées par la seule gestion immobilière » (Civ. 3<sup>e</sup>, 7 nov. 2019, n° 18-23259, PBI).

De telles divergences devraient toutefois prendre fin avec l'entrée en vigueur de l'article préliminaire du Code de la consommation au 1<sup>er</sup> juillet 2016.

## B. Identification des clauses abusives

### 1) Sources identifiant les clauses

**23.** C'est ici que la loi du 4 août 2008 opère un changement important. En 1978, seul un décret était susceptible de déclarer une clause comme abusive. Or à l'époque un seul décret avait été pris concernant deux clauses (D. 24 mars 1978, anc. art. R. 132-1). La Cour de cassation s'arrogea alors le pouvoir, par un arrêt de 1991, de déclarer une clause abusive, sans l'existence d'un décret, à partir des critères de l'abus mentionnés par la loi (**Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1991**<sup>20</sup>). La loi du 1<sup>er</sup> févr. 1995 entérina cette jurisprudence en désignant, conformément à la directive transposée, quatre sources d'identification de clauses abusives : le pouvoir réglementaire (les clauses désignées par décret sont alors nécessairement abusives et s'imposent comme telles au juge) ; le juge (utilisant les critères de l'abus pour décider s'il y a ou non abus. Cf. l'utilisation de la procédure d'avis devant la Cour de cassation : **Avis Cour de cass, 28 nov. 2016**, n° 16-70.009 : AJ Contrat 2017. 29, obs. Capdeville) ; une liste indicative de clauses abusives reproduite en annexe à l'art. L. 132-1 (annexe de la directive de 1993) ; et la Commission des clauses abusives qui émet des recommandations, sans lier les tribunaux (le juge peut les citer à l'appui de sa décision : par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 févr. 1998, n° 96-13316, D. 1998. 539 note Mazeaud ; CCC. 1998 n° 70). Tel fut notre droit applicable jusqu'au 31 décembre 2008.

**24. La loi LME du 4 août 2008**, applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009, a **modifié la force probatoire des décrets**, en modifiant l'anc. art. L. 132-1 du code de la consommation (nouv. art. L. 212-1). Désormais la liste indicative en annexe est supprimée pour laisser la place à un **système double** de décrets (**décret n° 2009-302 du 18 mars 2009**) dont la numérotation a été modifiée par la recodification du code de la consommation de la partie législative et réglementaire. Tout d'abord, le pouvoir réglementaire, comme depuis 1978, peut adopter des décrets qui déterminent « des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, **de manière irréfragable, comme abusives** » (anc. art. L. 132-1 al. 3, nouv. art. L. 212-1 al. 4). Cette liste de clauses, dite « noires » sont donc automatiquement abusives sans que le juge ait à apprécier les critères de l'abus, et le professionnel ne peut pas apporter de preuve contraire (nouv. art. R. 212-1 ; anc. art. R. 132-1 comportant 12 types de clauses). Ensuite, et là se situe la nouveauté, une autre catégorie de clauses est adoptée, permettant de déterminer « une liste de **clauses présumées abusives** (anc. art. L. 132-1 al. 2, nouv. art. L. 212-1 al. 5) ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse » (nouv. art. R. 212-2 ; anc. art. R. 132-2 comportant 10 types de clauses). Cette liste, dite « grise » permet donc de faciliter la preuve du caractère abusif d'une clause pour le consommateur tout en permettant au professionnel d'apporter la preuve contraire.

Les sources permettant de déclarer une clause abusive sont donc désormais au nombre de trois : le **pouvoir réglementaire** (à travers les décrets dédoublant les clauses abusives en 2 sortes) ; le **juge** ; et la **commission des clauses abusives** qui n'a pas de pouvoir contraignant.



#### Actualité

Dans un arrêt du 11 décembre 2019, la première chambre civile a décidé que « la clause ayant pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en

20. GAJC tome II n° 159 ; D. 1991. 449 note Ghestin ; JCP 1991. II. 21763 note Paisant.



cas de manquement du professionnel à l'une des ses obligations est présumée abusive de manière irréfragable » (n° 18-21164, PBI). *A priori*, une telle solution n'a rien de très originale. Pourtant, en l'espèce, il faut noter qu'il s'agissait d'une clause de déclaration de valeur stipulée dans un contrat de déménagement et que c'est le consommateur lui-même qui avait fixé le plafond d'indemnisation. Ceci est toutefois sans incidence sur le caractère abusif de la clause limitative.

## 2) Critère de l'abus

**25.** Depuis 1978, les critères ont évolué. Alors que la loi du 10 janvier 1978 exigeait la réunion de deux conditions (clause imposée par un abus de puissance économique du professionnel et conférant un avantage excessif à celui-ci), la loi du 1<sup>er</sup> février 1995, transposant la directive européenne de 1993, a retenu le seul critère du « **déséquilibre significatif** » entre les droits et les obligations des parties, créé par la clause au détriment du consommateur ou non professionnel (ex. de clauses jugées abusives : clause des conditions générales de Facebook attribuant compétence aux tribunaux californiens, Paris, **pole 2, ch. 2, 12 fév. 2016**, n° 15/08624, D. 2016. 422 ; clause d'un contrat de location meublé imposant le paiement des charges du bailleur au locataire, **Civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2015**, n° 14-25.523, CCC 2016, comm. 77, obs. Desvauz ; contrat AOL : Versailles, 15 sept. 2005 <sup>21</sup> ; cassation partielle par Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 2007 <sup>22</sup>).



### Actualité

Les clauses de déchéance du terme fréquemment stipulées dans les contrats de prêt donnent une illustration de la difficulté qu'il y a à identifier une clause abusive. Ainsi, « *la clause qui autorise la banque à exiger immédiatement la totalité des sommes dues en cas de déclaration inexacte de la part de l'emprunteur* » a déjà été considérée comme abusive dès lors « *qu'elle est de nature à laisser croire que l'établissement de crédit dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'importance de l'inexactitude de cette déclaration et que l'emprunteur ne peut recourir au juge pour contester le bien-fondé de la déchéance du terme* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2018, n° 17-20441, PB).

En revanche, si « *la clause litigieuse prévoyait le prononcé de la déchéance du terme seulement en cas de déclaration inexacte des emprunteurs sur des éléments essentiels ayant déterminé l'accord de la banque ou pouvant compromettre le remboursement du prêt, sans exclure le recours au juge, (...) [alors] cette stipulation, qui visait à prévenir un défaut d'exécution de leurs engagements par les emprunteurs ayant manqué à l'obligation de loyauté lors de la formation du contrat, n'avait pas pour objet ni pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment des emprunteurs* » et n'était donc pas abusive (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2018, n° 17-21625, inédit).

Dans les contrats de prêt, d'autres clauses peuvent soulever des difficultés comme l'illustre l'arrêt rendu par la première chambre civile le 5 juin 2019. Dans celui-ci, la Haute juridiction a décidé « que, prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de prêt pour une cause extérieure à ce contrat, afférente à l'exécution d'une convention distincte, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ainsi exposé à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification substantielle de l'économie du contrat de prêt » (n° 16-12519, PBI).

**26.** Le caractère abusif ne peut pas porter **ni sur « la définition de l'objet principal »** <sup>23</sup>, **ni sur « l'adéquation du prix** ou sur la rémunération du service offert » (évite ainsi le contournement de la lésion). Mais cette limitation ne vaut qu'à la condition que « les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » (anc. art L. 132-1 al. 7, nouv. art. L. 212-1 al. 3).

21. JCP 2006. II. 10029, note Fages ; CCE 2005, n° 171, note Stoffel-Munck.

22. n° 05-20.637 ; RTD civ. 2008. 103, obs. Fages ; JCP 2008. I. 104, n° 12, obs. Grosser ; CCE 2008, n° 7, obs. Debet.

23. Pour un ex. en matière d'assurance : Civ. 2<sup>e</sup>, 25 juin 2015, n° 14-18.486 et n° 14-19.786 ; pour les cartes prépayées de SFR : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-13193 et n° 14-13194)





## Actualité

Cette limite tenant à la clarté de la clause litigieuse trouve particulièrement à s'illustrer dans le contentieux des prêts libellés en monnaies étrangères et notamment en francs suisses et remboursables en euros. La clause prévoyant la conversion monétaire et le remboursement en euros ayant trait à l'objet principal du contrat, elle n'entre dans le champ de l'article L. 212-1 du code de la consommation que si elle n'est pas suffisamment claire et compréhensible. En revanche, si celle-ci a été bien rédigée et qu'elle est claire et compréhensible, elle ne peut constituer une clause abusive au sens du texte précité (v. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2018, n° 17-13593, PB).

Ainsi, dans un arrêt du 20 février 2019, la première chambre civile a décidé que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses, au sens du premier alinéa de l'article L. 132-1, devenu L. 212-1 du code de la consommation, ne porte pas sur la définition de l'objet principal du contrat pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible, l'arrêt relève que l'offre préalable de prêt, dans laquelle s'insère la clause litigieuse, prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels en euros après paiement des charges annexes du crédit, que le prêt a pour caractéristique essentielle d'être un prêt en francs suisses remboursable en euros et que le risque de change, inhérent à ce type de prêt, a une incidence sur les conditions de remboursement du crédit ; qu'il en déduit, à bon droit, que la clause définit l'objet principal du contrat* » (n° 17-31065, PB).

Selon la CJUE, « *l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible oblige les établissements financiers à fournir aux emprunteurs des informations suffisantes pour permettre à ceux-ci de prendre leurs décisions avec prudence et en toute connaissance de cause. À cet égard, cette exigence implique qu'une clause relative au risque de change soit comprise par le consommateur à la fois sur les plans formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement avoir conscience de la possibilité de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été libellé, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières* » (CJUE, 2<sup>e</sup> ch., 20 sept. 2018, C51/17).

Il faut noter, par ailleurs, que le juge doit rechercher d'office si la clause de conversion monétaire ne présente pas un caractère abusif, dès lors que cette clause, même relative à l'objet principal du contrat, n'est pas claire et compréhensible (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mai 2018, n° 17-11337, PB ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 sept. 2018, n° 17-17650, inédit).

En revanche, si la clause qui définit l'objet principal du contrat est claire et compréhensible, elle ne pourra être déclarée abusive par le juge en vertu des dispositions du Code de la consommation (pour une illustration avec les prêts Helvet-Immo, soit des prêts libellés en francs suisses mais remboursables en euros, voir Civ. 1<sup>re</sup> civ., 24 oct. 2019, n° 18-12255, PB).

**27.** Le caractère abusif **s'apprécie** « en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion » (anc. art L. 132-1 al. 5, nouv. art. L. 212-1 al. 2), ainsi qu'au regard de « toutes les clauses du contrat » et « de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre » (al. 2 *in fine*) (pour un ex : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2002, n° 99-20.265, *Bull. civ. I*, n° 254 ; CCC. 2003 n° 3, *RTD civ.* 2003. 90 obs. Mestre et Fages).

### C. Sanctions

**28.** Dès lors qu'une clause est déclarée abusive, **elle est réputée non écrite** (anc. L. 132-1 al. 6, nouv. art. L. 241-1). Le contrat reste donc valable et applicable dans sa totalité, exceptée la clause. Cependant, si le contrat ne peut subsister sans la clause, alors le contrat peut être annulé (mais aucun cas d'annulation totale ne s'est encore présenté).





### Actualité

Dans un arrêt du 13 mars 2019, la première chambre civile a confirmé ce qu'enseignait une partie de la doctrine à savoir que le réputé non écrit n'est pas une nullité partielle et n'est pas à ce titre prescriptible. En effet, « *la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale* » (n° 17-23169, PB).



### À noter

La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a ajouté une **sanction administrative** pouvant être prononcée par les agents de la concurrence et de la consommation lorsque le professionnel introduit une clause abusive mentionnée à l'art. R. 212-1 (anc. art. L. 132-2, nouv. art. L. 241-2).



### Actualité

Dans un arrêt du 26 mars 2019, la grande chambre de la CJUE a apporté de très utiles précisions sur l'étendue de la sanction que constitue le réputé non écrit. Plus précisément, il a été décidé que le juge ne pouvait se contenter de réputer non écrite la partie illicite de la clause pour mieux maintenir le reste de celle-ci. En effet, « 53 (...) *selon la jurisprudence de la Cour, lorsque le juge national constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle de droit national qui permet au juge national de compléter ce contrat en révisant le contenu de cette clause (arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, point 73, et du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, point 77).*

54 *Ainsi, s'il était loisible au juge national de réviser le contenu des clauses abusives figurant dans un tel contrat, une telle faculté serait susceptible de porter atteinte à la réalisation de l'objectif à long terme visé à l'article 7 de la directive 93/13. En effet, cette faculté contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives, dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels (arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, point 69, et du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, point 79).*

55 *En l'occurrence, la simple suppression du motif d'échéance rendant les clauses en cause au principal abusives reviendrait, en définitive, à réviser le contenu de ces clauses en affectant leur substance. Partant, le maintien partiel desdites clauses ne saurait être admis, sous peine de porter directement atteinte à l'effet dissuasif rappelé au point précédent du présent arrêt » (CJUE, 26 mars 2019, C-70/17 et C-179/17).*

**29.** Depuis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », le juge **peut** désormais **soulever d'office le caractère abusif d'une clause** (comme toutes les dispositions protectrices du droit de la consommation, anc. art. L 141-4 c. consom.). Une intervention législative avait été rendue nécessaire à la suite d'une jurisprudence française le refusant (le juge justifiait sa position par le fait que la législation consumériste relevait de l'ordre public de protection et donc que seule la personne protégée, le consommateur ici, pouvait s'en prévaloir. Jurisprudence constante depuis Civ. 1<sup>re</sup>, 15 févr. 2000, CCC. 2000 n° 116 obs. Raymond). **Cette position avait été condamnée par la Cour de justice des Communautés européennes** (CJCE 27 juin 2000, **Océano**<sup>24</sup>. –

24. Aff. C-240/98, JCP. E. 2001. 1281 note Carballo Fidalgo et Paisant ; RTD civ. 2001. 878 obs. Mestre et Fages.





CJCE 21 nov. 2002, **Cofidis**<sup>25</sup>). Les tribunaux, du fait de la loi nouvelle, peuvent donc soulever désormais d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation (pour une application à propos de l'irrégularité d'une offre de crédit, premier arrêt de la Cour de cassation depuis la loi nouvelle : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2009<sup>26</sup>). Cependant, cette modification législative est devenue obsolète pour les clauses abusives depuis l'arrêt **Pannon** de la Cour de justice qui impose l'obligation, et non la faculté, au juge national de soulever d'office une clause abusive (**CJCE 4 juin 2009**, C-243/08, Pannon, D. 2009. 2312, note Poissonnier, RDC 2009. 1467 obs. Aubert de Vincelles ; JCP 2009. 336, note Paisant). Afin de conformer la loi française à l'arrêt Pannon, la loi du 17 mars 2014 a introduit un 2<sup>e</sup> alinéa à l'anc. art. L. 141-4 devenu l'art. R. 632-1 : « Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat. »<sup>27</sup>.

**30.** Peut également être intentée par les associations agréées de consommateurs, une **action en suppression des clauses abusives** (existant depuis la loi du 5 janvier 1988). Il s'agit d'une action préventive permettant aux associations de consommateurs de pouvoir extraire des modèles de contrats avant tout litige les clauses qui sont abusives (anc. art. L. 421-6 c. consom., nouv. art. L. 621-7). Cette action peut s'appliquer aux modèles types de contrats même conclus entre deux consommateurs dès lors que le modèle a été rédigé par un professionnel en vue d'une utilisation généralisée (**Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2011**<sup>28</sup>, contraire à Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1999<sup>29</sup>). L'essentiel est donc que le modèle soit destiné aux consommateurs (et non aux « non-professionnels » que la loi ne vise pas : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2014, JCP 2014, doct. 1195, obs. Sauphanor-Brouillaud).

À la suite de la jurisprudence de la Cour de justice (CJUE, 26 avr. 2012, C-472/10, Invitel, D. 2012. 1182, et 2013. 945, obs. Poillot ; RTD eur. 2012. 666, obs. Aubert de Vincelles), la loi du 17 mars 2014 (modifié par la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015) a donné un effet *erga omnes* à l'action des associations en suppression des clauses abusives dans les modèles de contrats : la clause pourra être déclarée réputée non écrite « dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs », y compris les contrats en cours d'exécution (nouv. art. L. 621-8). Cette modification met donc fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui empêchait les associations d'extraire les clauses abusives de contrats déjà conclus (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2005, Bull. civ. I, n° 62 ; JCP 2005. I. 141 obs. Rochfeld).



#### Actualité

Dans un arrêt du 26 septembre 2019, la première chambre civile est venue apporter des précisions quant à l'articulation des différentes sanctions encourues. Elle a en effet décidé que « l'action en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs est distincte de celle en suppression des clauses illicites ou abusives » (n° 18-10890, PB). Une telle solution doit être approuvée, car si l'action en réparation du préjudice se préoccupe du passé, l'action en suppression des clauses abusives tend à préserver l'avenir.

### § 3. Droit commercial : les obligations déséquilibrées entre professionnels

**31.** Dans le cadre d'une réflexion plus globale sur les clauses abusives dans les contrats, y compris entre professionnels comme l'avait suggéré la jurisprudence *Chronopost*, un pas très important a été franchi par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 modifiant l'ancien **article L. 442-6 du code de commerce, permettant au juge d'apprécier des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels**. L'ancien article L. 442-6 I 2° permettait d'engager « la responsabilité de son auteur et l'obligé à réparer

25. C-473/00, D. 2003. 486 note Nourissat, JCP 2003. II. 10082 note Paisant.

26. n° 05-20.176, JCP 2009. II. 10037 note Lagarde.

27. Pour des applications récentes du relevé d'office du caractère abusif de clauses : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2016, n° 15-20.621, CCC 2017 comm. 22, obs. Desvaux ; D. 2017. 539, obs. Poillot ; JCP 2016, 1351, note Paisant ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2016, n° 14-24.698, CCC 2016 comm. 176, obs. Desvaux.

28. n° 08-14.402, D. 2011. AJ 510 obs. Delpech ; D. 2011. 1659 note Chantepie ; JCP 2011. 414 note Paisant

RTD civ. 2011. 350, obs. Fages ; LEDC 2011 n° 3 p1 obs. Sauphanor-Brouillaud.

29. Bull. civ. I, n° 147 ; D. 2000. Somm. 48, obs. Pizzio ; *Deffrénois* 1999. 1004, obs. Mazeaud.



le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers... de **soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** ».

**Une telle solution a été maintenue et même élargie par l'ordonnance du 24 avril 2019 réformant le droit des pratiques restrictives de concurrence.**

**Le nouvel article L. 442-1, I, 2°** du Code de commerce s'inscrit en effet dans le prolongement de l'ancien article L. 442-6, puisqu'il prévoit qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

**Toutefois, deux changements opérés par rapport à l'ancien article L. 442-6, I, 2°** laissent à penser que le champ d'application de la sanction par le Code de commerce du déséquilibre significatif s'est élargi. Tout d'abord, il faut noter qu'il n'est plus référence à tout « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », mais à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ». Ensuite, il ne s'agit plus de soumettre « un partenaire commercial », mais « l'autre partie ».



#### Actualité

Inapplication du texte à un bail commercial en raison de la limitation de l'art. L. 442-6 aux « seules activités de production, de distribution ou de services » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 15 fév. 2018**, n° 17-11329), de même qu'aux clauses de statuts fixant les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique (**Com., 11 mai 2017**, n° 14-29717, D. 2017. 1583, note Deshayes et Tadros) et aux rapports entretenus par une association avec un ancien adhérent (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 oct. 2018, n° 17-23211, PB).

Plus récemment, la première chambre civile a décidé que « le partenariat commercial visé à l'article L. 442-6. I, 1° et 2°, du code de commerce s'entendant d'échanges commerciaux conclus entre les parties, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ce texte n'avait pas vocation à s'appliquer, dès lors qu'il n'existe pas de relation commerciale entre un avocat et le cabinet au sein duquel il collabore » (Civ. 1<sup>re</sup>, 20 fév. 2019, n° 17-27967, PB).

Si la solution relative au bail commercial est amenée à perdurer sous l'empire du nouvel article L. 442-1, I, 2°, puisque celui-ci ne vise que les activités de production, de distribution et de service, il est bien délicat de se prononcer s'agissant des relations libérales ou internes à un groupement et notamment à une association. La disparition de la référence au « partenaire commercial » pourrait effectivement avoir des incidences insoupçonnées.

**32.** Le texte, qu'il s'agisse de l'ancien article L. 442-6, I, 2° ou du nouvel article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, fait référence aux « obligations » et non aux clauses, ce qui est plus large. En outre, quant au « déséquilibre significatif » lui-même, notion reprise du droit de la consommation, il peut s'apprécier sans limite, quelles que soient les obligations en cause, y compris celles relatives aux obligations principales comme le prix<sup>30</sup>. C'est là une différence majeure avec le droit de la consommation ainsi qu'avec le nouveau droit commun des contrats.

**Quant aux sanctions, il faut désormais se référer au nouvel article L. 442-4** du Code de commerce. En effet, si l'article L. 442-1 ne mentionne que la responsabilité civile, il ne s'agit pas pour autant de la seule sanction encourue. Mettant fin aux incertitudes antérieures, le nouvel article L. 442-4 permet effectivement à la partie victime de demander « la nullité des clauses ou contrats illicites et (...) la

30. Pour de nombreux exemples, cf. M. Behar-Touchais, Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP* 2015, doct. 603.



restitution des avantages indus ». Il faut observer que la sanction n'est toujours pas le réputé non écrit. En outre, comme tout personne justifiant d'un intérêt, la victime peut demander la cessation des pratiques litigieuses.

**Par ailleurs, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent également procéder à toutes ces demandes.** En revanche, ils sont les seuls à pouvoir solliciter la condamnation au paiement d'une amende civile.



### Actualité

Ces dernières années, la Cour de cassation a apporté d'intéressantes précisions tant en ce qui concerne le déséquilibre significatif que la soumission évoqués par l'article L. 442-6, I, 2° devenu l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

Ainsi, par un important arrêt *Galec* du 25 janv. 2017, la chambre commerciale a confirmé que le déséquilibre significatif pouvait porter sur le prix : « *l'article L. 442-6, I, 2°, précité, qui figure dans le livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au chapitre II du titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* ». **Com., 25 janv. 2017**, n° 15-23.547, D. 2017. 481, note Buy. V. ég. BEHAR-TOUCHAIS M., La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt *Galec*, JCP 2017, doct. 255.

Une telle interprétation jurisprudentielle de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce a été jugée par le Conseil constitutionnel conforme à la Constitution (C.const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC).

En outre, celle-ci n'a pas été remise en cause par le nouvel article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce qui pourra donc lui aussi s'appliquer au prix et en permettre un contrôle.

Par ailleurs, dans un arrêt du 20 novembre 2019, la chambre commerciale a décidé que « *la soumission ou la tentative de soumission d'un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées et que, si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective* » (n° 18-12823, PB).



### À noter

La première **question prioritaire de constitutionnalité** touchant le droit des contrats concerne précisément cette disposition et notamment le fait de savoir si la notion de déséquilibre significatif répond aux objectifs de clarté et de précision au regard du principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Après un renvoi par la Cour de cassation (**Com., 15 oct. 2010**, n° 10-40.039, D. 2 010. 2508, obs. Chevrier), le Conseil constitutionnel décida cette disposition conforme, avec une motivation déjà très critiquée car faisant essentiellement référence aux dispositions proches du code de la consommation et de la directive 93/13 dont le texte s'est inspiré, et conférant une clarté suffisante. **Cons. const. 13 janv. 2011**<sup>31</sup>. Pour un rejet d'une nouvelle QPC du fait de l'absence de nouveauté : **Com., 25 juin 2015**, n° 14-28013, CCC 2015, comm. 232, obs. N. Mathey

Une deuxième QPC a été posée quant à cet article, cette fois à propos des **pouvoirs du ministre** de demander la nullité, la répétition de l'indu ou la réparation des préjudices subis (art. L. 442-6 III). Si cette disposition est bien conforme à la Constitution et notamment à la liberté d'entreprendre, le

31. n° 2010-85, QPC, *Darty* : D. 2011. 415, note Picod ; JCP 2011. 274 note D. Mainguy.



Conseil constitutionnel introduit une réserve d'interprétation au regard de la liberté contractuelle et du droit au recours en obligeant le ministre à informer les parties au contrat de son action. Cons. const. **13 mai 2011**, n° 2011-126 QPC, Système U : *JCP* 2011, note 717, A.-M. Luciani ; *JCP* 2011. 1141, n° 11 obs. M. Chagny.

**33.** Pour terminer, une autre modification apportée par l'ordonnance du 24 avril 2019 interpelle, car il y a lieu de se demander, avec une partie de la doctrine<sup>32</sup>, si les nouveaux textes ne permettent pas également un contrôle du prix en l'absence de toute soumission, ce qui serait fort critiquable.

**Ainsi, l'ancien article L. 442-6, I, 1°** disposait qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ».

**Or, désormais le nouvel article L. 442-1, I, 1°** prévoit qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à **aucune contrepartie** ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la **contrepartie consentie** ».

**La référence à la notion de « service commercial » qui restreignait le champ d'application du texte ayant disparu, le contrôle porte désormais plus largement sur les avantages sans contrepartie ou les avantages manifestement disproportionnés.** La question se pose donc aujourd'hui de savoir si la lésion ne peut pas être considérée comme un avantage manifestement disproportionné ?



#### Mémo

Si le principe est celui du refus de la lésion, le droit contemporain a pris de plus en plus en compte les **contrats déséquilibrés**, notamment en raison de l'inégalité de force et de connaissance entre les parties contractantes.

Il existe désormais **4 moyens** pour éradiquer une clause qui déséquilibre le contrat, en sachant que chaque moyen comporte ses propres limites :

- depuis la jurisprudence *Chronopost* consacrée dans la **réforme du droit des contrats**, peut être réputée non écrite toute **clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle** ;
- depuis la **réforme du droit des contrats**, une disposition nouvelle est désormais intégrée dans le Code civil, quelle que soit la qualité des contractants, permettant de réputer non écrite toute clause non négociable déterminée à l'avance par l'une des parties et créant un déséquilibre significatif dans un **contrat d'adhésion**, sans pouvoir concerner les obligations principales ;
- depuis 1978, la législation sur les **clauses abusives** en droit de la consommation permet de réputer non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels ;
- depuis 2008, les obligations créant un déséquilibre significatif, y compris entre les obligations principales, peuvent donner lieu à la mise en jeu de la responsabilité délictuelle pour certains **contrats conclus entre professionnels** (anc. art. L. 442-6 I c. com. ; nouv. art. L. 442-1, I c. com.).

32. V. not. M. Béhar-Touchais, LEDICO juin 2019, p. 4.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

BEHAR-TOUCHAIS M., Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP* 2015, 603.

CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats, *RTD civ.* 1994. 239.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., Recodification du droit de la consommation. À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP* 2016, 392.

### Lectures thématiques

---

#### *Honoraires excessifs*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 21 févr. 2006**, *Bull. civ. I*, n° 100, *Defrénois* 2006. 1223, obs. Libchaber, *RLDC*. 2006 n° 1087.

#### *Chronopost*

**Com., 22 oct. 1996**, *GAJC* tome II n° 157 ; *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *D.* 1997. 121, note Sériaux ; *Defrénois* 1997. 333, obs. Mazeaud ; *D.* 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; *CCC*. 1997 n° 24, obs. L. Leveneur.

#### *Suite Chronopost*

**Com., 13 févr. 2007**, *Faurecia 1* ; *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *JCP* 2007. II. 10063 note Serinet ; *RLDC* mai 2007 p. 6 note Loiseau ; *JCP* 2007. I. 185 n° 10 s. obs. Stoffel-Munck.

#### *Faurecia 2*

**Com., 29 juin 2010** n° 09-11.841, *D.* 2010. 1821 note D. Mazeaud ; *D.* 2011. Pan. 35, obs. O. Gout ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. Fages ; *JCP* 2010. 787 note D. Houtcieff ; *JCP E* 2010 1790 note P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010/4 p. 1220 obs. Laithier, et p. 1253 obs. Deshayes.

#### *Clauses abusives, notion de consommateur et non professionnel*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1995**, *D.* 1995. 327 note Paisant ; *D.* 1995. Somm. 229 obs. Delebecque ; *JCP* 1995. I. 3893 obs. Viney ; *CCC*. 1995 n° 84 obs. Leveneur ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005**, n° 02-13.285, *JCP* 2005. II 10114 note Paisant ; *JCP*. éd. E. 2005. 855 note Bakouche.

#### *Clauses abusives de l'art. L. 442-6 I du Code de commerce*

**Com., 25 janv. 2017**, n° 15-23.547, *D.* 2017. 481, note Buy. V. ég. BEHAR-TOUCHAIS M., La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec, *JCP* 2017, doctr. 255

## II. Pour aller plus loin

---

BUY F., Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat, *D.* 2015. 1902.

RAZAVI M. et BOUFFIER Ch., L'action en suppression de clauses illicites ou abusives au lendemain de la loi Macron – Retour sur le délicat passage d'une action préventive à une action curative, *CCC* 2016, étude 2.



- BEHAR-TOUCHAIS M., La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec, *JCP* 2017, doct. 255
- BEHAR-TOUCHAIS M., La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec, *JCP* 2017, doct. 255.
- BEHAR-TOUCHAIS M., Le déséquilibre significatif dans le Code civil, *JCP* 2016, 391.
- BOFFA R., Article 1108 du projet de réforme : le contrat d'adhésion, *RDC* 2015. 736.
- CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats, *RTD civ.* 1994. 239.
- CHAGNY M., L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.* 2011. 392.
- CHANTEPIE G., Article 1170 du projet de réforme : la lésion, *RDC* 2015. 763.
- CHAZAL J.-P., Le consommateur existe-t-il ? *D.* 1997. 260.
- CHÉNEDÉ Fr., L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, *in* « Le projet de réforme du droit des contrats », *RDC* 2015. 655.
- CHÉNEDÉ Fr., Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, *D.* 2015. 1226.
- DELEBECQUE Ph., Article 1168 du projet de réforme : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat, *RDC* 2015. 759.
- FORTUNATO A., La protection des personnes morales contre les clauses abusives, *AJ contrat* 2017. 25.
- HONTEBEYRIE A., 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, *D.* 2016. 2180.
- LAGARDE X., Questions autour de l'article 1171 du Code civil, *D.* 2016. 2174.
- LOIR R., Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... du non-professionnel, *JCP E* 2016. 1402.
- MAZEAUD D. et GENICON Th., Protection des professionnels contre les clauses abusives, *in* Les mutations de l'ordre public contractuel, *RDC* 2012. 276.
- MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, *RTD com.* 1998. 95 ; Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? *in* La nouvelle crise du contrat, Mazeaud D. et Jamin Ch. (dir), *D.*, Thèmes et commentaires, 2003, p. 135.
- MEKKI M., DARROIS JM., GAUVAIN JM., Se conformer au nouveau droit des contrats regards croisés sur les clauses potentiellement excessives, *JCP E* 2016. 1373.
- MEKKI M., Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion, *JCP N* 2016 actualités 1190.
- PAISANT G. et CLARET H., La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP* 2016, doct. 796.
- PÉGLION-ZIKA Cl.-M., Les clauses abusives et la recodification du code de la consommation, *D.* 2016. 1208.
- REVEY Th., Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *D.* 2015. 1217.
- REVEY Th., Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du Code civil, *D.* 2016. 1771.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus, *CCC.* 2008. Étude 7.
- STOFFEL-MUNCK Ph., Les clauses abusives : on attendait Grouchy..., *in* Droit et patrimoine, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 56.
- « La protection des professionnels contre les déséquilibres contractuels significatifs », *RDC* 2009. 974 s.



### III. Aperçu des publications récentes

---

REVET Th., L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, *D.* 2018. 124

MAZEAUD D., Contrat d'adhésion : nouvelle version, nouvelle désillusion..., *JCP* 2018, édito, 37

« La lésion, un instrument de justice contractuel », Dossier *AJ Contrat* 2018, p. 103



# Annexe

---

## Com., 6 juill. 2017, n° 16-19354, D. 2017. 2410 note Pellier

**Cour de cassation**  
**chambre civile 2**  
**Audience publique du 6 juillet 2017**  
**n° de pourvoi : 16-19354**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C201180

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M<sup>me</sup> Flise, président**

M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'ordonnance attaquée rendue par le premier président d'une cour d'appel, qu'entre 2004 et 2011, M. et M<sup>me</sup> Y... ont confié la défense de leurs intérêts à M. Z..., avocat, dans un grand nombre de dossiers ; que, par lettre du 10 juin 2013, ils ont saisi le bâtonnier de l'ordre des avocats d'une contestation des honoraires de M. Z... ; que par décision du 13 octobre 2013, le bâtonnier a rejeté la demande de M. et M<sup>me</sup> Y... au motif qu'elle relevait éventuellement du domaine de la responsabilité et non de la fixation des honoraires ; que le 6 novembre 2013, M. et M<sup>me</sup> Y... ont formé un recours contre cette décision ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 565 du code de procédure civile ;

Attendu que pour déclarer recevable l'action en contestation d'honoraires d'avocat formée par M. et M<sup>me</sup> Y... mais seulement dans la limite d'un montant de réclamation de 240 015,22 euros, l'ordonnance énonce qu'en application de l'article 564 du code de procédure civile, les parties ne peuvent soumettre à la cour d'appel des demandes nouvelles ; que M. et M<sup>me</sup> Y... sollicitent la restitution d'honoraires à hauteur de 389 507,40 euros en cause d'appel, ce qui est nettement supérieur au montant de leurs demandes devant le bâtonnier, qui, en l'absence de détail des factures, ne permettait pas de distinguer précisément celles faisant l'objet d'une demande nouvelle ; qu'ils avaient certes augmenté leurs demandes dans une lettre datée du 7 octobre 2013, mais reçue par le bâtonnier le 16 octobre 2013, soit postérieurement à la décision querellée rendue le 13 octobre 2013 ; que ces demandes nouvelles n'ont ainsi pas été formées en temps utile devant le bâtonnier et ne sont en conséquence pas recevables en appel ;

Qu'en statuant ainsi, alors que M. et M<sup>me</sup> Y... s'étaient bornés à augmenter le montant de leur demande de restitution d'honoraires, ce qui ne constituait pas une demande nouvelle, le premier président a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 10 de la loi n° 1130 du 31 décembre 1971 ensemble l'article L. 441-3 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que ne peuvent constituer des honoraires librement payés après service rendu ceux qui ont été réglés sur présentation de factures ne répondant pas aux exigences du second d'entre eux, peu important qu'elles soient complétées par des éléments extrinsèques ;

Attendu que pour rejeter la demande de M. et M<sup>me</sup> Y..., l'ordonnance énonce que le client qui a payé librement des honoraires après service rendu ne peut solliciter du juge de l'honoraire la restitution des sommes versées ; qu'en l'espèce, toutes les factures contestées ont été réglées ; que si une grande partie des factures produites ne précisait pas les diligences effectuées, elles étaient accompagnées d'une lettre de l'avocat expliquant ses diligences et le cas échéant de la copie des actes effectués (la plupart du temps des conclusions) ; que M. Y... qui dirigeait plusieurs sociétés disposait des compétences nécessaires pour apprécier le travail fourni par son avocat ; que c'est dès lors en parfaite connaissance de cause qu'il a réglé pendant plusieurs années, de 2007 à 2010, les factures émises par M. Z... pour plus d'une centaine de dossiers, la plupart de nature commerciale ; qu'il a d'ailleurs continué à confier des dossiers à M. Z... au fil des ans ce qui démontre qu'il était satisfait de son intervention et qu'il n'estimait pas ses honoraires exorbitants ;





Qu'en statuant ainsi, alors que les factures de l'avocat ne précisait pas les diligences effectuées ce dont il résultait que le client pouvait solliciter la réduction des honoraires, le premier président a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du second moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle déclare le recours recevable et écarte des débats la pièce n° 4 de M. Z..., l'ordonnance rendue le 27 janvier 2015, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sauf sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le premier président de la cour d'appel de Lyon ;

Condamne M. Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. Z... ; le condamne à payer à la SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance partiellement cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six juillet deux mille dix-sept.

## L'avocat travaillerait-il gratuitement ?

**Jean-Denis Pellier, Maître de conférences à la Faculté de droit de Nancy – Université de Lorraine, Codirecteur du Master II Droit privé général, Membre de l'Institut François Géný**

1. L'avocat, à tort (ou à raison), est de plus en plus perçu tel un prestataire de services comme un autre, soumis aux exigences pesant sur les professionnels<sup>1</sup>. Mais, à la lecture de récentes décisions, la question un brin provocatrice se pose de savoir si l'avocat serait devenu, dans certaines hypothèses, un travailleur bénévole au service (purement désintéressé) de son client. Deux décisions, en particulier, inspirent cette réflexion : tout d'abord, dans une ordonnance rendue le 2 août 2017<sup>2</sup>, le premier président de la cour d'appel de Papeete a considéré qu'« à défaut de convention d'honoraires écrite, [un avocat] ne peut prétendre au paiement d'honoraires qu'aucun accord entre l'avocat et ses clients n'a fixés ». Ensuite, dans un arrêt rendu le 6 juillet 2017<sup>3</sup>, au visa des articles 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et L. 441-3 du code de commerce, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé qu'« il résulte de ces textes que ne peuvent constituer des honoraires librement payés après service rendu ceux qui ont été réglés sur présentation de factures ne répondant pas aux exigences du second d'entre eux, peu important qu'elles soient complétées par des éléments extrinsèques ».

C'est donc une double question qui se pose à la lumière de ces décisions : en premier lieu, celle de la sanction du défaut de convention d'honoraires (I) et, en second lieu, celle de la sanction du défaut de respect des règles relatives à la facturation (II).

## I – La sanction du défaut de convention d'honoraires

2. On sait que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », a généralisé l'exigence d'une convention d'honoraires entre l'avocat et son client. L'article 10, alinéa 3, de la loi du 31 décembre 1971 modifié dispose ainsi que : « Sauf en cas d'urgence ou de force majeure ou lorsqu'il intervient au titre de l'aide juridictionnelle totale ou de la troisième partie de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, l'avocat conclut par écrit avec son client une convention d'honoraires, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les

1. En témoignent les décisions le soumettant aux dispositions du code de la consommation. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mars 2015, n° 14-15.013 et n° 14-11.599 (D. 2015. 1791, chron. N. Touati, 2016. 101, obs. T. Wickers, et 617, obs. N. Sauphanor-Brouillaud), ayant admis à l'encontre d'un avocat le principe de l'applicabilité de l'ancien art. L. 137-2 c. consom. (devenu art. L. 218-2) relatif à la prescription biennale des actions du professionnel à l'encontre du consommateur. Rapp. CJUE 15 janv. 2015, aff. C-537/13 (D. 2015. 213, et 588, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; D. avocats 2015. 154, obs. D. Landry), ayant décidé que la Dir. 93/12/CEE relative aux clauses abusives est applicable au contrat conclu entre un avocat et un client personne physique. Ces décisions sont révélatrices de l'ampleur du domaine du droit de la consommation, la relation entre un avocat et son client n'y échappant plus. Cependant, l'avocat peut également être bénéficiaire du droit de la consommation (CJUE 3 sept. 2015, aff. C-110/14 [D. 2015. 1767, et 2016. 617, obs. N. Sauphanor-Brouillaud], ayant admis qu'un avocat pouvait être considéré comme un consommateur dès lors qu'il avait souscrit un crédit sans lien avec son activité professionnelle, et ce, alors même que, dans le même temps, à titre de garantie, il a consenti une hypothèque, ès-qualités de représentant de son cabinet, sur un immeuble appartenant à ce dernier). V. égal. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 2017, n° 16-13.669, D. 2017. 1054 ; D. avocats 2017. 234, obs. A. Bolze ; Dalloz IP/IT 2017. 410, obs. A. Lecourt ; JCP 2017. 758, note F. G'sell, ayant admis la validité des comparateurs d'avocats en ligne.

2. A.-L. Blouet Patin, Pas de convention, pas d'honoraire !, Lexbase, 18 sept. 2017 ; Dalloz actualité, 13 sept. 2017, obs. L. Dargent ; JCP 2017. Act. 999, obs. P. Gourdon, et Doctr. 1104, n° 4, obs. C. Caseau-Roche.

3. D. 2017. 1868, obs. N. Touati et O. Becuwe ; Dalloz actualité, 26 juill. 2017, obs. A. Portmann ; JCP 2017. 848 ; Gaz. Pal. 2017, n° 29, p. 20, note P.-L. Boyer ; JCP 2017. Doctr. 1104, n° 4, obs. C. Caseau-Roche ; Gaz. Pal. 2017, n° 37, p. 68, obs. L. Raschel



diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés »<sup>4</sup> ; et l'article 10-1 de la même loi confie à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation le contrôle de cette obligation<sup>5</sup>. Hélas, la loi ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de cette règle. Faut-il considérer qu'il y a là une exigence *ad validitatem* ou simplement *ad probationem*<sup>6</sup> ? C'est précisément à cette question que répond le premier président de la cour d'appel de Papeete dans son ordonnance du 2 août 2017. En l'espèce, deux clients d'un avocat local avaient contesté auprès du bâtonnier les honoraires réclamés, faute d'une convention dûment établie par leur conseil. Le délégué du bâtonnier ayant ordonné la restitution d'une partie seulement des honoraires perçus, les clients firent appel. La décision du premier président fut bien plus radicale : après avoir relevé que l'avocat produisait un simple reçu n'indiquant ni le montant, ni le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ni les divers frais et débours envisagés et sur lequel ne figurait du reste que le nom d'un seul des clients, il a considéré qu'en l'absence de circonstances permettant de caractériser l'urgence ou la force majeure<sup>7</sup>, aucun honoraire n'était dû faute de conclusion par écrit d'une convention d'honoraires<sup>8</sup>. Autant dire que cette décision voit dans l'écrit constatant la convention d'honoraires une exigence prévue à titre de validité et que la sanction de l'absence d'un tel écrit est la nullité, même si le raisonnement n'est pas posé en ces termes.

3. Il faut le dire d'emblée : cette décision est éminemment critiquable<sup>9</sup> ! Elle l'est, d'abord, en opportunité, cela va sans dire, car une telle solution peut aboutir à priver l'avocat d'une rémunération légitime<sup>10</sup>, c'est-à-dire correspondant au travail effectué<sup>11</sup>.

Bien sûr, il restera la voie de l'enrichissement injustifié, désormais consacrée au sein des articles 1303 et suivants du code civil<sup>12</sup>. L'avocat pourrait ainsi tenter contre son client une action *de in rem verso* destinée à obtenir la somme correspondant à l'enrichissement sans cause procuré à son client par le travail fourni<sup>13</sup>. Mais chacun sent bien qu'il y a là une solution insatisfaisante sur le plan pratique, qui aboutirait à transférer la charge du contentieux de l'honoraire sur le juge de droit commun<sup>14</sup>. Au demeurant, la jurisprudence se refusait à aller jusque-là sous l'empire des anciens textes, qui exigeaient exceptionnellement une convention d'honoraires dans certains domaines. Ainsi, en matière de divorce, la vice-présidente de la cour d'appel de Toulouse a pu considérer, dans une ordonnance du 20 juillet 2015, qu'« il convient (...) de rappeler qu'à défaut de convention écrite entre les parties, les honoraires doivent être fixés selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci, et ce en application des dispositions de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 »<sup>15</sup>.

Plus récemment, dans le domaine de l'assurance de protection juridique, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a estimé, au visa des articles 10, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971, dans sa version applicable au litige, et L. 127-5-1 du code des assurances que, « selon le premier de ces textes, en l'absence de convention,

4. V. égal. Décr. n° 2017-1226 du 2 août 2017 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat, qui modifie le libellé de l'article 10 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, afin de tenir compte du caractère désormais obligatoire de la convention d'honoraires entre l'avocat et son client résultant de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, tel que modifié par l'article 51 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

5. V. A. Portmann, *Transparence des honoraires d'avocats : la DGCCRF pointe des « anomalies »*, Dalloz actualité, 9 sept. 2015.

6. Sur cette discussion, V. H. Ader, A. Damien, T. Wickers, S. Bortoluzzi et D. Piau, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz Action, 2016-2017, n° 713-13.

7. Il est précisé que « le rythme ainsi suivi par la procédure, exclut toute idée d'urgence ou encore de force majeure », même si l'avocat, semble-t-il, a rencontré « des difficultés au cours de la procédure pour entrer en contact avec ses clients, ce qui ne lui aurait pas permis de faire signer des conventions d'honoraires, ni de remettre les factures d'honoraires correspondantes ».

8. Il faut préciser que la loi du 6 août 2015 était applicable puisque le premier entretien entre l'avocat et ses clients avait eu lieu le 8 mars 2016.

9. V. égal. en ce sens A.-L. Blouet Patin, *supra* note 2, qualifiant cette décision de « stupéfiante » ; P. Gourdon, *supra* note 2 : « Dans le cas présent, l'injustice ne se révèle pas seulement à propos de la situation d'espèce, à qui il manque l'indispensable adaptation humaine. L'injustice s'exerce aussi aux dépens de la collectivité des avocats, qui est tenue à l'écart d'un principe pourtant fondamental : celui de la juste rémunération du travail accompli ». Comp. L. Dargent, *supra* note 2, considérant que la décision « puisse paraître quelque peu radicale aux yeux de la profession » ; C. Caseau-Roche, *supra* note 2 : « La solution peut sembler radicale ».

10. V. J.-J. Taisne, *La déontologie de l'avocat*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 10<sup>e</sup> éd., 2017, p. 126 : « La loi ne dit pas si l'avocat qui a négligé d'établir la convention, conserve malgré tout droit à des honoraires. Dans le principe, on peut penser que oui puisqu'ils ont pour cause le travail fourni (...). L'avocat, comme tout autre professionnel, a droit à une juste rémunération de son travail et de ses compétences (...) ».

11. La Cour de cassation a pourtant eu l'occasion d'affirmer clairement le droit de l'avocat à ses honoraires. V. par ex. Civ. 2<sup>e</sup>, 23 oct. 2014, n° 13-23.808.

12. V. en ce sens V. H. Ader, A. Damien, T. Wickers, S. Bortoluzzi et D. Piau, *supra* note 6.

13. On pourrait aussi concevoir une action sur le fondement de la gestion d'affaires (art. 1301 s.).

14. H. Ader, A. Damien, T. Wickers, S. Bortoluzzi et D. Piau, *supra* note 6.

15. Toulouse, ord., 20 juill. 2015, n° 15/01433. Rapp. Nîmes, ord., 5 mars 2015, n° 14/04940. Comp. Grenoble, ord., 16 mars 2016, n° 15/03989.



les honoraires de l'avocat sont fixés par référence aux seuls critères qu'il énumère et qu'il résulte du second que l'existence d'un contrat d'assurance de protection juridique est sans effet sur la détermination des honoraires dus à l'avocat par le client »<sup>16</sup>.

La décision du premier président de la cour d'appel de Papeete prend donc le contre-pied de ces jurisprudences rendues, il est vrai, sous l'empire des anciens textes<sup>17</sup>, mais qui n'en demeurent pas moins, aujourd'hui encore, empreintes de bon sens. Certes, la Cour de cassation a pu considérer, en matière d'honoraires de résultat, que « l'avocat, qui a conclu avec son client une convention d'honoraires ne prévoyant pas la fixation d'un honoraire complémentaire, ne peut lui réclamer aucune somme supplémentaire »<sup>18</sup>. Mais il s'agit là d'une question différente, relative à un surcroît d'honoraires et non au principe même de l'honoraire.

En outre, la décision du premier président de la cour d'appel de Papeete est également critiquable sur le plan du droit, et ce, pour deux raisons : d'une part, aucun texte ne consacre la sanction de la nullité pour défaut d'écrit en matière de convention d'honoraires. Certes, la Cour de cassation s'est parfois affranchie du caractère textuel des nullités, en admettant que la méconnaissance de dispositions d'ordre public, le cas échéant sanctionnée pénalement, permettait de prononcer la nullité du contrat<sup>19</sup>. Mais l'exigence d'un écrit en matière de convention d'honoraires (heureusement !) n'est nullement sanctionnée sur le terrain pénal et il n'est pas même indiqué qu'elle est d'ordre public. Dès lors, il paraît excessif d'ériger l'absence d'écrit en cause de nullité. Au demeurant, il existe une procédure spéciale en la matière et des sanctions disciplinaires pourraient en outre s'appliquer à l'avocat qui réclamerait des honoraires excessifs<sup>20</sup>.

D'autre part, à supposer que l'on admette la nullité de la convention, il pourrait s'agir d'une nullité relative<sup>21</sup> et l'on pourrait voir dans le paiement des honoraires une confirmation de la convention potentiellement nulle<sup>22</sup>, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 1182 du code civil, selon lequel : « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation ». Or le client ne peut ignorer la cause de nullité que constituerait l'absence d'écrit constatant la convention d'honoraires. Payer revient donc à exécuter un contrat en connaissance de la cause de nullité, c'est-à-dire à le confirmer<sup>23</sup>.

Et même si l'on devait admettre que la nullité produise ses effets, qu'elle soit absolue ou relative, des restitutions devraient s'ensuivre<sup>24</sup> et c'est précisément, d'ailleurs, ce qu'a ordonné le premier président de la cour d'appel de Papeete en l'occurrence, mais seulement au profit des clients alors même que l'avocat avait effectué des prestations<sup>25</sup> ! Or, selon l'article 1352-8 du code civil, « la restitution d'une prestation de services a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie »<sup>26</sup>. Il faudrait donc considérer, pour faire bonne mesure, que les clients devraient restituer en valeur, le cas échéant, la prestation qu'ils ont reçue de la part de leur avocat. Il devrait en conséquence y avoir une compensation entre l'obligation de restitution des honoraires, pesant sur

16. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 janv. 2016, n° 15-10.130, D. 2016. 207, et 2017. 74, obs. T. Wickers ; D. avocats 2016. 43, obs. L. Dargent.

17. V. H. Ader, A. Damien, T. Wickers, S. Bortoluzzi et D. Piau, *supra* note 6, qui affirment que « ces arrêts ont été rendus sous l'emprise de l'ancienne rédaction de l'alinéa 2 de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 qui précisait alors expressément que, « En l'absence de convention d'honoraires, les honoraires étaient fixés » en fonction des critères qu'il précisait. Or, la nouvelle rédaction de l'alinéa 4, issue de la loi du 6 août 2015, prévoit simplement, après avoir rappelé le principe de l'obligation de convention d'honoraires, que : « Les honoraires sont fixés » en fonction de ces mêmes critères et ce, sans préciser ce qu'il en est en l'absence de toute convention d'honoraires ».

18. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1994, n° 92-17.758, D. 1995. 169, obs. A. Brunois. V. égal. 3 mars 1998, n° 95-21.387 et n° 95-21.053, RTD civ. 1998. 901, obs. J. Mestre ; 23 nov. 1999, n° 96-15.922, D. 2000. 2. *Contra* 9 mai 1996, n° 94-13.139, ayant considéré « qu'un honoraire complémentaire de celui qui rémunère les diligences accomplies peut être accordé, en l'absence de convention entre les parties, lorsque le résultat obtenu, en raison de son ampleur, dépasse ce qu'un pronostic mesuré laisse attendre ».

19. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2004, n° 01-11.823, D. 2005. 75, obs. C. Rondey ; RTD civ. 2005. 389, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005. 585, obs. B. Bouloc. V. égal. 7 oct. 1998, n° 96-17.829, D. 2000. 45, et 40, obs. J.-P. Pizzio ; RTD civ. 1999. 383, obs. J. Mestre ; RTD com. 1999. 485, obs. B. Bouloc. *Contra* 15 déc. 1998, n° 96-19.898, D. 2000. 40, obs. J.-P. Pizzio ; RTD civ. 1999. 383, obs. J. Mestre. V. à ce sujet A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 15<sup>e</sup> éd., 2016, n° 202.

20. V. en ce sens J.-J. Taisne, *supra* note 10, p. 127 : « En cas de difficulté, des procédures de contrôle des honoraires existent et toute exagération pourrait donner lieu à des poursuites disciplinaires puisque les exigences de dignité, de probité et de délicatesse s'imposent aussi en ce domaine ».

21. En vertu de l'art. 1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». On pourrait considérer, en l'occurrence, que seul l'intérêt privé du client est protégé et que l'on est donc bien en présence d'une cause de nullité relative.

22. On sait que l'alinéa 2 de l'art. 1181 c. civ. prévoit que la nullité relative « peut être couverte par la confirmation », contrairement à la nullité absolue (art. 1180, al. 2 : « Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat »).

23. En vertu de l'alinéa 4 de l'art. 1182 c. civ. : « La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ».

24. Art. 1178, al. 3, c. civ. : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

25. Il est indiqué que l'intéressée « estime avoir consacré 10 h 30 (...) à ce dossier, se décomposant comme suit : entretien du 8 mars 2016 d'une durée d'une heure ; audiences des 6 mai, 12 août et 21 octobre : durée forfaitaire de trois heures ; examen des pièces des dossiers : durée trois heures ; études recherches : une heure et rédaction des conclusions : trois heures ».

26. Sur ce texte, V. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, Dalloz, 2016, n°s 1074 s.



l'avocat, et celle de restitution de la prestation en valeur, à la charge des clients. Bien sûr, la compensation pourrait se faire au détriment de l'avocat, dans l'hypothèse où les honoraires perçus seraient plus élevés que le prix de la prestation, dûment évalué <sup>27</sup>.

Mais celui-ci serait tout de même rémunéré à la hauteur de son travail... Du moins à condition d'avoir respecté les exigences relatives à la facturation !

## II – La sanction du défaut de respect des règles relatives à la facturation

4. Il convient de revenir sur les faits ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 6 juillet 2017. En l'espèce, deux clients avaient confié la défense de leurs intérêts à un avocat dans un grand nombre de dossiers. Voilà qu'un beau jour, ils saisissent le bâtonnier de l'Ordre des avocats d'une contestation des honoraires pour un montant de 240 015,22 €, demande qui est rejetée au motif qu'elle relevait éventuellement du domaine de la responsabilité et non de la fixation des honoraires.

Le premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence déclare, quant à lui, recevable l'action en contestation d'honoraires, mais seulement dans la limite d'un montant de 240 015,22 €, et non à hauteur de 389 507,40 € en cause d'appel (les clients avaient fortement réévalué la somme demandée en appel), l'ordonnance énonçant qu'en application de l'article 564 du code de procédure civile, les parties ne peuvent soumettre à la cour d'appel des demandes nouvelles <sup>28</sup>. Sur ce premier moyen, la Cour de cassation considère, au visa de l'article 565 du code de procédure civile <sup>29</sup>, que l'action était recevable, les clients s'étant bornés à augmenter le montant de leur demande de restitution d'honoraires en cause d'appel, ce qui ne constituait pas une demande nouvelle.

Surtout, le second moyen critiquait le rejet de la demande de restitution des honoraires par le premier président, ce dernier ayant considéré que « le client qui a payé librement des honoraires après service rendu ne peut solliciter du juge de l'honoraire la restitution des sommes versées ; qu'en l'espèce, toutes les factures contestées ont été réglées ; que si une grande partie des factures produites ne précisaient pas les diligences effectuées, elles étaient accompagnées d'une lettre de l'avocat expliquant ses diligences et le cas échéant de la copie des actes effectués (la plupart du temps des conclusions) ; que M. F. qui dirigeait plusieurs sociétés disposait des compétences nécessaires pour apprécier le travail fourni par son avocat ; que c'est dès lors en parfaite connaissance de cause qu'il a réglé pendant plusieurs années, de 2007 à 2010, les factures émises par M. B. pour plus d'une centaine de dossiers, la plupart de nature commerciale ; qu'il a d'ailleurs continué à confier des dossiers à M. B. au fil des ans ce qui démontre qu'il était satisfait de son intervention et qu'il n'estimait pas ses honoraires exorbitants ». Et pourtant, au visa des articles 10 de la loi du 31 décembre 1971 et L. 441-3 du code de commerce, la Cour de cassation affirme solennellement qu'« il résulte de ces textes que ne peuvent constituer des honoraires librement payés après service rendu ceux qui ont été réglés sur présentation de factures ne répondant pas aux exigences du second d'entre eux, peu important qu'elles soient complétées par des éléments extrinsèques ». En conséquence, elle censure la décision en considérant « qu'en statuant ainsi, alors que les factures de l'avocat ne précisaient pas les diligences effectuées ce dont il résultait que le client pouvait solliciter la réduction des honoraires, le premier président a violé les textes susvisés ».

5. Là encore, il faut le dire immédiatement, la décision suscite les plus vives réserves, c'est un euphémisme <sup>30</sup>. Elle ne peut s'expliquer que par un culte déraisonné que voue notre société à la facture <sup>31</sup>.

Sur le terrain du droit civil, la solution est évidemment critiquable, à un double titre : d'abord, parce que la jurisprudence considère depuis longtemps que, si les honoraires excessifs peuvent être réduits, c'est seulement lorsque

27. Les critères posés par l'art. 10 de la loi du 31 déc. 1971, en son alinéa 4, seraient en l'occurrence très utiles : « Les honoraires tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci ». Ces critères pouvaient auparavant expressément servir de références « à défaut de convention ente l'avocat et son client ».

28. La décision relève que ce montant est nettement supérieur au montant des demandes des clients devant le bâtonnier, qui, en l'absence de détail des factures, ne permettait pas de distinguer précisément celles faisant l'objet d'une demande nouvelle. Les clients avaient certes augmenté leurs demandes dans une lettre datée du 7 oct. 2013, mais reçue par le bâtonnier le 16 oct. 2013, soit postérieurement à la décision querellée rendue le 13 oct. 2013. Ces demandes nouvelles n'ont ainsi pas été formées en temps utile devant le bâtonnier et ne sont en conséquence pas recevables en appel.

29. Art. 565 c. pr. civ. : « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ».

30. Comp. C. Caseau-Roche, *supra* note 2 : « La solution est rigoureuse mais conforme à l'autonomie de la volonté. Pour que l'honoraire payé librement ne soit pas susceptible de réduction, encore faut-il que le client connaisse précisément les diligences accomplies » ; V. égal. L. Raschel, *supra* note 3 : « La solution est sévère mais nous paraît justifiée : la limitation traditionnelle de l'office du juge se justifie par le fait que le client payant après service rendu va agir en toute connaissance de cause ; son consentement n'est plus éclairé lorsque la facture est imprécise ».

31. V. à ce sujet N. Dissaux, La facture a horreur du vide, D. 2017. 1969, très critique à l'égard de cette décision. V. plus généralement, J.-M. Mousseron, Une nouvelle science : la facturologie, Cah. dr. entr. 1988/4, p. 3. V. égal. K. Magnier-Merran, La facture, LexisNexis, coll. BDE, t. 90, 2017.



le prix a été préalablement fixé<sup>32</sup>(32). *A contrario*, le juge ne saurait remettre en cause des honoraires acceptés après service rendu, le client agissant alors en toute connaissance de cause<sup>33</sup>.

Admettre la possible révision d'honoraires au motif que les factures ne correspondent pas aux exigences du code de commerce<sup>34</sup>, c'est aller à l'encontre de cette jurisprudence<sup>35</sup>. En l'occurrence, cela est d'autant plus choquant que les factures étaient accompagnées d'une lettre de l'avocat expliquant ses diligences et de la copie des actes effectués !

Ensuite, l'on peut légitimement considérer que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a fourni aux clients insatisfaits une arme redoutable pour agir sur le prix d'une prestation. Il s'agit bien sûr de l'article 1223 du code civil, aux termes duquel : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais »<sup>36</sup>. Ainsi, que le client ait payé ou pas, il a la possibilité de solliciter une réduction de l'honoraire s'il n'est pas satisfait des prestations de son avocat<sup>37</sup>. Cela est déjà bien suffisant ! Il paraît donc inutile d'en rajouter avec des exigences formelles qui n'ont pas leur place dans une relation entre un avocat et son client.

En opportunité, enfin, la solution pourrait s'avérer catastrophique eu égard aux conséquences qu'elle pourrait entraîner. En effet, si elle devait perdurer, tant que la prescription ne serait pas acquise au profit de l'avocat, tous ses clients seraient en mesure de lui réclamer la restitution d'une partie des honoraires versés sur le fondement de factures incomplètes<sup>38</sup>.

Chacun comprendra donc que si de telles conséquences devaient se produire, cela entraînerait la liquidation de nombreux cabinets, ce qui n'est évidemment pas souhaitable. Quoi qu'il en soit, à l'avenir, on ne peut qu'inciter les avocats à rédiger scrupuleusement leurs factures, la Cour de cassation ayant ouvert une boîte de Pandore qu'il serait opportun de refermer.

**Mots clés :**

**AVOCAT** \* Honoraire \* Convention écrite \* Absence \* Honoraire librement payé \* Facture \* Diligences effectuées

32. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1998, n° 95-15.799, D. 1998. 91 ; RTD civ. 1998. 901, obs. J. Mestre. Certains auteurs considèrent que cette jurisprudence pourrait être remise en cause par le nouvel art. 1165 c. civ., qui prévoit que : « Dans les contrats de prestation de services, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages-intérêts » (sur ce texte, V. F. Labarthe, La fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de services, JCP 2016. 642 ; G. Lardeux, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, D. 2016. 1659). Sur cette discussion, C. Gijbers, La révision du prix, RDC 2017/3, p. 564, spéc. n°s 4 s., considérant que la possibilité pour le juge de réviser le prix se maintiendra en dépit de ce nouveau texte.

33. V. en ce sens Civ. 2<sup>e</sup>, 5 juin 2003, n° 01-15.411, D. 2003. 2409 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avr. 1997, n° 96-17.606. V. à ce sujet A. Bénabent, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 12<sup>e</sup> éd., n° 572. Comp. art. 72, al. 2, de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ([www.henricapitant.org](http://www.henricapitant.org)) : « Lorsque le prix est fixé d'un commun accord, chaque partie peut en demander la révision au juge s'il est manifestement dérisoire ou excessif, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il était fixé forfaitairement ».

34. Il s'agit plus précisément de l'art. L. 441-3 c. com., dont l'alinéa 3 prévoit que : « la facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de services, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ». Le texte suivant prévoit en outre que : « Toute infraction aux dispositions de l'article L. 441-3 est punie d'une amende de 75 000 €. L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée » (art. L. 441-4). On passera sur l'application du code de commerce aux avocats (V. déjà Civ. 2<sup>e</sup>, 19 oct. 2006, n° 05-10.428), qui n'est qu'une manifestation supplémentaire de la tendance consistant à les traiter pleinement comme des entrepreneurs. V. à ce sujet H. Croze, L'avocat un commerçant comme les autres ?, Procédures 2017. Repère 9.

35. V. en ce sens N. Dissaux, *supra* note 31. Comp. N. Touati et O. Becuwe, *supra* note 3, plus nuancés.

36. V. à ce sujet F. Chénéde, La réduction du prix, RDC 2017/3, p. 571 : le Sénat propose, dans son projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 févr. 2016 en date du 17 oct. 2017, de modifier cet article de la manière suivante : « En cas d'exécution imparfaite du contrat, le créancier de l'obligation peut, après mise en demeure du débiteur, décider une réduction proportionnelle du prix ». Cela confirme l'unilatéralisme de cette sanction.

37. Naturellement, il sera plus simple de mettre en œuvre cette faculté lorsque le client n'aura pas encore payé.

38. On remarquera qu'à l'égard des clients consommateurs, l'avocat est soumis à une prescription biennale en vertu de l'art. L. 218-2 c. consom., prescription qui ne peut d'ailleurs faire l'objet d'aucun aménagement conformément à l'art. L. 218-1 du même code. Au contraire, les actions du client, qu'il soit ou non consommateur d'ailleurs, obéissent au délai de droit commun de cinq ans prévu par l'art. 2224 c. civ. Nouvelle inégalité...



# Thème 6

## Les sanctions de la formation du contrat

### Plan du thème

#### Section 1 – NULLITÉ

##### § 1. Notion de nullité

*A. Nullité judiciaire ou conventionnelle*

*B. Distinction des nullités relatives et absolues*

##### § 2. Régime de la nullité

*A. Mise en œuvre de l'action*

1) Titulaires de l'action

2) Délai de l'action

*a) Action en nullité*

*b) Exception de nullité*

3) Confirmation

4) Action interrogatoire

*B. Conséquences de l'annulation*

1) Étendue de la nullité

2) Rétroactivité

3) Responsabilité

#### Section 2 – CADUCITÉ

##### § 1. La caducité en général

##### § 2. La caducité dans le cadre d'ensembles contractuels

*A. Les conditions préalables à la caducité*

*B. Les contrats caducs*

# Les sanctions de la formation du contrat

## Introduction

1. La **réforme du droit des contrats** a fait entrer la **caducité** dans les sanctions de la formation du contrat, à côté de la traditionnelle **nullité** dont elle consacre le régime établi par la jurisprudence antérieure.

## Section 1 – NULLITÉ

### § 1. Notion de nullité

#### A. Nullité judiciaire ou conventionnelle

2. La nullité est la sanction de la violation des conditions de **formation** des actes juridiques, relevant désormais des articles 1178 à 1185 du Code civil (pour un arrêt semblant retenir l'inexistence pour absence de consentement : Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mai 2014, n° 13-16591, RDC 2014. 605, note T. Genicon, D. 2015. 529, obs. Mekki). En cela, elle se distingue de la résolution qui sanctionne l'inexécution d'une obligation contractuelle. Pour qu'il y ait nullité, il faut que la condition nécessaire à la formation du contrat fasse défaut **au moment de la conclusion** de l'acte ; si cette condition est perdue ensuite, au cours de l'exécution de l'acte, il y a alors caducité et non nullité (*cf. infra* n° 22 s.).

3. Traditionnellement conçue comme judiciaire en droit français, la nullité peut toujours être amiable, laissant aux parties le soin de constater la nullité et de se mettre d'accord sur les conséquences. C'est ce qu'a consacré la réforme du droit des contrats : le principe est la nullité judiciaire, mais les parties peuvent la constater d'un commun accord (art. 1178).

#### B. Distinction des nullités relatives et absolues

4. La réforme du droit des contrats a consacré la traditionnelle distinction des nullités relatives et absolues (art. 1179), élaborée par la jurisprudence aidée de la doctrine, dont l'enjeu réside dans les conditions de l'action en nullité, et non ses effets qui sont identiques (titulaires de l'action, durée du délai de prescription et confirmation de l'acte nul). Le nouvel article 1179 a retenu le critère dit **moderne** de distinction, même s'il date du début du xx<sup>e</sup> siècle, que la jurisprudence avait majoritairement adopté (*cf. par ex.* : **Com.**, **22 mars 2016**, n° 14-14218, D. 2016 actu ; CCC 2016, comm. 136, obs. Leveneur ; **Civ. 3<sup>e</sup>**, **6 juill. 2011**, n° 10-23.438, D. 2011. 1971 ; D. 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; RDI 2011. 505, obs. D. Tomasin, Civ. 3<sup>e</sup>, **21 sept. 2011**, n° 10-21900, JCP 2011. 1276, note Ghestin, D. 2011. 2711 note Mazeaud ; CCC. 2011 com. 252 obs. Leveneur ; D. 2012. Pan. 459 obs. Amrani-Mekki et Mekki, Civ. 3<sup>e</sup>, **26 juin 2013**, n° 12-20.934, JCP 2013. 974, obs. Serinet ; D. 2014. 630, obs. Mekki ; RDC 2013. 1299, note Genicon ; **Civ. 3<sup>e</sup>**, **11 févr. 2014**, n° 12-25.756). La théorie classique, en vigueur tout au long du xix<sup>e</sup> siècle, fondait la distinction sur la gravité du mal affectant le contrat, vu alors comme un organe vivant ; s'il manque un organe vital (cause, objet, consentement), la nullité est absolue, alors que si l'organe n'est que vicié (vices consentement, incapacité), la nullité est relative. La **théorie moderne** conçoit la nullité comme un droit d'action dont le régime dépend de l'intérêt protégé par la règle violée ; si cette règle a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, la nullité est absolue (nouv. art. 1179 al. 1), alors que si elle a pour objet la sauvegarde d'un intérêt particulier, la nullité est relative (nouv. art. 1179 al. 2).

5. Le **domaine de la nullité relative** comprend le défaut de capacité d'exercice (nouv. art. 1147) ; le trouble mental (par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2009<sup>1</sup>) ; les vices du consentement (nouv. art. 1131 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 2013, préc.) ; la lésion ; la violation d'une règle d'ordre public de protection. À cette liste, il faut certainement inclure le **défaut de contrepartie**, qui remplace l'absence de cause dans la réforme, et

1. n° 08-13.518, JCP 2009. 273 n° 9, obs. Serinet, D. 2009. 2660 note Raoul-Cormeil.



désormais **l'indétermination de l'objet** (**Com.**, **22 mars 2016**, n° 14-14218, D. 2016. 704, et 1037, chron. S. Tréard ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier ; CCC 2016, comm. 136, obs. Leveneur ; JCP 2016, doct. 797, obs. Serinet ; RDC 2016. 435, note Lathier). L'absence d'objet devrait également relever de la nullité relative, au regard de l'intérêt protégé, même si les arrêts ne sont pas toujours très clairs (cf. not. Com., 26 mai 2009, n° 08-12.691, RDC. 2009. 1341 obs. Laithier : arrêt qui annule pour défaut d'objet une cession d'actions d'une société qui a disparu par l'effet d'une fusion-absorption. La nullité est prononcée alors qu'elle a été invoquée par la société absorbante, tiers à la cession, laissant penser alors à une nullité absolue. Cependant cette interprétation doit être relativisée par le fait que la question de la nature de la nullité n'avait pas été soulevée devant la Cour de cassation). Une clarification bienvenue a été apportée par un arrêt récent selon lequel « *la nullité d'un acte pour défaut d'objet, laquelle ne tend qu'à la protection des intérêts privés des parties, relève du régime des nullités relatives* » (**Civ. 3<sup>e</sup>**, **24 janv. 2019**, n° 17-25793, PB).



### À noter

Jusqu'à la réforme de droit des contrats, la **nullité** pour absence de cause était devenue **relative**, le juge prenant désormais en compte l'intérêt particulier que protège l'existence de la cause (défaut d'aléa dans un contrat d'assurance : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1999, *Bull. civ. I*, n° 293, D. 2000. 507 ; défaut de cause d'un partage : Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, *Bull. civ. I*, n° 39. – Civ. 1<sup>re</sup>, 29 sept. 2004, n° 03-10766, D. 2004. 2690 ; défaut de cause dans une vente : **Civ. 3<sup>e</sup>**, **29 mars 2006**<sup>2</sup> ; **Civ. 3<sup>e</sup>**, **11 févr. 2014**, n° 12-25.756 ; défaut de cause dans un bail à construction : **Civ. 3<sup>e</sup>**, **21 sept. 2011**, n° 10-21900, JCP 2011. 1276, note J. Ghestin, D. 2011. 2711 note Mazeaud ; CCC. 2011 com. 252 obs. Leveneur ; D. 2012. Pan. 459 obs. Amrani-Mekki et Mekki : « *le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil* »).



### Actualité

Malgré un arrêt postérieur revenant au caractère absolu (**Com.**, **23 oct. 2007**<sup>3</sup> ; Defrénois 2007. 1729 obs. Libchaber : « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun »), laissant penser à une divergence de chambres, la **chambre commerciale vient de suivre la jurisprudence des chambres civiles** par un arrêt à la motivation très circonstanciée : « Attendu que la Cour de cassation jugeaient depuis longtemps que la vente consentie à vil prix était nullité de nullité absolue (...) ; que cette solution a toutefois été abandonnée par la troisième chambre civile (...) » puis la « première chambre civile (...) ; il y a lieu d'adopter la même position ; qu'en effet, c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de la formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de la nullité applicable ; qu'en l'espèce, l'action en nullité des cessions de parts conclues pour un prix indéterminé ou vil ne tendant qu'à la protection des intérêts privés des cédants (...) ». **Com.**, **22 mars 2016**, n° 14-14218, D. 2016. 704, et 1037, chron. S. Tréard ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier ; CCC 2016, comm. 136, obs. Leveneur ; JCP 2016, doct. 797, obs. Serinet ; RDC 2016. 435, note Lathier.

**Revirement** : la violation de règles de forme du mandat pour vendre issues de la loi Hoguet du 2 janv. 1970, jusqu'alors sanctionnée par une nullité absolue, relève désormais d'une nullité relative. C'est moins la solution que la justification de la Cour de cassation qui est intéressante puisqu'elle fait

2. *Bull. civ. III*, n° 88 ; D. 2006. Pan. 2642 obs. Amrani-Mekki ; D. 2007. 477 note Ghestin ; JCP 2006. I. 153 n° 7 obs. Constantin ; RDC. 2006. 1072.

3. Dr et pat. mai 2008 p. 91 obs. Aynès et Stoffel-Munck ; JCP 2008. I. 104 n° 7 obs. Wintgen ; D. 2008. 954 note Chantepie





référence à la réforme et à l'évolution du droit des obligations. **Mixte, 24 fév. 2017**, n° 15-20.411, D. actu., JCP 2017, 305, avis Sturlèse et 306 note Pignarre (dans le même sens : **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 sept. 2017**, n° 16-12906).

Par ailleurs, il faut se souvenir que l'ordre public n'est pas monolithique, il peut être de direction comme de protection. C'est pourquoi la troisième chambre civile a pu décider que « *la nullité d'ordre public encourue pour le non-respect des règles impératives régissant la vente d'immeuble à construire est relative, l'objet étant d'assurer la seule protection de l'acquéreur* » (Civ. 3<sup>e</sup>, 4 oct. 2018, n° 16-22095, PB).

**6. Le domaine de la nullité absolue**, conformément à l'approche moderne, inclut : l'illicéité de la cause ou de l'objet et la violation d'une règle d'ordre public de direction (pour la violation d'une règle d'ordre public économique, cf. **Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2015**, n° 13-13565, JCP 2015, doct. 306, obs. Serinet).



### Actualité

Dans un **arrêt du 6 mars 2019**, la chambre commerciale a décidé « *que la méconnaissance des dispositions d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat de droit privé conclu au nom d'une commune est sanctionnée par la nullité absolue, laquelle ne peut être couverte par la confirmation du contrat* » (n° 16-25117, PB). Il faut noter que ce n'est pas parce que les dispositions en cause étaient d'ordre public que la nullité encourue est absolue. En effet, il existe des dispositions d'ordre public de protection sanctionnées logiquement par une nullité relative. La nullité est en réalité ici absolue, car les dispositions litigieuses ont trait à l'intérêt général.

## § 2. Régime de la nullité

### A. Mise en œuvre de l'action

#### 1) Titulaires de l'action

**7.** Le premier enjeu de la distinction entre nullité relative et absolue concerne les personnes titulaires de l'action en nullité. Lorsque la nullité est relative, seule la personne protégée par la règle transgressée peut la demander en justice (par ex. l'incapable ; la victime du dol et non son auteur). Si la nullité est absolue, c'est l'intérêt général qui est protégé et donc toute personne ayant un intérêt peut demander la nullité (par ex. les 2 contractants en cas d'illicéité de la cause, y compris celui qui serait à l'origine de l'illicéité).

#### 2) Délai de l'action

##### a) Action en nullité

**8. Avant la réforme du 17 juin 2008 relative à la prescription**, l'action en nullité absolue se prescrivait par 30 ans (anc. art. 2262, délai de droit commun) et par 10 ans pour les contrats entre commerçants (art. L. 110-4 c. com.) ; l'action en nullité relative se prescrivait par 5 ans au regard de l'ancien article 1304 consacré à la nullité.

**9. Avec la réforme de la prescription**, le 1<sup>er</sup> grand changement est la modification du délai de droit commun de la prescription qui est désormais de **5 ans (art. 2224 C. civ ; nouvel art. L. 110-4 c. com.)**, c'est-à-dire le même délai que l'ancien article 1304 du c. civil qui n'avait pas été modifié par cette réforme. Ce délai de droit commun s'applique tant qu'un délai spécial n'est pas mentionné dans une loi particulière (Civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc. 2015, n° 1412998, JCP 2016, doct. 345, obs. Serinet), comme en droit de la consommation (art. L. 218-2, cf. Thème 5, n° 18). La **réforme du droit des contrats** a supprimé l'article 1304 relatif au délai spécial de 5 ans pour la nullité relative, conduisant à l'application de l'article 2224 du Code civil pour la nullité du contrat, qu'elle soit relative ou absolue.



**10.** Concernant le **point de départ du délai**, le **droit commun** de la prescription issu de l'article 2224 instaure un point de départ flottant : le « *jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ce moment de connaissance réelle ou présumée dépendra du fondement de l'action en nullité. Si vraisemblablement le juge pourrait considérer que la violation d'une règle d'ordre public de direction peut se connaître dès la conclusion du contrat, il peut en être autrement de l'illicéité (tout dépendra alors de la personne engageant l'action en nullité : si l'illicéité provient des mobiles de l'un des contractants et que c'est l'autre qui agit, le point de départ devrait être celui de la connaissance par le demandeur de l'illicéité des mobiles). Tout dépendra également de l'interprétation par le juge du moment où le titulaire de l'action « aurait dû connaître » les faits lui permettant d'agir. Avec ces différences de point de départ du délai, la prescription d'une action en nullité absolue peut s'avérer plus courte que celle d'une action en nullité relative. Des **points de départs spéciaux** sont prévus pour les **incapables** (art. 1152 ; anc. art. 1304 al. 3) et les **vices du consentement** pour lesquels « le délai d'action ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé » (art. 1144 ; anc. art. 1304 al. 2. V. dern. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 sept. 2013, n° 12-20.816, *RTD civ.* 2013. 856, obs. Gautier ; *D.* 2014. 630, obs. Mekki ; *JCP* 2014. 115, obs. Serinet ; *JCP* 2013. 1236, note Guerrero ; Com., 17 mai 2011, n° 10-17397, *JCP* 2011. 826, note Lasserre Capdeville).



### Actualité

Dans un arrêt du 6 février 2019, la première chambre civile a décidé que « l'annulation d'une vente entraînant de plein droit la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion, la cour d'appel n'était pas tenue, à défaut de demande expresse en ce sens, d'ordonner la restitution du prix en même temps que la reprise de la chose vendue » (n° 17-25859, PBI). Autrement dit, il ne faut pas confondre l'action en nullité, qui permet d'anéantir le contrat ou lien de droit vicié, et l'action en restitution qui permet, en cas d'exécution du contrat annulé, d'en tirer les conséquences matérielles.

**11.** Une autre grande nouveauté de la réforme de la prescription est l'institution d'un délai butoir pour toutes les actions : l'action en nullité, comme les autres, est soumise à un délai butoir de **20 ans** à compter de la naissance du droit d'agir (art. 2232), cette naissance étant certainement ici la conclusion du contrat.



### À noter

La question du délai butoir s'était déjà posée en jurisprudence : la victime d'un dol s'étant rendu compte de son erreur plus de 30 ans après la conclusion du contrat, se posait la question de savoir si le délai de droit commun de 30 ans devait intervenir comme un délai butoir. La Cour de cassation a répondu non en permettant l'action (**Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 2006**, n° 03-11.889, *Bull. civ.* I, n° 28 ; *D.* 2006. 626 note Wintgen ; *JCP* 2006. II. 10036 note Mekki ; *RTD civ.* 2006. 320 obs. Mestre et Fages : « Vu les articles 1304 et 2262 du Code civil ; Attendu que la prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol régie par le seul article 1304 du même code, sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte »).

La réforme de la prescription devrait mettre un terme à cette jurisprudence. V. dern. également rendu sous l'empire du droit antérieur : **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 sept 2013**, n° 12-20.816, *RTD civ.* 2013. 856, obs. Gautier ; *D.* 2014. 630, obs. Mekki ; *JCP* 2014. 115, obs. Serinet ; *JCP* 2013. 1236, note Guerrero.

### b) Exception de nullité

**12.** L'exception de nullité est invoquée en défense, généralement à l'encontre du contractant qui exige en justice l'exécution du contrat ; à la demande d'exécution est opposée la nullité du contrat. Selon l'adage *quae temporalia* (ce qui est temporaire par voie d'action est perpétuel par voie d'exception), l'exception de nullité est perpétuelle, peu importe que la nullité soit relative ou absolue (**Civ. 1<sup>re</sup>, 24 avr. 2013**, n° 11-27082, *RTD civ.* 2013. 596, obs. Barbier ; *RDC* 2013. 1310, obs. Laithier ; *D.* 2014. 630, obs.



Mekki ; CCC 2013, comm. 154, obs. Leveneur). Le fondement est la loyauté : éviter qu'un contractant attende volontairement la fin de la prescription pour demander l'exécution en justice. Cependant, la jurisprudence, désormais consacrée au nouvel article 1185 du Code civil issu de la **réforme du droit des contrats**, exige comme condition d'application de cet adage que le **contrat n'ait pas commencé à être exécuté** (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1998, n° 96-17761, JCP 1999. I. 171 obs. Fabre-Magnan ; Defrénois 1999. 364 obs. Aubert : « l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010, n° 09-14.470, RDC. 2 010/4 p. 1208, obs. Laithier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-25512 et 13-25513), « peu importe que ce commencement d'exécution ait porté sur d'autres obligations que celle arguée de nullité (Com., 13 mai 2014, n° 12-28013 et 12-28654, JCP 2014, doct. 699, Obs. Ghestin ; RTD civ. 2014. 646, obs. H. Barbier ; D. 2015. 529, obs. Mekki ; RDC 2014. 627, obs. M. Latina. En revanche ne constitue pas un commencement d'exécution d'un cautionnement la délivrance de l'information annuelle exigée par la loi : Com., 8 avril 2015, n° 13-14447, JCP 2015, doct. 808, n° 9, obs. Serinet, JCP 2015, 652, note Séjean, RTDciv. 2015. 609, obs. H. Barbier ; D. 2016. 566, obs. M. Mekki).



### Actualité

Dans un arrêt du 16 mars 2017, la troisième chambre civile est venue rappeler que « l'exception de nullité ne peut prospérer que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre nullité relative et nullité absolue » (Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2017, n° 16-13063, PB). En l'espèce, « le bail conclu au nom d'une indivision dépourvue de personnalité juridique (...) [était] nul de nullité absolue ». Toutefois, les indivisaires ayant réglé le loyer, ce commencement d'exécution leur interdisait d'invoquer la nullité par voie d'exception.

**13.** La jurisprudence limite l'application de l'exception de nullité à la **période postérieure à l'expiration du délai de prescription de l'action (Com., 31 janv 2017, n° 14-29.474, D. actu : « la règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action. Après cette date, l'exception n'est recevable que si l'acte n'a pas commencé à être exécuté ».** Eg. **Civ. 3<sup>e</sup>, 9 mars 2017, n° 16-11728, D. 2018. 371, obs. Mekki** (l'inscription d'une hypothèque constitue un commencement d'exécution empêchant l'exception de nullité) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 2015, n° 14-21725, D. 2015. 2436, obs. Avena-Robardet ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2012, n° 10-25.558, D. 2010. Actu. 1483 JCP 2012. 821, note Y.-M. Serinet). L'exception de nullité est jugée irrecevable si elle est exercée après l'expiration du délai d'action mais que le demandeur à la nullité avait eu la possibilité de l'opposer à une demande d'exécution avant l'expiration du délai (Com., 26 mai 2010, préc.).

### 3) Confirmation

**14.** Acte par lequel celui qui peut demander la nullité du contrat renonce à le faire, la confirmation (art. 1182 ; anc. art. 1338 C. civ) n'est possible que lorsque **la nullité est relative**. Elle doit remplir deux conditions : **la connaissance du vice** par celui qui souhaite confirmer et son **intention** de le réparer. Elle peut être tacite par l'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité (art. 1182 al. 3). La confirmation emporte alors renonciation irrévocable au droit d'invoquer la nullité ; l'acte est considéré comme valable dès l'origine à l'égard de celui qui a confirmé.



### Actualité

Dans un arrêt du 28 novembre 2018, la première chambre civile a décidé que « la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance d'un vice l'affectant et l'intention de le réparer, et que la réalisation de ces conditions ne peut résulter de l'absence de contestation de la validité de l'acte avant l'instance en cause ou même de l'invocation de sa validité dans une autre instance » (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2018, n° 17-30966, inédit).



En outre, dans un cas où une nullité absolue était encourue parce que le contrat avait été conclu au nom d'une société dépourvue de personnalité morale faute d'immatriculation, la Cour de cassation est venue préciser les conséquences d'une telle qualification sur la confirmation. Elle a ainsi décidé que « l'acte nul de nullité absolue ne pouvant être rétroactivement confirmé, les parties désirant, après la disparition de la cause de cette nullité, contracter, sont tenues, lorsque la validité de leur convention est soumise à des formes prévues par la loi, de conclure un nouveau contrat, dans les formes ainsi requises, qui produit ses effets à compter de sa formation » (Com., 26 sept. 2018, n° 16-25937, PB).

#### 4) Action interrogatoire

15. Comme pour le pacte de préférence, la réforme du droit des contrats a introduit une deuxième action interrogatoire dans le cadre de la nullité afin de sécuriser le contrat (art. 1183). En effet, lorsque pèse sur le contrat une action en nullité relative du fait du défaut d'une condition de validité, le cocontractant du titulaire de l'action en nullité peut lui demander de se prononcer afin d'éviter l'attente, parfois longue, de la prescription de l'action. Pour cela, le cocontractant lui demande, **par écrit**, « soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion », le délai et ses conséquences faisant l'objet d'une mention obligatoire. Il faut que le titulaire de l'action soit en mesure d'agir et donc que la cause de nullité ait cessé (art. 1183). Si le titulaire de l'action n'agit pas dans les six mois, le contrat sera réputé confirmé.



#### Actualité

Les actions (ou interpellations puisqu'il n'y a pas à proprement parlé d'action en justice) interrogatoires sont une grande nouveauté de la réforme qui en comporte trois : pacte de préférence (cf. Thème 2, n° 33), représentation (cf. Thème 11 n° 12) et nullité. Malgré la précision du texte quant au processus à suivre, il est certain que la pratique fera naître de nombreuses questions à résoudre.

### B. Conséquences de l'annulation

#### 1) Étendue de la nullité

16. À la question de savoir si le défaut de formation du contrat entraîne la nullité du contrat dans son ensemble ou la seule partie viciée, le Code civil de 1804 ne répondait pas clairement ayant obligé la jurisprudence à recourir à la nullité totale que si la disposition nulle était la « cause impulsive et déterminante » du contrat. La **réforme du droit des contrats** est plus claire : lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, le principe est la nullité **partielle**. La nullité ne sera **totale** que si ces clauses « ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles » (art. 1184 al. 1), à moins que les fins de la règle méconnue exigent le maintien du contrat (nouv. art. 1184 al. 2). Les parties peuvent également prévoir dans le contrat une clause d'indivisibilité, même si le juge peut néanmoins considérer que la nullité d'une clause n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat (voir pour la clause compromissoire où le refus d'application de la clause d'indivisibilité est fondé sur l'autonomie de la clause compromissoire : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2008, n° 06-20.806, RDC. 2008 p. 1122 note Genicon).

17. Demeure un cas particulier, **les clauses réputées non écrites**. L'emploi par le législateur et le juge de cette sanction témoigne de la volonté de limiter la sanction à la seule clause, sans qu'elle puisse atteindre le contrat dans son entier, ce que consacre la **réforme du droit des contrats** (art. 1184 al. 2). La Chambre sociale de la Cour de cassation a « inventé » un nouveau cas : le caractère réputé non écrit partiel ; ainsi, une clause de non concurrence minorant la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute n'est pas nulle mais « doit être réputée non écrite en ses seules dispositions relatives à cette minoration » (**Soc., 8 avr. 2010**<sup>4</sup>).

4. n° 08-43.056, D. 2010. 1085, obs. Perrin, JCP E 2010, n° 27, 1656, obs. Grignon, RDC. 2010/4 p. 1199, obs. Genicon.



## 2) Rétroactivité

18. Comme le précise désormais le nouvel article 1178 al. 2, « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé » (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 133, *RTD civ.* 2 001. 699 obs. Molfessis). Dès lors, l'effet principal de la nullité est le retour au *statu quo ante* : le contrat est annulé rétroactivement et tout se passe comme si le contrat n'avait jamais été conclu. Cependant, certaines clauses survivent à la nullité du contrat, comme les clauses d'arbitrage ou les clauses attributives de compétence (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010<sup>5</sup>).

19. La rétroactivité implique des **restitutions** pour lesquelles la **réforme** du droit des contrats a instauré des règles autonomes (art. 1352 à 1352-9) dans la partie relative au régime des obligations, applicables dès lors tant pour la nullité (art. 1178 al. 3), la résolution du contrat (art. 1229 al. 4) que la répétition de l'indu (art. 1302-3). La réforme ne s'est pas contentée de consacrer la jurisprudence et a restructuré le droit des restitutions. Concernant les seules **règles générales** (Pour plus de précisions, se reporter au Support Régime des obligations), le principe reste une **restitution en nature**, sauf lorsqu'elle est impossible (en raison par ex. de la disparition du bien, de sa revente à un tiers, ou de la nature de l'obligation si elle porte sur une prestation. Cf. dern. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juill. 2015, n° 14-11582, *JCP* 2015, doct. 1261, n° 8, obs. Serinet, *D.* 2015. 1538, *RTD civ.* 2015. 869, obs. H. Barbier) ou lorsqu'elle porte sur une somme d'argent (art. 1352). Une innovation plus inattendue de la réforme concerne **l'objet de la restitution** d'une chose qui inclut, outre la chose et les fruits, « la valeur de la jouissance que la chose a procurée » (art. 1352-3), alors que la Cour de cassation avait clairement et solennellement refusé tout versement d'une indemnité de jouissance (arrêt concernant la vente d'un immeuble : en plus des restitutions de la chose et du prix, le vendeur avait demandé que lui soit versée une indemnité d'occupation par l'acheteur qui avait bénéficié de l'immeuble pendant le temps précédant l'annulation. La cour d'appel avait accepté en raison des 65 mois passés dans l'immeuble. La Cour de cassation a cassé : « le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble », **Ch. Mixte**, 9 juill. 2004<sup>6</sup>).



### Actualité

Dans un arrêt du 3 mai 2018, la première chambre civile est venue apporter une précision sur le droit antérieur qui vaut vraisemblablement également pour le droit nouveau. En effet, dans cette décision, la Haute juridiction a décidé qu'à proprement parler, seules les parties contractantes sont tenues à restitution, lorsque leur contrat est annulé. En revanche, les tiers peuvent voir leur responsabilité engagée si leur faute est à l'origine de la nullité et a causé aux parties un dommage (n° 16-13656, PB). Il faut toutefois préciser que les restitutions consécutives au prononcé de la nullité d'un contrat ne constituent pas en elles-mêmes et selon une jurisprudence constante un préjudice indemnisable (v. not. Civ. 3<sup>e</sup>, 14 juin 2018, n° 17-13422, PB)

Par ailleurs, la troisième chambre civile est venue préciser que la prescription de l'action en restitution ne pouvait commencer à courir avant le prononcé de la nullité du contrat dont l'exécution donne lieu à restitution (Civ. 3<sup>e</sup>, 14 juin 2018, n° 17-13422, PB). Là encore, un tel enseignement, qui n'est pas contredit par les articles 1352 et suivants du Code civil, vaut vraisemblablement même sous l'empire du droit nouveau.



### À noter

Plusieurs arrêts ont été rendus ces dernières années quant aux **conséquences des droits fondamentaux sur le droit des restitutions**, illustration de la fondamentalisation du droit des contrats (cf. *supra* Thème 1). Dès lors que le contrat ou une clause litigieuse est nul en raison de l'atteinte

5. n° 07-17.788, *D.* 2010. 1869 obs. Delpech ; *RTD civ.* 2010. 780 obs. Fages.

6. *D.* 2004. 2175 ; *JCP* 2004. I. 173 n° 14 obs. Serinet ; *RDC.* 2005. 280 obs. Stoffel-Munck.



portée à un droit fondamental protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, la question se pose de savoir dans quelle mesure les restitutions consécutives à cette nullité peuvent priver d'effectivité les droits reconnus. Dans deux affaires portées devant la première chambre civile, les faits étaient similaires : une clause d'un contrat de bail commercial avait été annulée du fait que, obligeant le preneur à adhérer à l'association de commerçants du centre commercial où se situait le local loué, elle violait la liberté d'association et la liberté contractuelle. Si l'association doit, au titre des restitutions, rembourser les cotisations, se pose la question des restitutions éventuelles de l'adhérent qui a profité des services de l'association pendant toute la durée de son adhésion. Alors qu'en 2010, la 1<sup>re</sup> chambre civile privilégia les droits fondamentaux sur les restitutions en cassant l'arrêt d'appel sur le visa des art. 6 § 1, 11 et 13 de la CEDH qui avait condamné le preneur à restituer, sur le fondement de l'art. 1371 C. civ. et des principes relatifs à l'enrichissement sans cause, une somme équivalente aux cotisations versées, au motif que « toute personne dont les droits et libertés reconnus par la Convention ont été violés, a droit à un recours effectif » et que « par une décision aboutissant à une reconnaissance théorique, dénuée de toute effectivité, de la liberté du preneur de ne pas adhérer à l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2010**<sup>7</sup>), elle est revenue sur sa position depuis par un arrêt du 12 juillet 2012. En effet, dans ce dernier arrêt aux faits identiques, la Cour fait primer le droit des restitutions sur le droit à un recours effectif invoqué par le pourvoi en retenant que « les juges du second degré ont exactement retenu que la nullité déclarée de la clause d'adhésion avait pour effet de remettre à cet égard les parties dans leur situation initiale, de sorte que la société devait restituer en valeur les services dont elle avait bénéficié à ce titre, valeur qu'ils ont souverainement estimée » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012**, n° 11-17587, *JCP* 2012. 1103, note Serinet, *D.* 2012. 2490, note H. Kenfack).

La 1<sup>re</sup> chambre civile se rallie ainsi à la position de la 3<sup>e</sup> chambre civile qui avait rendu un arrêt en ce sens entre temps. Elle avait en effet décidé que « l'annulation à raison de l'atteinte à la liberté fondamentale de ne pas s'associer ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques que peut impliquer l'annulation d'un contrat exécuté », cassant ainsi l'arrêt d'appel qui avait jugé que l'effectivité de la sanction de la nullité absolue affectant la clause litigieuse et l'adhésion elle-même, interdisait à l'association de prétendre à une restitution en équivalent des prestations dont l'associé aurait bénéficié de sa part (**Civ. 3<sup>e</sup>, 23 nov. 2011**, n° 10-23.928, *JCP* 2012. Chron. 63, n° 15, obs. Serinet).



### Actualité

Le juge a récemment pris en compte la **disproportion du coût** d'une démolition consécutive à la nullité du contrat de construction d'une maison individuelle, en raison de la violation de diverses règles de forme d'ordre public. Alors que la cour d'appel avait ordonné la démolition de la construction, la Cour de cassation casse au visa des règles violées du code de la construction et de l'habitation en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché, « comme il le lui était demandé, si la démolition de l'ouvrage, à laquelle s'opposait la société Trecobat (le constructeur), constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient ». **Civ. 3<sup>e</sup>, 15 oct. 2015**, n° 14-23.612, *D.* 2015. 2423, note Dubois ; *D.* 2016. 566, obs. Mekki ; *RDI* 2016. 27, obs. Tomasin ; *JCP* 2016. 51, note Béhar-Touchais ; *RTDciv.* 2016. 107, obs. Barbier ; *RTDciv.* 2016. 140, obs. Gautier. Un tel contrôle de la disproportion éventuelle de la sanction a été confirmé par la Cour de cassation qui, encore dans une hypothèse d'annulation d'un contrat de construction de maison individuelle, a admis que la démolition constituait une sanction disproportionnée (**Civ. 3<sup>e</sup>, 22 nov. 2018**, n° 17-12537, PB).

Une telle solution autorise le juge à évaluer les conséquences d'une annulation afin de prononcer la sanction la plus adéquate, pouvant lui faire privilégier l'allocation de dommages et intérêts. Cette solution s'inscrit dans le contexte global de la réforme qui autorise le juge à apprécier l'opportunité de l'exécution forcée en nature en fonction de critères économiques (*cf.* Thème 8, n° 27).

7. n° 09-65.045, *RDC.* 2010/4 p. 1185 obs. Pérès ; *JCP* 2010. 1732, note F. Planckeel.



20. La règle coutumière *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (selon laquelle nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude), n'a d'effet qu'à l'égard des restitutions, sans empêcher la nullité en elle-même. La jurisprudence limite son application aux seules hypothèses d'immoralité de l'objet ou de la cause du contrat, la refusant en cas d'illicéité (Civ. 3<sup>e</sup>, 25 févr. 2004<sup>8</sup>, Soc., 10 nov. 2009<sup>9</sup>). Il n'est pas certain que cette règle coutumière ait un avenir en raison non seulement de son absence dans la réforme du droit des contrats, mais également de la disparition de la notion de bonnes mœurs (cf. Thème 4 n° 7). Néanmoins, la première chambre civile de la Cour de cassation en a implicitement et récemment réaffirmé l'existence. Elle a, en effet, décidé dans un arrêt du 26 septembre 2018 que « *le caractère illicite, mais non immoral, de ce versement ne privait pas l'agent immobilier de son droit à restitution de la seule somme par lui remise* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 sept. 2018, n° 16-25184, PB).

### 3) Responsabilité

21. La partie qui subit un préjudice du fait de l'annulation du contrat peut en demander réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle (nouv. art. 1178 al. 4 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2011, n° 10-11.721, JCP 2011. Chron. 1141, n° 22, obs. Serinet ; RDC. 2011. 1139, obs. Laithier). Le préjudice doit être en lien direct avec l'annulation du contrat (pour un ex. de refus de dommages-intérêts s'agissant du préjudice lié à la perte de l'avantage fiscal du fait de l'annulation de l'opération : Civ. 3<sup>e</sup>, 29 sept. 2016, n° 15-15.129, D. 2016. 2000 ; RTD civ. 2016. 847, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal. 10 janv. 2017, p. 22 s., obs. Z. Jacquemin ; JCP 2016, doct. 1257, obs. Serinet). Le demandeur ne peut être celui qui est à l'origine du vice affectant l'acte, mais celui qui en subit les conséquences dommageables. Le responsable peut être le cocontractant (en cas de dol par ex.) ou un tiers qui a pu participer au vice affectant l'acte (comme le notaire ou l'agent immobilier).



#### Mémo

La **réforme** du droit des contrats consacre des dispositions propres à la nullité, qui peut être judiciaire ou conventionnelle.

Elle consacre la théorie dite **moderne** distinguant les nullités relative et absolue en fonction de l'intérêt protégé par la règle transgressée.

La distinction des nullités relative et absolue a un impact sur l'action en nullité : **les titulaires de l'action** sont limités pour la nullité relative ; **les délais d'action** sont différents ; **la confirmation** du contrat vicié n'est possible que pour ceux atteints d'une nullité relative.

La réforme introduit une **action interrogatoire** afin de lever le risque d'une nullité relative.

Les conséquences de la nullité sont les mêmes pour tous les cas de nullité :

- la nullité est **totale ou partielle** selon que l'élément vicié affecte, ou non, une ou plusieurs clauses déterminantes de l'engagement d'une ou des parties ;
- le contrat est **rétroactivement anéanti**, impliquant des restitutions s'il a été exécuté qui se règlent selon des dispositions communes insérées par la réforme dans le régime de l'obligation (nouv. art. 1352 à 1352-9).
- La partie qui subit un préjudice du fait de l'annulation du contrat peut en demander réparation sur le fondement de la **responsabilité délictuelle**.

## Section 2 – CADUCITÉ

### § 1. La caducité en général

22. Un contrat caduc est un contrat régulièrement formé au moment de sa conclusion mais qui perd, ensuite, un de ses éléments essentiels. Absente du Code civil de 1804, la caducité y fait son entrée grâce

8. Bull. civ. III, n° 42 ; JCP 2004. I. 149 n° 9 obs. Labarthe ; RDC. 2004. 635 obs. Mazeaud.  
9. n° 08-43.805 à 08-43.823, JCP 2010. 94 note Mouly, RDC. 2010/3 p. 557 obs. Laithier.



à la **réforme** du droit des contrats qui y consacre quelques dispositions, à côté de la nullité (art. 1186 et 1187). La cause de la caducité étant postérieure à la formation du contrat, le contrat cesse au jour de la caducité (art. 1187), et reste généralement valable pendant la période antérieure. Elle peut cependant donner lieu à restitutions (pour un cas particulier, *cf. infra* n° 31), et dans ce cas, elles se régleront selon les dispositions communes aux restitutions aux articles 1352 à 1352-9 (*cf. Support Régime de l'obligation*).

**23.** Cette sanction s'est avérée particulièrement utile ces dernières décennies. Un premier exemple classique est la **perte de cause en cours d'exécution** du contrat, transposable, du fait de la réforme, comme une perte de la contrepartie convenue (*cf. Thème 4 n° 38 s.*). L'arrêt le plus remarqué ayant admis la caducité pour perte de cause en cours d'exécution est relatif à une reconnaissance de dette (**Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2008** <sup>10</sup>).



#### À noter

Dans l'arrêt important du **30 octobre 2008**, il s'agissait d'une reconnaissance de dette souscrite par laquelle le débiteur reconnaissait devoir une somme au titre d'une pension alimentaire pour l'éducation et l'entretien de leurs enfants ; une fois les enfants revenus vivre avec le débiteur, celui-ci arrêta de payer la pension alimentaire. Le créancier assigna en paiement et fut débouté au motif que la cause avait disparu à partir du moment où l'enfant était à la charge du débiteur. Le pourvoi invoqua que la cause s'appréciait au moment de la formation de l'acte. La Cour de cassation rejeta le pourvoi : « ayant, par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'**engagement à exécution successive** (du débiteur), la cour d'appel a **constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité** ».

La cause de l'obligation du souscripteur de la reconnaissance de dette, résidant dans l'obligation qui lui est préexistante (*cf. Thème 4 n° 48*), était ici constituée de l'obligation d'entretenir et d'éduquer ses enfants n'habitant pas avec soi ; une fois la cohabitation retrouvée, l'entretien auprès de l'autre parent n'était plus à assurer, la cause avait disparu.

L'arrêt pose des limites : l'existence d'un engagement à exécution successive (ce qui est discutable) et la commune intention des parties.

Cette même argumentation de la Cour de cassation a été reprise par une partie dans une affaire récente très commentée afin d'obtenir l'annulation d'un contrat de licence d'exploitation d'une marque, mais l'argumentation ne fut pas retenue en raison de la persistance de la cause en l'espèce. (Le pourvoi invoquait une perte de la cause en raison de son analyse de la cause à travers la rentabilité économique du contrat perdu en cours d'exécution du fait d'un changement de circonstances, ce que rejette la Cour en considérant que « la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat », **Com., 18 mars 2014**, n° 12-29453, D. 2015, p. 1915, note D. Mazeaud ; CCC 2014, comm. 123, obs. L. Leveneur ; JCP 2014, 1116, note J. Ghestin ; D. 2015. 529 obs. Mekki ; RDC 2014. 345, note Y.-M. Laithier ; RTDciv. 2014. 884, obs. H. Barbier). *Cf. Thème 7 n° 21.*

Dans un arrêt du 10 sept. 2015, la Cour de cassation a à nouveau considéré caduc un « engagement unilatéral à durée indéterminée » car privé de cause en cours d'exécution. Il s'agissait en l'espèce de l'engagement d'un directeur général de partager à parts égales avec le 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 l'entreprise. Le directeur financier, après avoir démissionné, a appris la cession au seul profit du directeur général et l'a assigné en partage pour moitié, ce qui lui a été refusé. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que l'engagement était « privé de cause à compter de la démission » du directeur financier, et donc « était devenu caduc à compter de cette date ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2015**, n° 14-20498, D. 2015. 2361 note D. Mazeaud, RDC 2016. 11, note Génicon.

10. n° 07-17.646 ; JCP 2009. II 10000 note Houtcieff ; RLDC 2009 (fev), n° 57 p. 7, note Cermolacce.





## § 2. La caducité dans le cadre d'ensembles contractuels

24. Au sein des règles relatives à la caducité du contrat, la réforme du droit des contrats a introduit une disposition sur les sanctions en cascade dans le cadre d'ensembles contractuels (art. 1186 al. 2 et 3). Il s'agit là d'une solution récente dégagée par la **jurisprudence** lorsque plusieurs contrats, bien qu'indépendants structurellement les uns des autres, forment un ensemble par le but commun qu'ils poursuivent, par l'opération économique globale qu'ils représentent (par ex. pour des contrats conclus entre les mêmes parties : une entreprise conclut un contrat de licence d'exploitation avec une autre entreprise, ainsi qu'un contrat de maintenance pour cette exploitation et un contrat de formation du personnel. Pour des contrats conclus entre des personnes différentes : une entreprise exploite le chauffage d'un hôpital et pour cette exploitation conclut un contrat avec un fournisseur de gaz).

25. Le droit antérieur à la réforme ne comportait pas d'outils généraux permettant d'appréhender ces phénomènes, la notion de groupe de contrats étant restée doctrinale (certains droits spéciaux ont alors expressément lié les contrats, par ex. pour lier le contrat de crédit au contrat financé par lui en droit de la consommation, cf. nouv. art. L. 312-55 C. consom). Dans ce contexte, la jurisprudence avait décidé qu'en présence d'un « ensemble contractuel indivisible », l'anéantissement d'un contrat entraînait la caducité des autres (pour le 1<sup>er</sup> arrêt clair : **Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2006**<sup>11</sup>). La Cour de cassation semblait fonder cette caducité sur la cause : dans un ensemble contractuel, chaque contrat serait la cause des autres ; dès lors l'anéantissement de l'un d'entre eux priverait de cause les autres (**Com., 5 juin 2007**<sup>12</sup>. V. ég. **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2010**<sup>13</sup>).



### À noter

L'arrêt du **4 avril 2006** est particulièrement important puisqu'il est le premier à poser les termes essentiels qui seront ensuite repris et précisés par les arrêts suivants.

Une société a contracté avec un hôpital militaire pour en exploiter la chaufferie, et, pour s'approvisionner en gaz, contracte également avec Gaz de France. À durée indéterminée, le contrat de chaufferie vient à être résilié par l'hôpital et la société demande alors à Gaz de France la résiliation à la même date du contrat d'approvisionnement, ce qu'elle refuse. La Cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes : « *l'arrêt attaqué (Metz, 30 janv. 2002), qui a rejeté la demande, a relevé, d'une part, que les conditions tant générales que particulières de la convention liant la société et Gaz de France stipulaient l'affectation du combustible commandé à son utilisation par l'hôpital, d'autre part, que la réalisation de l'exploitation de la chaufferie constituait la seule cause du contrat de fourniture du produit dont Gaz de France a le monopole, et que les deux contrats conclus par la société, l'un avec le gestionnaire, l'autre avec l'établissement public, de durées différentes pour des raisons propres à la qualité et à la puissance économique et juridique du partenaire, concouraient sans alternative à la même opération économique ; qu'ayant souverainement retenu que les deux conventions constituaient un **ensemble contractuel indivisible**, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la **résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement**, libérant la société des stipulations qu'il contenait ; qu'ainsi, la décision est légalement justifiée ».*

26. Le droit nouveau issu de la **réforme** ne reprend que partiellement cette jurisprudence qui devrait désormais se fonder sur le nouvel article 1186 qui enferme la caducité dans un certain nombre de conditions.

11. *Bull. civ. I*, n° 190 ; *D.* 2006. 2656 note Boffa ; *RDC.* 2006. 700 obs. Mazeaud ; *D.* 2006. Pan. 2641 obs. Amrani-Mekki ; *Defrénois* 2006. 1194 obs. Aubert.

12. n° 04-20.380, *JCP* 2007. II. 10184 note Serinet ; *RTD civ.* 2007. 569, obs. Fages.

13. n° 09-68.014, *D.* 2011. 566 note Mazeaud, *D.* 2011. 622 obs. C. Creton ; *JCP* 2011. 303 note Aubert de Vincelles ; *RLDC* 2011 n° 79, note Pignarre.



## A. Les conditions préalables à la caducité

**27. Avant la réforme** du droit des contrats, la jurisprudence recourait à la notion d'**indivisibilité** (anc. art. 1218) pour justifier l'identité de sort des contrats de l'ensemble, relevant parfois l'existence d'un « ensemble contractuel indivisible » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2006**, préc. ; **Com, 5 juin 2007**, préc.), parfois une simple indivisibilité (**Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2010**<sup>14</sup> ; Com., 12 juill. 2011, n° 10-22.930, LEDC, 3 oct. 2011, n° 9, p. 3, obs. Zolynski, *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki), voire une **interdépendance** (**Com., 13 févr. 2007**<sup>15</sup> ; **Ch. mixte, 17 mai 2013**, n° 11-22.927 et n° 11-22.768, *D.* 2013. 1658, note Mazeaud, *D.* 2014. 630, obs. Mekki ; *RTD civ.* 2013. 597, Barbier ; *JCP* 2013. 674 Seube, *RDC* 2013. 1331 note Laithier, *JCP* 2013. 673, note F. Buy ; *CCC* 2013, comm. 176, obs. Leveneur) (pour un recours à la notion d'indivisibilité pour lier le sort d'un prêt à celui du contrat principal en-dehors des règles spécifiques du droit de la consommation, mais sans recourir à la notion de caducité : **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2015**, n° 14-13658 et n° 14-17772, *D.* 2015. 1837, obs. Avena-Robardet ; *D.* 2016. 566, obs. Mekki ; *AJCA* 2015. 469, obs. Mazeaud ; *RTD com.* 2015. 723, obs. Legeais ; *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 37, obs. Houtcieff ; *JCP* 2015, 1138, note Lassere Capdeville ; *CCC* 2015, comm. 266, obs. Raymond ; *CCC* 2015, comm. 274, obs. Leveneur ; *RTDciv.* 2016. 111, obs. H. Barbier ; *RDC* 2016. 16, note Laithier).



### Actualité

Plusieurs arrêts rendus par la Chambre commerciale se fondent sur l'interdépendance des contrats pour justifier les sanctions en cascade et particulièrement la caducité.

**Com., 12 juill. 2017**, n° 15-23.552 et 15-27.703, *JCP* 2017, 1021, note Buy ; *JCP E* 2017, 1523, note Dissaux ; *Gaz. Pal.* 26 sept. 2017, n° 32, p. 34, obs. D. Houtcieff ; *JCP* 2017 doctr. 1269, obs. Virassamy et Grosser ; *CCC* 2017, comm. 218, obs. Leveneur ; *AJ Contrat* 2017 p. 429, note Bros ; *D.* 2018. 371, obs. Mekki : « Lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute ». V. ég. **Com., 20 sept. 2017**, n° 15-28939.

Concernant le **contrat de crédit-bail**, la Cour de cassation vient d'opérer un **revirement** de jurisprudence ayant donné lieu à une publicité importante par la Cour de cassation ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/285\\_13\\_38960.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/285_13_38960.html)), afin de s'aligner sur la sanction de caducité du crédit-bail à la suite de la résolution du contrat de vente. S'inspirant ouvertement dans sa longue motivation de l'arrêt *Ch. Mixte, 17 mai 2013*, préc., et de *Com. 12 juill. 2017*, préc., elle conclut à l'opportunité de la caducité : « **la résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail et sont inapplicables les clauses prévues en cas de résiliation du contrat** », **Ch. Mixte, 13 avril 2018**, 16-21345 et 16-21947, *D.* 2018. 847 (revirement de *Ch. mixte.*, 23 nov. 1990, n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, *Bull.* 1990, *Ch. mixte*, n° 1 et 2). Appliquant cette nouvelle jurisprudence, la chambre commerciale a décidé récemment « *que le crédit-bailleur est tenu de restituer au crédit-preneur les loyers perçus en exécution de ce contrat à partir de cette date et que sont inapplicables les clauses prévues en cas de résiliation de ce contrat, ainsi que les clauses contractuelles de garantie* » (*Com.*, 4 juil. 2018, n° 16-26003, inédit).

Toutefois, la caducité n'est pas la seule sanction possible. Ainsi, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2017, la troisième chambre civile a admis que la nullité d'un contrat de vente entraînait l'annulation du contrat de prêt accessoire. Une telle qualification n'est pas sans incidence sur les restitutions et indemnisations corrélatives, puisque la nullité est rétroactive. Ainsi, les Hauts magistrats ont précisé que « *qu'à la suite de l'annulation d'un contrat de prêt accessoire à un contrat de vente, la banque est fondée à être indemnisée au titre de la restitution des intérêts échus et à se prévaloir de la perte*

14. n° 09-68.014, *D.* 2011. 566 note Mazeaud, *D.* 2011. 622 obs. C. Creton ; *JCP* 2011. 303 note Aubert de Vincelles ; *RLDC* 2011 n° 79, note Pignarre.

15. n° 05-17407, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *D.* 2007. Pan. 2975, obs. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2007. II. 10063, note Serinet ; *JCP* 2007. I. 185, n° 10, obs. Stoffel-Munck ; *Defrénois* 2007. 1042, obs. Libchaber ; *RLDC* 2007/38, n° 2511, note Loiseau.



de chance de percevoir les intérêts à échoir » et « qu'à la suite de l'annulation d'un contrat de prêt accessoire à un contrat de vente, la banque est fondée à être indemnisée au titre de la restitution des frais » (n° 16-14428, PB).

**28. Le nouvel article 1186** a fait le choix de ne pas qualifier juridiquement l'ensemble contractuel en ne retenant que quatre faits caractéristiques déjà présents dans la jurisprudence antérieure. Les deux premiers sont des éléments objectifs : le **caractère « nécessaire »** de l'exécution de plusieurs contrats à la réalisation d'une « **même opération** ». L'opération unique est caractéristique des ensembles contractuels dans lesquels plusieurs contrats poursuivent un même but, sont au service d'une opération d'ensemble. Ces contrats doivent être « nécessaires » à cet ensemble ; c'est ce que la jurisprudence antérieure cherchait à établir, parfois à travers la notion discutable de cause (en précisant que le contrat est la cause d'un autre : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2006, préc., Com., 5 juin 2007, préc.), ou à travers le fait que le contrat « n'a pas de sens » sans l'autre (Com., 13 févr. 2007, préc., Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2008, n° 06-19339, RDC. 2008. 841 obs. Seube). La troisième condition est la **disparition d'un contrat** de l'ensemble, qui peut prendre la forme d'une nullité ou d'une résolution. Enfin, la dernière condition est subjective : la **connaissance de l'opération** et donc du lien entre les contrats, dès la conclusion du contrat, par le contractant contre lequel est invoquée la caducité (pour la jurisprudence antérieure en ce sens, cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 2006, préc. ; Com., 18 déc. 2007<sup>16</sup> : pas d'indivisibilité faute de preuve de la connaissance de la globalité de l'opération par l'une des parties. Cette connaissance est évidente lorsque les parties sont les mêmes pour tous les contrats formant l'ensemble, cf. Com., 13 févr. 2007<sup>17</sup>).

**29.** La réforme ne dit rien sur les **clauses de divisibilité expresse**, ayant donné lieu à de nombreux arrêts, par lesquelles les parties veulent éviter l'indivisibilité. **Le juge se réserve la possibilité d'écarter ces clauses** s'il estime qu'elles sont « contraires à l'économie générale de l'opération », permettant alors de reconnaître une indivisibilité entre les contrats (**Com., 15 févr. 2000**<sup>18</sup>). Dernièrement, c'est en se fondant sur l'interdépendance des contrats incluant une location financière que la clause de divisibilité expresse a été écartée (cf. **Ch. mixte, 17 mai 2013**, n° 11-22.927 et n° 11-22.768, D. 2013. 1658, note Mazeaud, D. 2014. 630, obs. Mekki ; RTD civ. 2013. 597, Barbier ; JCP 2013. 674 Seube, RDC 2013. 1331 note Laithier, JCP 2013. 673, note F. Buy ; CCC 2013, comm. 176, obs. Leveneur : « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ». V. depuis sur la location financière : Com., 24 sept 2013, n° 12-25.103, RDC. 2014. 64, note Seube ; Com., 26 nov. 2013, n° 12-25.191 ; Com., 14 janv. 2014, n° 12-20.582 ; Com., 16 sept. 2014, n° 13-19017, RDC 2015. 58, note JB Seube ; Com., 21 oct., 2014, n° 13-21670 et 13-2495, RDC 2015. 40, note J. Huet). Le **nouvel article 1189 du Code civil sur les règles d'interprétation** donne désormais un fondement légal à la recherche de la cohérence du contrat (cf. Thème 7 n° 50).



### Actualité

La mise en œuvre de l'interdépendance contractuelle a donné lieu à de nombreuses décisions récemment. Ainsi, la chambre commerciale a précisé que « *lorsque des contrats incluant une location financière sont interdépendants, l'anéantissement du contrat principal est un préalable nécessaire à la caducité, par voie de conséquence, du contrat de location* » (Com., 13 déc. 2016, n° 15-14355, inédit). Toutefois et contrairement à ce que peut laisser penser l'expression contrat principal, la chambre commerciale admet que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf* »

16. n° 06-15.116, Bull. civ. IV, n° 268 ; CCC 2008 n° 93 obs. Leveneur ; JCP 2008. I. 136, n° 21, obs. M. Mekki.

17. n° 05-17407, Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2007. Pan. 2975, obs. Fauvarque-Cosson ; JCP 2007. II. 10063, note Serinet ; JCP 2007. I. 185, n° 10, obs. Stoffel-Munck ; Defrénois 2007. 1042, obs. Libchaber ; RLDC 2007/38, n° 2511, note Loiseau.

18. Bull. civ. IV, n° 29 ; JCP 2000. I. 272 n° 9 obs. Constantin ; D. 2000. Somm. 364 obs. Delebecque ; Defrénois 2000. 1118 obs. Mazeaud ; Com., 24 avr. 2007, n° 06-12443, RDC 2008. 276, obs. Mazeaud.



pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute » (Com., 12 juil. 2017, n° 15-27703, PB). Autrement dit, en présence d'un ensemble contractuel dans lequel figure une location-financière, il n'existe pas de hiérarchie entre les différents contrats.

D'un point de vue plus procédurale encore, la même chambre a précisé dans un arrêt du 5 avril 2018 que « le locataire a la faculté de **demander, par voie d'action comme par voie d'exception, en défense à une assignation du bailleur, la résiliation préalable du contrat de fourniture ou de prestation, à condition d'avoir mis en cause le fournisseur ou le prestataire, ou leur liquidateur, puis la caducité, par voie de conséquence, du contrat de location, peu important que le bailleur ait fait application, au préalable, de la clause résolutoire stipulée dans ce dernier contrat** » (Com., 5 avr. 2018, n° 17-11650, inédit)

Surtout, dans un arrêt publié du 4 juillet 2018, la chambre commerciale a décidé que « si, lorsque des contrats incluant une location financière sont interdépendants, l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux est un préalable nécessaire à la caducité, par voie de conséquence, des autres, **il n'est toutefois pas exigé que l'anéantissement préalable et la caducité soient prononcés ou constatés au cours d'une seule et même instance** » (Com., 4 juillet 2018, n° 17-15597, PB).

Toutefois, la première chambre civile a fait de preuve de souplesse en admettant que l'interdépendance puisse être invoquée pour la première fois en cause d'appel. En effet, elle a décidé que « du fait de l'interdépendance des contrats, la demande en résolution du prêt formée par l'acquéreur pour la première fois en cause d'appel s'analysait **comme l'accessoire nécessaire de la demande en résolution de la vente soumise au premier juge** ; qu'elle en a exactement déduit que cette demande était recevable » (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 oct. 2018, n° 17-16709, inédit).

Enfin, la chambre commerciale est venue apporter des précisions sur la date à laquelle intervient la caducité dans un **arrêt du 3 avril 2019**. Dans celui-ci, elle a effectivement décidé que « lorsque des contrats sont interdépendants, la résolution de l'un quelconque d'entre eux entraîne, **à la date d'effet de la résolution, la caducité par voie de conséquence des autres** » (n° 17-19788, inédit).

## B. Les contrats caducs

**30.** Conformément à ce qu'avait décidé antérieurement la jurisprudence, lorsque les quatre conditions sont remplies, sont caducs « les contrats **dont l'exécution est rendue impossible** » et « ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une **condition déterminante** du consentement d'une partie ». Chacun de ces contrats constituant un élément essentiel de l'ensemble, la disparition de l'un entraîne la caducité des autres.

**31.** Appliquée à des contrats à exécution successive, la caducité se traduira par un anéantissement du contrat pour l'avenir (cf. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2006, préc.). Appliquée à un contrat à exécution instantanée, elle donnera lieu à des restitutions (Com., 5 juin 2007, préc.)



### À noter

Dans l'arrêt du **5 juin 2007**, la résiliation de la location avait entraîné la caducité de la vente, avec laquelle elle formait un ensemble indivisible. La caducité a pour conséquence le retour au *statu quo ante*, « l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite et à tenir compte du préjudice subi par l'acquéreur par suite de l'anéantissement de cet ensemble contractuel ».

Ainsi, la caducité d'un contrat à exécution instantanée semble comporter les mêmes effets qu'un anéantissement rétroactif, qu'il soit fondé sur la nullité ou la résolution : non seulement chacun restitue ce qu'il a reçu du contrat, mais en plus « le vendeur peut réclamer à l'acquéreur une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que ce dernier en a faite ».





### Mémo

La **réforme** du droit des contrats intègre la **caducité** au sein des sanctions de la formation du contrat. À la différence de la nullité, elle sanctionne la perte d'une condition essentielle au cours de l'exécution du contrat.

**L'innovation** la plus importante concerne la prise en compte des **ensembles contractuels** au sein des dispositions sur la caducité. Reprenant l'essentiel de la jurisprudence antérieure, la réforme consacre la caducité des contrats d'un ensemble lorsque l'un d'eux disparaît.

Plusieurs **conditions** sont cependant nécessaires à cette caducité : le caractère nécessaire de l'exécution de plusieurs contrats à une opération unique ; la disparition de l'un d'eux ; la connaissance du lien entre ces contrats par le contractant à qui il est opposé.

Ne seront caducs que les contrats dont l'exécution est rendue impossible ou qui constituent une condition déterminante du consentement de l'une des parties.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### *Nullité défaut de cause*

**Com., 23 oct. 2007**, Dr et pat. mai 2008 p. 91 obs. Aynès et Stoffel-Munck ; JCP 2008. I. 104 n° 7 obs. Wintgen ; D. 2008. 954 note Chantepie ; Defrénois 2007. 1729 obs. Libchaber ; **Com., 22 mars 2016**, n° 14-14218, D. 2016. 704, et 1037, chron. S. Tréard ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier ; CCC 2016, comm. 136, obs. Leveneur ; JCP 2016, doct. 797, obs. Serinet ; RDC 2016. 435, note Lathier.

### *Exception de nullité*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 2015**, n° 14-21725, D. 2015. 2436, obs. Avena-Robardet ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2012**, n° 10-25.558, D. 2010. Actu. 1483 ; JCP 2012. 821, note Y.-M. Serinet.

### *Droits fondamentaux*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012**, n° 11-17587, JCP 2012. 1103, note Serinet, D. 2012. 2490, note H. Kenfack.

### *Perte de cause, caducité*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2008**, n° 07-17.646 ; JCP 2009. II 10000 note Houtcieff ; RLDC 2009 (fev), n° 57 p. 7, note Cermolacce ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept 2015**, n° 14-20498, D. 2015. 2361 note D. Mazeaud RDC 2016. 11, note Génicon.

### *Caducité, ensembles contractuels*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2006**, Bull. civ. I, n° 190 ; D. 2006. 2656 note Boffa ; RDC. 2006. 700 obs. Mazeaud ; D. 2006. Pan. 2641 obs. Amrani-Mekki ; Defrénois 2006. 1194 obs. Aubert. ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2010**, n° 09-68.014, D. 2011. 566 note Mazeaud, D. 2011. 622 obs. C. Creton ; JCP 2011. 303 note Aubert de Vincelles ; RLDC 2011 n° 79, note Pignarre ; **Ch. mixte, 17 mai 2013**, n° 11-22.927 et n° 11-22.768, D. 2013. 1658, note Mazeaud, D. 2014. 630, obs. Mekki ; RTD civ. 2013. 597, Barbier ; JCP 2013. 674 Seube, RDC 2013. 1331 note Laithier, JCP 2013. 673, note F. Buy ; CCC 2013, comm. 176, obs. Leveneur.

## II. Pour aller plus loin

---

AMRANI-MEKKI S., Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, *Defrénois* 2002. 355.

AUBRY M.-C., Retour sur la caducité en matière contractuelle, *RTD civ.* 2012. 625.

BROS S., Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP* 2016, 975.

DISSAUX N., Les nouvelles sanctions en matière contractuelle, *AJ Contrat* 2017. 10.

HAMELIN J.-F., Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats, *LPA* 9 déc. 2014, n° 245, p. 4.

LAGARDE X., Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats, *JCP* 2013. Doctr. 1255.

LAGARDE X., Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat, *JCP* 2012. 504.

LEBRET A.-S., Les nullités revisitées, *AJ Contrat* 2017. 12.

MEKKI M., Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires, *RDC*. 2006. 679.



- MEKKI M., Réforme du droit des contrats : la caducité, *JCP N* 2017 actualités 126.
- MEKKI M., Réforme du droit des obligations : le droit des nullités, *JCP N* 2017, actualités 101.
- PELLET S., Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ?, *JCP* 2016, 676.
- PENIN O., Restitutions, nullité, vices cachés et défaut de conformité : et si la Cour de cassation avait raison ?, *CCC* 2016 étude 9.
- POSEZ A., La théorie des nullités, Le centenaire d'une mystification, *RTD civ.* 2011. 647.
- ROUVIÈRE, L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente, *RTD civ.* 2009. 617.
- SAUTONIE-LAGUIONIE L., Article 1178 à 1187 du projet de réforme : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité, *RDC* 2015. 767.
- SERINET YM, La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité, *JCP* 2016, 845.
- SEUBE S., L'article 1186 du projet de réforme : la caducité, *RDC* 2015. 769.
- VEYRE L., L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes !, *AJ Contrat* 2017. 74.
- « L'anéantissement rétroactif du contrat » (actes du colloque du 22 octobre 2007), *RDC*. 2008/1.

### III. Aperçu des publications récentes

---

- BRUNAUX G., L'action interrogatoire en confirmation d'un acte nul, *CCC* 2017, form. 11
- « Pas de nullité sans texte », *Débats*, *RDC* 2018, p. 121 et s.



# Annexes

**Annexe 1** – BROS S., Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, JCP 2016, 975

**Annexe 2** – Com., 12 juill 2017, n° 15-23.552 et 15-27.703, AJ Contrat 2017 p. 429, note Bros

**Annexe 3** – Mixte, 13 avril 2018, 16-21345 et 16-21947, D. 2018. 847

---

**Annexe 1** – BROS S., Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, JCP 2016, 975

## Libres propos par Sarah Bros professeur à l'université d'Évry-Val d'Essonne

### Contrats et obligations

Le nouvel article 1186 du Code civil clarifie la notion et unifie le régime des contrats interdépendants. – Il adopte des solutions équilibrées mais certaines difficultés demeurent en suspens

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations traite des contrats interdépendants dans deux articles (*Ord. n° 2016-131, art. 2 ; C. civ., art. 1186, mod. ; art. 1189, al. 2, mod.*). Ces textes clarifient la notion et son régime. Le premier rattache l'interdépendance à la caducité en énonçant que lorsqu'un contrat disparaît, celui auquel il est lié est caduc. Le second impose l'interprétation globale de contrats concourant à la même opération. En plaçant ces textes dans le chapitre relatif à la formation, le législateur a fait le choix de ne pas rattacher l'interdépendance aux effets du contrat. Cela est bienvenu car l'interdépendance contractuelle concerne avant tout l'étendue du consentement. En effet, des contrats sont interdépendants quand un contrat constitue un élément essentiel d'un autre contrat car chaque partie a fait de l'existence de tous les contrats un élément constitutif de son consentement. Cela résulte de l'article 1186, alinéa 1<sup>er</sup>, qui définit la caducité comme la disparition d'un élément essentiel d'un contrat valablement formé. Cette définition correspond à celle qu'en avait donnée la doctrine avant la réforme. La formulation de l'article 1186 laisse entendre qu'il existe une distinction entre les conditions de validité du contrat et les éléments essentiels autres que ces conditions. Avant la réforme du 10 février 2016, ces éléments essentiels étaient qualifiés de cause subjective ou cause du contrat, ou encore condition impulsive et déterminante. La notion de cause ayant été supprimée, on la retrouve à travers l'élément essentiel du contrat, qui est l'élément déterminant du consentement des parties, celui en l'absence duquel elles n'auraient pas conclu le contrat. Cette notion figure dans plusieurs textes de la réforme, notamment aux articles 1130 et 1133 relatifs aux vices du consentement, et à l'article 1184 concernant l'étendue de la nullité. Dans le droit antérieur, la cause était la seule condition de validité qui était en même temps un élément déterminant du consentement. Si elle n'est plus une condition de validité, elle subsiste en tant qu'élément essentiel au sens de l'article 1186. L'élément essentiel conditionne l'efficacité du contrat.

Des contrats sont interdépendants quand ils sont les éléments essentiels d'une opération et leur exécution nécessaire à la réalisation de cette opération (*Ord. n° 2016-131, art. 2 ; C. civ., art. 1186, al. 2, mod.*). Cette définition reprend celle qu'avait proposée la doctrine, sans la suivre néanmoins quand elle précisait que cette opération unique était de nature économique. À la réflexion, cet adjectif n'ajoutait rien car toute opération contractuelle a nécessairement un but et un effet économiques dans la mesure où elle entraîne un transfert de valeurs d'un patrimoine à un autre.

L'ordonnance consacre la jurisprudence concernant les conditions d'existence des contrats interdépendants (1) et traite des effets de la disparition d'un contrat sur celui auquel il est lié (2).

### 1. Les conditions d'existence des contrats interdépendants

La question essentielle a toujours été de savoir quand les parties ont entendu réaliser une opération impliquant l'exécution de plusieurs contrats. Elle est délicate puisqu'elle nécessite une analyse des consentements (A). Une disposition spéciale régit l'interdépendance des contrats dans les opérations de crédit (B).





## A. – L'analyse des consentements

L'article 1186 indique de procéder en deux temps : identifier l'opération d'ensemble d'abord (*Ord. n° 2016-131, art. 2 ; C. civ., art. 1186, al. 2 mod.*), vérifier la connaissance par tous de cette opération ensuite (*Ord. n° 2016-131, art. 2 ; C. civ., art. 1186, al. 3 mod.*). Il s'agit de contrôler que la pluralité de contrats constitue bien un élément essentiel du consentement, ce qui s'apprécie lors de la formation du contrat.

Le texte invite à séparer l'analyse des consentements afin que soit protégé celui des contractants qui poursuit l'opération d'ensemble. Selon le texte, c'est son consentement qui doit être sondé le premier, en vérifiant que « l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie » (*Ord. n° 2016-131, art. 2 ; C. civ., art. 1186, al. 2 mod.*). Cette partie est le personnage pivot, la partie commune à plusieurs contrats.

La preuve de l'étendue du consentement du personnage-pivot résulte des circonstances, lesquelles doivent traduire sa volonté de réaliser une opération d'ensemble au moyen de plusieurs contrats. La jurisprudence antérieure, qui se fondait sur le but de l'opération ainsi que sur ses modalités, pourra se maintenir (pour des illustrations, V. Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil, t. 3, Le contrat : Économica, 2016, 8<sup>e</sup> éd., n° 505 s.*).

Dans un second temps, le juge devra vérifier que le contractant contre lequel la caducité est invoquée « connaissait l'existence de l'opération d'ensemble quand il a donné son consentement ». Cette exigence existait déjà dans la jurisprudence antérieure à la réforme (V. par ex. *Civ. 3<sup>e</sup>, 29 janv. 2014, n° 12-28.836 : JurisData n° 2014-001036 ; Bull. civ. 2014, III, n° 14*) ; elle entraîne le maintien des solutions qui avaient retenu certains éléments de preuve de cette connaissance (conclusion par l'intermédiaire de l'une des parties de tous les contrats, versement des fonds par le prêteur au vendeur par exemple *Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2015, n° 14-17.772 et 14-13.658 : JurisData n° 2015-020107 et n° 2015-020091 ; Contrats. conc. consomm. 2015, comm. 266, obs. G. Raymond ; AJCA 2015, p. 469, obs. D. Mazeaud ; JCP E 2015, 1548, note S. Le Gac-Pech*). Elle protège le personnage pivot pour qui l'interdépendance des contrats est essentielle et impose à son cocontractant de respecter ses intérêts. Elle interdit à ce dernier de profiter de l'opération d'ensemble pour conclure son contrat et se désintéresser du sort du contrat lié par la suite. Elle l'oblige à assumer une partie des risques de l'opération voulue par le personnage clé.

Par conséquent, il ne devrait plus y avoir de discussion quant à la validité et à l'efficacité des clauses dites de divisibilité, prévoyant l'exécution d'un contrat malgré la disparition de l'autre. Soit les contrats sont interdépendants depuis la mise en place de l'opération jusqu'à son dénouement, soit ils ne le sont pas depuis le début. Tout est figé au moment de la formation des contrats interdépendants, tant les éléments constitutifs du consentement de celui qui poursuit l'opération d'ensemble, que la connaissance de ce but par ses cocontractants. La stipulation séparant l'exécution des contrats participant à une opération d'ensemble ne devrait plus être efficace, ce qu'avait déjà jugé la Cour de cassation avant la réforme (V. surtout *Com. 15 févr. 2000, n° 97-19.793 : JurisData n° 2000-000488 ; D. 2000, somm. p. 364, obs. Ph. Delebecque ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2000, I, 279, n° 9, obs. A. Constantin. – Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, préc. – Cependant, en sens contraire, *Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 2010, n° 09-68.014 : JurisData n° 2010-019608 ; Bull. civ. 2010, I, n° 213 ; D. 2011, p. 566, note D. Mazeaud*). Point n'est besoin de recourir au déséquilibre significatif pour la tenir en échec. Outre qu'il n'est pas certain qu'une telle clause entre dans le champ d'application de l'article 1171, l'article 1186 suffit à ne pas en admettre la validité : à quoi servirait-il qu'une disposition lie les contrats s'il suffisait que la volonté des parties l'exclue pour qu'il n'en fût rien ?*

## B. – Le consentement dans les opérations de crédit

Dans ces opérations, le contrat de crédit est nécessaire au financement du contrat principal. Ces contrats sont conçus comme un tout indissociable et l'exécution des prestations est imbriquée. Cette situation est visée par l'article 1186, alinéa 2 selon lequel : « sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible » par la disparition d'un contrat. En rédigeant cette disposition, le législateur a manifestement eu à l'esprit les opérations de crédit, et plus spécialement la protection de l'emprunteur.

Le texte consacre la jurisprudence de la Cour de cassation rendue en matière de crédit-bail et de location financière, qui avait retenu la disparition systématique du contrat lié en cas de nullité ou de résolution du premier (*Cass., ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044 : JurisData n° 1990-003060 ; D. 1991, p. 121, note Ch. Larroumet ; JCP G 1991, II, 21642, note D. Legeais ; RTD civ. 1991, p. 360, obs. Ph. Rémy. – Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 : JurisData n° 2013-009399 ; JCP G 2014, 674, J.-B. Seube ; D. 2013, p. 1273, obs. X. Delpech ; D. 2013, p. 1658, note D. Mazeaud ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. Legeais*). La Cour de cassation avait péremptoirement affirmé dans ces arrêts qu'en cas de disparition de l'un des contrats composant l'opération de crédit-bail ou de location financière, l'autre devait être judiciairement anéanti.

L'article 1186, alinéa 2, se situe dans le droit fil de ces décisions. Il va cependant plus loin car il laisse entendre qu'il existe deux applications de l'interdépendance contractuelle : celle où l'exécution d'un contrat est une condition déterminante du consentement d'une partie à un autre contrat (*supra*), et celle où l'exécution d'un contrat



est impossible sans celle du contrat lié, ce qui correspondrait aux opérations de crédit. En réalité, ces opérations ne sont pas si différentes car, dans les deux cas, un contrat est une condition déterminante d'un autre contrat. Néanmoins, il ne peut être nié que l'interdépendance des contrats dans le crédit-bail ou la location financière n'est pas occasionnelle mais consubstantielle à l'opération. Elle est aisément identifiable et ne nécessite pas une analyse particulière du consentement des parties. Dès lors, la règle selon laquelle sont interdépendants les contrats dont l'exécution est rendue impossible par la disparition de l'un d'entre eux peut s'analyser en une présomption irréfragable. C'est bien une règle de fond qu'a posée le législateur afin d'éviter de vaines discussions sur l'étendue du consentement des participants à une opération de crédit. Cette présomption légale entraîne une dispense de preuve qui profite à celui invoquant la caducité du contrat lié.

L'interdépendance résulte de l'opération de crédit elle-même, dès lors qu'elle implique plusieurs contrats. Sont donc concernés les contrats composant l'opération de crédit-bail (vente, bail et promesse unilatérale de vente), ceux composant la location financière (vente et contrat de financement, voire contrat de maintenance), les ventes à crédit, quand le crédit est octroyé en vertu d'un contrat distinct de la vente elle-même, et toutes les opérations de crédit impliquant un contrat principal (contrat de prestation de service ou de bail) et un contrat de financement. La règle posée par l'article 1186 conduit à étendre le domaine de l'interdépendance contractuelle, car il existait jusqu'à présent une incertitude quant au lien entre la vente et le prêt en dehors du droit de la consommation. On peut néanmoins se demander si la présomption irréfragable qui est posée en cas d'impossibilité d'exécution d'un contrat suite à la disparition de celui auquel il est lié ne serait pas excessive dans d'autres opérations que le crédit, telles celles de construction où le maître de l'ouvrage pourrait prétendre que chaque contrat d'entreprise est essentiel à l'opération de construction et solliciter la disparition de plusieurs contrats en cas d'échec de l'un d'entre eux, fussent-ils conclus avec des entrepreneurs distincts. La rédaction du texte ne permet pas de contenir nettement la présomption aux seules opérations de crédit. La jurisprudence, par son interprétation, pourra en limiter le domaine.

## 2. Les effets de la disparition d'un contrat sur l'autre contrat de l'ensemble

La disparition d'un contrat entraîne la caducité de celui auquel il est lié (A). Dorénavant, les effets de l'interdépendance sont uniformes et prévisibles. Toutefois, certaines difficultés demeurent en suspens (B).

### A. – La caducité

Peu importe la cause de la disparition du premier contrat : nullité ou résolution, le contrat lié est caduc. Cela entraînera une évolution de la jurisprudence qui ne pourra plus juger le contrat lié nul, résolu ou résilié à la suite de la disparition de l'autre contrat, comme elle a pu le faire, notamment en matière de crédit-bail ou de location financière (V. les arrêts cités *supra*). L'article 1186 permettra d'uniformiser des solutions auparavant disparates. La caducité joue de plein droit, il n'est point besoin de solliciter son prononcé par le juge, ni même de la prononcer unilatéralement. Elle est automatique.

Encore faut-il que la disparition du premier contrat soit effective et qu'elle ne soit pas une simple inexécution, comme le décidait déjà la Cour de cassation (*Com. 7 déc. 1993, n° 92-10.440 : RJDA 1994, n° 550. – Com. 5 juin 2007, n° 05-21.560 : JurisData n° 2007-039390*), ou bien qu'il existe seulement un doute sur sa validité. En revanche, si un juge est saisi d'une demande en nullité ou en résolution d'un contrat, il n'est plus besoin de mettre dans la cause les parties au contrat lié comme l'exigeait la jurisprudence auparavant (*Com. 4 nov. 2014, n° 13-24.270 : JurisData n° 2014-026529. – Com. 9 déc. 2014, n° 13-22.677, inédit : JurisData n° 2014-030511*). La caducité de l'autre contrat intervient automatiquement au jour de la décision prononçant la nullité ou la résolution. Si la résolution du contrat intervient par suite de la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou bien par décision unilatérale d'une partie, la solution est la même : la caducité intervient comme une conséquence automatique de la disparition du contrat lié, quelles que soient la cause et les modalités de la disparition.

Selon l'article 1187, « *la caducité met fin au contrat* ». Un contrat caduc perd donc toute efficacité pour l'avenir. Des restitutions seront toutefois possibles, conformément au second alinéa du même texte, quand l'exécution incomplète du contrat atteint de caducité n'aura rempli aucune utilité (interprétation analogique de l'article 1229, alinéa 3 relatif à la résolution).

### B. – Des difficultés non résolues par l'ordonnance

L'ordonnance du 10 février 2016 ne règle pas deux difficultés. D'une part, rien n'est prévu lorsque le personnage clé ne peut pas obtenir la disparition juridique d'un contrat de l'ensemble parce que son cocontractant a disparu. Ainsi, l'acquéreur qui se plaint de la livraison d'une chose défectueuse ne peut pas remettre en cause l'opération si son vendeur n'existe plus, parce qu'il s'agit d'une société liquidée par exemple. Ne pouvant obtenir



la résolution du contrat de vente, il ne peut pas, par conséquent, invoquer la caducité du prêt ayant servi à le financer (outre les arrêts précédemment cités, V. *Com.* 10 nov. 2009, n° 08-17.891, inédit ; sur ce thème, J.-P. Rémy, *Location financière et ouverture d'une procédure collective dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : D. 2013, p. 1634).

D'autre part, lorsque l'échec de l'opération entraîne des restitutions, la protection du personnage central n'est plus du tout assurée lorsque la partie débitrice de la restitution à son égard est insolvable. Ainsi, dans une opération de crédit qui a échoué, l'acquéreur-emprunteur doit restituer les fonds au prêteur, et il compte pour cela sur la restitution du prix que lui doit le vendeur. Mais, si le vendeur est insolvable, il ne pourra reverser le prix à l'acquéreur qui demeurera néanmoins tenu vis-à-vis du prêteur. Cela est d'autant plus inique que le vendeur aura certainement bénéficié du versement direct du prix par le prêteur. Même si le prêteur a commis une faute en versant les fonds au vendeur de manière anticipée, sans vérifier que ce dernier avait exécuté son obligation, l'emprunteur ne peut pas lui réclamer de dommages et intérêts et en demander la compensation avec sa dette de restitution car l'obligation de restituer les fonds prêtés résulte de l'anéantissement du contrat de prêt et ne constitue donc pas un préjudice indemnisable (*Civ. 1<sup>re</sup>*, 10 sept. 2015, n° 14-17.772 : *JurisData* n° 2015-020107 ; V. le moyen du pourvoi principal). Il est regrettable que le système n'ait pas été parachevé par une disposition prévoyant que la restitution incombe à celui qui a initialement reçu la prestation. La neutralité recherchée des contrats interdépendants en cas d'échec de l'opération aurait ainsi pu être atteinte.

---

## Annexe 2 – Com., 12 juill 2017, n° 15-23.552 et 15-27.703, AJ Contrat 2017 p. 429, note Bros

**Cour de cassation**  
**chambre commerciale**  
**Audience publique du 12 juillet 2017**  
**n° de pourvoi : 15-23552**

ECLI :FR :CCASS :2017 :CO01066

Publié au bulletin

**Cassation**

**M<sup>me</sup> Mouillard, président**

SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que, lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 23 avril 2007, la société Baur a conclu un contrat de prestation de surveillance électronique avec la société Diffus'Est, qui a fourni et installé le matériel nécessaire, d'une durée de quarante-huit mois renouvelable ; que le 2 mai suivant, la société Baur a souscrit un contrat de location portant sur ce matériel auprès de la société Grenke location (la société Grenke), d'une durée identique, moyennant le paiement d'une redevance mensuelle ; qu'avant l'échéance du terme des contrats, la société Baur a obtenu, en accord avec le bailleur, la résiliation du contrat de location, en s'engageant à payer les échéances à échoir ; qu'estimant qu'en l'absence de résiliation, le contrat de prestation de services avait été reconduit au terme de la période initiale, la société Diffus'Est a vainement mis en demeure la société Baur d'accepter l'installation d'un nouveau matériel ou de payer l'indemnité contractuelle de résiliation anticipée, avant de l'assigner en paiement de cette indemnité ;

Attendu que, pour condamner la société Baur au paiement de l'indemnité prévue à l'article 12 du contrat de prestation souscrit auprès de la société Diffus'Est, l'arrêt retient que c'est à tort que les premiers juges ont estimé que l'indivisibilité entre les contrats en cause permettait de considérer que la résiliation anticipée du contrat de location avait nécessairement provoqué la résiliation du contrat de prestation de services, dès lors qu'il ressort des énonciations mêmes de ce dernier contrat, conclu pour une durée fixe et irrévocable, qu'une telle résiliation était contraire à la loi convenue entre les parties ;



Qu'en statuant ainsi, après avoir relevé, d'abord, que les contrats litigieux s'inscrivaient dans un même ensemble contractuel, ensuite, que le contrat de location conclu avec la société Grenke avait été résilié avant le terme initial, ce dont il résulte que, ces deux contrats étant interdépendants, cette résiliation avait entraîné la caducité, par voie de conséquence, du contrat de prestation conclu entre la société Baur et la société Diffus'Est, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 avril 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz ;

Condamne la société Diffus'Est aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Baur la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze juillet deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, avocat aux Conseils, pour la société Baur

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Baur à payer à la société Diffus'Est la somme de 6 549,12 € avec intérêts au taux légal à compter du 20 septembre 2011 ;

AUX MOTIFS QUE, qu'il ressort des éléments et pièces versés aux débats que la société Baur, le 23 avril 2007, a signé auprès de la société Diffus'Est, un contrat de prestation de service de surveillance électronique portant notamment sur la fourniture et l'installation de deux centrales électroniques auto alimentées pour une « durée fixe et irrévocable » de 48 mois renouvelables et qu'elle a par ailleurs, signé le 2 mai suivant, pour une durée identique, un contrat de location du matériel nécessaire auprès de la société Grenke Location ; qu'une convention de résiliation de ce contrat de location est intervenue le 11 octobre 2010, soit plus de six mois avant l'échéance convenue, sous condition de paiement du solde des loyers à échoir soit 979,09 euros toutes taxes comprises ; qu'enfin, le matériel a été restitué à cette dernière le 29 avril 2011 après démontage de ce matériel au mépris des stipulations de l'article 5 *in fine* du contrat ; qu'il est par ailleurs constant que le contrat d'abonnement Diffus'Est prévoit de manière expresse en ses articles 4 et 11, le versement de redevances mensuelles en faveur d'un organisme de financement et qu'ainsi, les contrats litigieux s'inscrivent à l'évidence, dans un même ensemble contractuel ; que c'est donc à tort que les premiers juges ont dans les circonstances précises de cette espèce, estimé que cette indivisibilité permettait de considérer que la résiliation anticipée du contrat de location avait nécessairement provoqué la résiliation du contrat de prestation de services dès lors qu'il ressort des énonciations même de ce dernier contrat, conclu pour une durée fixe et irrévocable, qu'une telle résiliation était contraire à la loi convenue entre les parties ;

ALORS QUE les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ; que dès lors, en retenant, pour considérer que la résiliation du contrat de location financière et la restitution du matériel loué ne pouvaient entraîner la résiliation du contrat de prestation de service de surveillance électronique, qu'une telle résiliation serait contraire à la clause figurant dans le contrat de prestation de service selon laquelle il était conclu pour une durée fixe et irrévocable de 48 mois, après avoir pourtant constaté que les deux contrats s'inscrivaient dans un même ensemble contractuel, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1134 du code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** cour d'appel de Nancy, du 8 avril 2015

**Titrages et résumés :** CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Interdépendance – Contrats interdépendants – Caducité – Effets – Résiliation de l'un des contrats

Lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Interdépendance – Contrats interdépendants – Caducité – Effets – Résiliation de l'un des contrats – Exception – Conditions – Détermination

**Précédents jurisprudentiels :** Sur les effets de la résiliation d'un contrat en cas d'interdépendance entre plusieurs contrats, dans le même sens que : Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.270, Bull. 2014, n° 159 (rejet)



**Textes appliqués :**

article 1134 du code civil

**Cour de cassation**

**chambre commerciale**

**Audience publique du 12 juillet 2017**

**n° de pourvoi : 15-27703**

ECLI :FR :CCASS :2017 :CO01065

Publié au bulletin

**Cassation**

**M<sup>me</sup> Mouillard, président**

SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE****AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 12 avril 2006, la société civile professionnelle de notaires D..., Jean Y..., Claude Z... (la SCP) a conclu avec la société Konica Minolta Business solutions France (la société Konica Minolta) un contrat de fourniture et d'entretien de photocopieurs pour une durée de soixante mois ; que le même jour, elle a souscrit avec la société BNP Paribas Lease Group un contrat de location financière de ces matériels ; qu'ayant résilié ce dernier contrat, la SCP a informé la société Konica Minolta de sa décision de résilier le contrat de prestations de services ; que la société Konica Minolta l'a assignée en paiement de l'indemnité contractuelle de résiliation anticipée ; que la SCP a opposé la caducité du contrat de prestations de services, en conséquence de la résiliation du contrat de location financière ;

Attendu que pour condamner la SCP au paiement de cette indemnité, l'arrêt retient que les conditions générales du contrat de location ne font dépendre ni la conclusion, ni l'exécution, ni la résiliation du contrat d'un quelconque contrat de service, lequel a été conclu indépendamment du contrat de location financière puisqu'aucune clause du contrat de location du matériel ne fait référence à l'obligation pour le souscripteur de conclure un contrat d'entretien pour celui-ci, ni ne fait dépendre les conditions de résiliation du contrat de location de celles du contrat d'entretien ; que l'arrêt retient encore que le contrat de services pouvait être passé sur un matériel différent de celui qui a fait l'objet du contrat de location, de sorte qu'il n'en constitue pas l'accessoire ; qu'il en déduit que les deux conventions, qui avaient une existence propre et étaient susceptibles d'exécution indépendamment l'une de l'autre, ne peuvent pas être considérées comme s'inscrivant dans une opération unique au sein de laquelle l'anéantissement de l'un des contrats aurait eu pour effet de priver l'autre de cause ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté, par motifs propres et adoptés, que la SCP avait conclu, le même jour, un contrat de prestations de services portant sur des photocopieurs avec la société Konica Minolta et, par l'intermédiaire de cette dernière, un contrat de location financière correspondant à ces matériels avec la société BNP Paribas Lease Group, ce dont il résulte que ces contrats, concomitants et s'inscrivant dans une opération incluant une location financière, étaient interdépendants, et que la résiliation de l'un avait entraîné la caducité de l'autre, excluant ainsi l'application de la clause du contrat caduc stipulant une indemnité de résiliation, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 septembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Poitiers ;

Condamne la société Konica Minolta Business solutions France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société civile professionnelle de notaires D... – Jean Y... – Claude Z... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze juillet deux mille dix-sept.



MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour la société D... – Jean Y... – Claude Z....

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement déferé en toutes ses dispositions et d'avoir ainsi condamné la B... – Y... – Z... à payer à la société Konica la somme de 10.494,90 euros au titre de l'indemnité de résiliation et de 60 euros au titre de frais exposés avec intérêts et capitalisation et d'avoir rejeté les demandes de la SCP ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « Sur la demande principale :

La SCP B... Y... Z... conteste le droit de la société KONICA MINOLTA à percevoir l'indemnité contractuelle de résiliation anticipée au motif que le contrat d'entretien conclu avec cette dernière est indissociable du contrat de location financière du même matériel conclu avec la société BNP LEASE dont il ne serait que l'accessoire, de telle sorte que l'anéantissement du contrat principal conclu avec la société BNP PARIBAS LEASE GROUP devrait entraîner celle du contrat de service qui, dépourvu de cause, ne saurait ouvrir droit à une indemnité du fait de sa résiliation par le bénéficiaire de la prestation.

Aux termes de l'article 10 C des conditions générales de services, "dans tous les cas de résiliation avant l'expiration de la période initiale ou des périodes renouvelées du contrat de services à l'initiative de KMBSF, le paiement par le client d'une indemnité égale à 100 % de la valeur de la moyenne mensuelle des copiées effectuées ou dues depuis la date d'entrée en vigueur du contrat de services jusqu'à sa date de résiliation anticipée, multiplié par le nombre de mois restant à courir entre la date de la résiliation et la date normale d'expiration du présent contrat".

Il n'est pas contesté qu'à l'issue d'un calcul effectué suivant les modalités ci-dessus, l'indemnité de résiliation s'élève à une somme de 10 494,90 euros qui a donné lieu de la part de la SAS KONICA MINOLTA à l'établissement d'une facture en date du 9 octobre 2008.

Il ressort des pièces produites que la SCP B... Y... Z... a conclu avec la société BNP PARIBAS LEASE GROUP un contrat de location portant sur trois photocopieurs pour une durée de 60 mois moyennant le paiement de 20 loyers trimestriels HT de 2 995, 00 euros ; que les dispositions des conditions générales ne font dépendre ni la conclusion, ni l'exécution, ni la résiliation du contrat d'un quelconque contrat de service ; que ce dernier a été conclu indépendamment du contrat de location financière, car si les deux conventions ont porté sur les mêmes biens, aucune clause du contrat de location du matériel ne fait référence à l'obligation pour le souscripteur de conclure un contrat d'entretien pour celui-ci, ni ne fait dépendre les conditions de résiliation du contrat de location de celles du contrat d'entretien ; à l'inverse, le contrat de services pouvait parfaitement être passé sur un matériel différent de celui qui a fait l'objet du contrat de location, de sorte qu'il ne peut être valablement soutenu qu'il en constitue l'accessoire.

Pour soutenir néanmoins que ces contrats sont interdépendants, la SCP B... Y... Z... se prévaut de deux arrêts du 17 mai 2013 de la Chambre mixte de la Cour de cassation selon lesquels "les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants ; sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance".

Mais les dispositions ci-dessus, qui visent des contrats s'inscrivant dans une opération incluant une location financière, ne sont pas applicables au cas d'espèce. En effet, le contrat d'entretien litigieux pouvait parfaitement être conclu pour du matériel acquis en pleine propriété par la SCP B... Y... Z... et, à l'inverse, la location du matériel n'était pas liée à la souscription d'un contrat d'entretien de ce dernier, de sorte que les deux conventions qui avaient une existence propre et étaient susceptibles d'exécution indépendamment l'une de l'autre, ne peuvent être considérées comme s'inscrivant dans une opération unique au sein de laquelle l'anéantissement de l'un des contrats aurait pour effet de priver l'autre de sa cause.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que la société KONICA MINOLTA était en droit d'exiger de la SCP B... Y... Z... le paiement de l'indemnité prévue en cas de résiliation anticipée du contrat.

Sur les autres demandes :

Subsidiairement, la SCP B... Y... Z...

demande que l'indemnité de résiliation anticipée soit qualifiée de clause pénale et réduite à l'euro symbolique.

En l'espèce, toutefois, l'indemnité de résiliation n'est pas assimilable à une peine sanctionnant le défaut d'exécution du contrat, mais est destinée à rétablir l'équilibre économique de l'opération au profit du créancier privé de l'avantage financier qu'il eût obtenu de ses prestations si les relations contractuelles avec le débiteur étaient allées jusqu'à leur terme. En permettant au débiteur de dénoncer le contrat avant l'échéance convenue, la clause de résiliation anticipée doit s'analyser en une faculté de dédit, et l'indemnité fixée en contrepartie au profit du créancier n'est pas susceptible de réduction, les dispositions de l'article 1152 du Code civil ne pouvant trouver matière à s'appliquer en pareil cas. » (arrêt attaqué, p. 5 à 7).

ET AUX MOTIFS ADOPTÉS QUE :

« sur la demande principale :

Elle est fondée sur l'article 10 C des conditions générales de services du contrat souscrit, à savoir le paiement d'une indemnité par le client en cas de résiliation anticipée du contrat, calculée en fonction des éléments du contrat.



Cette demande est discutée au motif qu'elle ne pourrait être examinée indépendamment du contrat de location financière du matériel, le contrat de services n'en étant que l'accessoire, et au motif de la disparition de l'objet du contrat rendant impossible toute exécution.

Sur le premier point, il résulte des déclarations mêmes de la SCP B... Y... Z... qu'elle a bien souscrit deux contrats distincts, l'un directement avec la société KONICA, l'autre avec la BNP par l'intermédiaire de la société KONICA MINOLTA.

Il apparaît que la résiliation anticipée du contrat de financement, décidée par la seule SCP B... Y... Z..., ne saurait entraîner automatiquement la résiliation du contrat de services afférent au matériel, leur existence n'étant pas nécessairement liée.

On peut concevoir en effet un renouvellement de matériel laissant subsister les contrats d'entretien, comme on peut concevoir un changement de prestataire de services laissant subsister les contrats de location financière.

Sur le second point, la résiliation du contrat en cause résulte bien du choix de mettre fin au contrat de services, en l'absence de toute force majeure. Les conditions de résiliation visées et souscrites sont fixées précisément et ne peuvent donner lieu à arbitrage, dès lors que la résiliation est unilatérale, intervenue sans consultation préalable du cocontractant.

On ne peut en effet analyser comme une clause pénale ce qui n'est que l'application stricte des conditions du contrat, pour une résiliation unilatérale, intervenue indépendamment de toute inexécution par l'un ou l'autre des co-contractants.

C'est l'expression de la liberté contractuelle, même en cours de contrat, qui représente un coût fixé à l'avance.

Il y a lieu en conséquence de faire droit à la demande en ce qui concerne les indemnités de résiliation sollicitées, en application du contrat souscrit.

En revanche, la clause pénale sollicitée n'apparaît pas justifiée comme faisant double emploi avec l'indemnité de résiliation, puisque visant le contractant qui n'exécute pas son obligation ; le défaut d'exécution ne concerne pas ici l'obligation principale, mais une indemnité liée à la fin du contrat.

Elle apparaît en tout état de cause manifestement excessive compte tenu du montant des indemnités de résiliation réclamées et de l'absence de préjudice démontré de la société KONICA MINOLTA. » (jugement, p. 4 et 5) ;

ALORS QUE, premièrement, les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants et qu'il appartient au juge le juge de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ; qu'en ne vérifiant pas la qualification des contrats en cause, et spécialement la qualification du contrat conclu avec la BNP PARIBAS LEASE GROUP, alors que la qualification de contrat de location financière était déterminante pour établir l'interdépendance entre des contrats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil, ensemble l'article 12 du Code de procédure civile ;

ALORS QUE, deuxièmement, les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants et qu'il appartient aux juges du fond, pour retenir ou écarter l'interdépendance entre des contrats, de statuer sur le fondement d'éléments objectifs de nature à établir cette interdépendance ; qu'en écartant l'interdépendance des contrats litigieux, au motif que si les deux conventions ont porté sur les mêmes biens, aucune clause du contrat de location du matériel ne fait référence à l'obligation pour le souscripteur de conclure un contrat d'entretien pour celui-ci, ni ne fait dépendre les conditions de résiliation du contrat de location de celles du contrat d'entretien, alors que seuls auraient dû être pris en compte des éléments objectifs de nature à établir l'interdépendance des contrats litigieux, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS QUE, troisièmement, les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; qu'en décidant que les contrats n'étaient pas interdépendants, alors qu'elle avait constaté, par motifs propres et adoptés, que les contrats avaient été conclus concomitamment, et par l'intermédiaire de la société SAS KONICA MINOLTA, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS QUE, quatrièmement, en se déterminant par des motifs dubitatifs ou hypothétiques, les juges ne satisfont pas aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ; qu'en jugeant que les conventions auraient pu avoir une existence propre et être susceptibles d'exécution indépendamment l'une de l'autre, sans tenir compte de l'existence et du contenu réel des contrats effectivement conclus, la cour d'appel a statué par des motifs purement hypothétiques, pour justifier d'écarter l'interdépendance des contrats et a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS QUE, cinquièmement, lorsqu'une clause est stipulée pour contraindre le débiteur à l'exécution du contrat jusqu'à son terme et évaluer forfaitairement le préjudice subi par le créancier, elle doit s'analyser en une clause pénale ; qu'en jugeant que l'indemnité de résiliation n'était pas assimilable à une peine sanctionnant le défaut d'exécution du contrat, mais était destinée à rétablir l'équilibre économique de l'opération au profit du créancier privé de l'avantage financier qu'il eût obtenu de ses prestations si les relations contractuelles avec le débiteur



étaient allées jusqu'à leur terme, sans tenir compte du fait que cette clause ne conférait pas une réelle faculté unilatérale de résiliation anticipée du contrat, mais qu'elle était stipulée pour la contraindre à l'exécution du contrat jusqu'à son terme et pour évaluer forfaitairement le préjudice subi par le prestataire, et en refusant de requalifier cette clause en une clause pénale, la cour d'appel a violé l'article 1152 du Code civil ;

ALORS QUE, sixièmement, tout jugement doit être motivé, le défaut de réponse à conclusions constituant un défaut de motifs ; qu'en écartant la qualification de clause pénale, sans aucunement répondre au moyen soulevé dans les conclusions de l'exposante, selon lequel la clause correspondant à l'intégralité des échéances jusqu'au terme contractuel, cela revenait à contraindre le débiteur à exécuter le contrat en le sanctionnant en cas d'inexécution, la Cour a violé l'article 455 du Code de procédure civile. **Publication :**

**Décision attaquée :** cour d'appel de Bordeaux, du 30 septembre 2015

**Titrages et résumés :** CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Interdépendance – Contrats interdépendants – Contrat de location financière – Caducité – Effets – Résiliation de l'un des contrats

Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute. La caducité d'un contrat exclut l'application de la clause de ce contrat stipulant une indemnité de résiliation

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Interdépendance – Contrats interdépendants – Contrat de location financière – Caducité – Effets – Résiliation de l'un des contrats – Exception – Conditions – Détermination

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Interdépendance – Contrats interdépendants – Contrat de location financière – Clause stipulant une indemnité de résiliation – Contrat – Caducité – Portée

**Précédents jurisprudentiels :** Sur les effets de la résiliation d'un contrat en cas d'interdépendance entre plusieurs contrats, dans le même sens que : Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.270, Bull. 2014, n° 159 (rejet)

**Textes appliqués :**

articles 1134 et 1152 du code civil

## Anéantissement des contrats interdépendants : sort des clauses et responsabilités

**Sarah Bros, Professeur à l'Université Paris Saclay, Pôle Évry**

Par deux arrêts du 12 juillet 2017, la Cour de cassation poursuit sa construction de la notion et du régime de l'interdépendance contractuelle. On se souvient qu'après plusieurs décennies d'hésitations, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, avait affirmé par deux arrêts du 17 mai 2013 que : « Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance »<sup>1</sup>. La réforme du droit des contrats réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré une solution très proche dans l'article 1186 nouveau du code civil et, quoiqu'elle ait apporté quelques nouveautés aux formules employées par la Cour de cassation et passé sous silence le sort des clauses inconciliables avec l'interdépendance, les solutions dégagées avant la réforme devraient pouvoir être conservées sous l'empire des nouveaux textes, comme celles retenues dans les deux arrêts commentés.

Les faits de ces deux décisions sont similaires. Une société, cliente, a conclu un contrat avec une société prestataire de services, laquelle a fourni et installé le matériel nécessaire à l'exécution de sa prestation (entretien de photocopieurs dans un cas, surveillance électronique dans l'autre). Un second contrat, conclu de manière concomitante ou presque, portait sur la location du matériel entre le client et une troisième société. Le locataire a mis fin au contrat de location avant l'échéance, dans un cas avec l'accord du bailleur. Estimant que les clauses du contrat de prestation de services devaient s'appliquer, le prestataire a réclamé le paiement de l'indemnité contractuelle de résiliation à son client. Ce dernier a fait valoir que le contrat de prestation était anéanti suite à la disparition de la location. Dans les deux affaires, les cours d'appel ont accueilli la demande du prestataire et condamné le client au paiement de l'indemnité de résiliation anticipée. Pour ce faire, elles ont considéré que les contrats étaient indépendants les uns des autres et que la volonté des parties était de les exécuter séparément. La Cour de cassation n'a pas suivi ces raisonnements. Elle a censuré les deux arrêts d'appel en retenant que les contrats étaient interdépendants et que la résiliation du contrat de location avait entraîné la caducité du contrat de prestation. En conséquence, la

1. Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.927, D. 2013. 1658, obs. X. Delpech, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.* 2014. 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; JCP 2013. 673, note F. Buy ; p. 674, note J.-B. Seube ; JCP E 2013. 1403, note D. Mainguy ; CCC 2013. Comm. 176, obs. L. Leveuveur ; CCE 2013. Comm. 76, obs. G. Loiseau ; RTD civ. 2013. 597, obs. H. Barbier ; RTD com. 2013. 569, obs. D. Legeais ; RDC 2013. 849, avis L. Le Mesle ; Gaz. Pal. 4 juill. 2013. 18, obs. D. Houtcieff ; RDC 2014. 1331, obs. Y.-M. Laithier.





clause prévoyant l'indemnité de résiliation anticipée avait disparu avec le contrat la stipulant. Toutefois, la Haute juridiction, qui n'était pas saisie d'un moyen sur ce point, réserve, dans chacun des arrêts, la possibilité d'engager la responsabilité de « la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel » en raison de sa faute.

Ces arrêts sont importants à plus d'un titre. Ils apportent diverses précisions à la notion d'interdépendance contractuelle et à son régime. D'abord, le halo entourant la dénomination de cette figure du groupe de contrats se dissipe : bien que l'article 1186 nouveau du code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, n'emploie ni le terme d'indivisibilité ni celui d'interdépendance, la jurisprudence paraît maintenant fixée sur l'usage du second terme, l'indivisibilité s'appliquant à l'objet de l'obligation<sup>2</sup>. Ensuite, la solution dégagée en 2013 et reprise ici n'est pas réservée à la location financière mais s'applique à toutes les opérations dont la réalisation nécessite l'exécution de plusieurs contrats. En effet, dans la première espèce<sup>3</sup>, la Cour de cassation ne reprend pas le principe formulé en 2013 à propos de la location financière, alors qu'il y en avait bien une au cœur des faits. Elle affirme en des termes plus généraux, sans faire référence à la location financière, que « lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres ». Cela permet d'intégrer la réforme dans la jurisprudence de la Cour de cassation et inversement. Les deux se complètent utilement et se prolongent harmonieusement. Point de rupture entre le droit antérieur et la réforme du droit des contrats sur cette question.

De toute façon, la solution prétorienne dégagée en 2013 ne pouvait pas s'appliquer aux seules locations financières. En effet, cette appellation ne recoupe pas de réalité juridique précise, sauf celle du groupe de contrats interdépendants dans lequel s'insère une location. Autant dire que, pour savoir si le schéma réalise une location financière, il faut rechercher si les contrats sont interdépendants, et, pour savoir s'ils le sont, il convient d'identifier une location financière... Ce raisonnement est totalement circulaire. L'expression « location financière » ne désigne pas un type de contrat en particulier, elle vise le groupe de contrats. Cela est différent pour le crédit-bail. Le terme de crédit-bail est employé pour désigner à la fois l'opération comprenant plusieurs contrats et le contrat de crédit *stricto sensu*. Ce dernier est cette fois original puisqu'il est à la fois plus et moins qu'une location. Le crédit-preneur dispose d'une option d'achat à l'issue de la période de location, ce qui justifie des loyers plus élevés (intégrant le coût d'amortissement du bien) et l'exonération du crédit-bailleur de la plupart des obligations d'un bailleur, obligations assumées par le vendeur<sup>4</sup>. On comprend que la conclusion de ce contrat du côté du crédit-bailleur soit réservée aux établissements de crédit. Rien de tel dans le contrat de location financière. Comme il ne fait pas naître d'option d'achat au profit du locataire, il peut être pratiqué par toute personne. Lorsqu'une location est dite financière, elle est un bail soumis au code civil dont les spécificités, non juridiques, sont que sa durée est calquée sur la durée de vie économique du bien sur lequel elle porte, ce bien est généralement un bien à usage professionnel, les loyers sont élevés. La seule caractéristique juridique est que la location est couplée avec un autre contrat dont les parties ont envisagé l'exécution simultanément, ce qui correspond à la définition des contrats interdépendants. Autrement dit, il n'existe pas de contrat de location financière distincte d'un contrat de bail de droit commun.

D'autres montages appartiennent à la catégorie plus large des contrats interdépendants. Ils pourraient être qualifiés d'innomés car leur configuration et leur appellation varient. Selon l'article 1186 nouveau du code civil, issu de la réforme, ce sont plusieurs contrats dont l'exécution « est nécessaire à la réalisation d'une même opération », ce qui n'est pas très précis. La catégorie est donc ouverte. Toutefois, un critère paraît clé dans l'identification de ce type de groupe de contrats. Il tient au rôle d'intermédiaire joué par l'un des participants pour la conclusion des contrats. Ainsi, il est relevé, dans l'une des espèces commentées<sup>5</sup>, que le prestataire avait permis la conclusion du contrat de location. Ce rôle particulier établit une sorte d'action de concert entre le bailleur (qui achète le bien pour le donner en location) et le prestataire (dont la prestation s'exercera sur le bien objet de la location). Chacun y gagne. La durée identique des contrats pourrait également apparaître comme un indice. En revanche, il est confirmé que certains éléments de fait ne suffisent pas à caractériser l'interdépendance, ni l'absence d'interdépendance entre les contrats, ils sont indifférents. Ainsi, la circonstance que les contrats ne font pas référence l'un à l'autre ne permet pas d'exclure toute interdépendance, de même que le fait que la prestation, objet d'un contrat, puisse s'exercer sur un matériel différent de celui objet du second contrat. Ces éléments avaient pu, par le passé, apparaître comme essentiels dans l'opération de qualification<sup>6</sup>. Ce qui importe finalement est l'existence d'une opération d'ensemble, recherchée par les parties, qui suppose pour sa réalisation l'exécution complète de plusieurs contrats.

2. C. civ., nouv. art. 1320.

3. Com. 12 juill. 2017, n° 15-23.552, D. 2017. 1468.

4. À l'exclusion de l'obligation de mise à disposition, qui continue de peser sur le crédit-bailleur et dont l'exécution fait naître les obligations du crédit-preneur.

5. Com. 12 juill. 2017, n° 15-27.703, D. 2017. 1468.

6. V. not. Com. 15 févr. 2000, n° 97-19.793 ; Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000. 364, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 2000. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2000. I. 279, n° 9, obs. A. Constantin ; Derénois. 2000. 1118, note D. Mazeaud ; JCP E 2001. 320, obs. J.-B. Seube.



Les deux arrêts du 12 juillet 2017 retiennent la caducité simultanée, automatique et totale du contrat lié à un contrat résilié. Elles confirment ainsi la disparition de toutes les clauses du contrat caduc, y compris l'indemnité contractuelle de résiliation anticipée. Ces arrêts sont en outre novateurs en ce qu'ils prévoient la responsabilité de celui qui est à l'origine de l'échec du groupe de contrats.

## 1. Généralisation de la caducité du contrat lié

Il demeurerait quelques incertitudes que les arrêts commentés contribuent à dissiper, concernant le domaine et les effets de l'anéantissement des contrats.

### 1.1. Domaine de la caducité

Dans ces arrêts, la Cour de cassation applique et généralise la solution qu'elle avait dégagée à propos de la location financière le 17 mai 2013, anticipant par là même l'application de la réforme du droit des contrats : la résiliation de l'un des contrats interdépendants emporte la caducité de l'autre. Le premier arrêt<sup>7</sup> comporte un chapeau suffisamment large pour s'appliquer bien au-delà de l'opération de location financière. Le nouvel article 1186 du code civil, non applicable à l'espèce soumise au droit antérieur à la réforme, énonce la même solution, le texte ne faisant aucune référence à un type d'opération en particulier. Il devrait en résulter une évolution de la jurisprudence, notamment en matière de crédit-bail – où il était jugé que la résolution de la vente entraînait la résiliation du crédit-bail<sup>8</sup> –, sans que cela n'entraîne de conséquence pratique particulière<sup>9</sup>, les effets de la caducité étant dorénavant comparables à ceux de la résiliation.

Le plus souvent, la cause de l'anéantissement du premier contrat tient à son inexécution. Néanmoins, l'inexécution d'un contrat ne suffit pas à faire tomber l'ensemble contractuel. Cette inexécution doit avoir entraîné la disparition juridique du contrat ; à défaut, le contrat lié est maintenu<sup>10</sup>. Il est également admis que la nullité du premier contrat entraîne les effets de l'interdépendance ; le contrat lié est ainsi caduc. Jusqu'à présent, les juridictions ne s'étaient prononcées que sur des cas d'anéantissement judiciaire de l'un des contrats. Les arrêts ci-dessus se prononcent sur une situation qui ne paraît pas avoir été envisagée auparavant, celle des conséquences de la résiliation unilatérale ou conventionnelle de l'un des contrats à durée déterminée avant son terme. Il semble que, dans les deux décisions, la résiliation n'ait pas résulté d'une inexécution. La solution dégagée est identique : même non judiciaire, la résiliation d'un contrat emporte la caducité de l'autre. Dans un cas, la résiliation du bail paraît unilatérale de la part du locataire, dans l'autre, il s'agirait d'une résiliation conventionnelle. Dans un arrêt, il est précisé que le locataire s'était engagé auprès du bailleur à verser les échéances à échoir<sup>11</sup>, ce qui ressemble à une indemnité de résiliation anticipée. On ne sait rien du paiement d'une indemnité de résiliation anticipée dans l'autre affaire mais il n'est pas improbable que le bailleur en ait exigé le paiement. Le contentieux portait sur le paiement de l'indemnité de résiliation anticipée prévue dans l'autre contrat, rendu automatiquement caduc par la résiliation du premier.

### 1.2. Effets de la caducité

La Cour de cassation affirme que la résiliation de l'un quelconque des contrats interdépendants entraîne la caducité « par voie de conséquence » des autres contrats. La caducité joue donc de manière automatique, à la date de la disparition du premier contrat.

Elle joue également de manière intégrale. La position de la Cour de cassation est claire. Ainsi, la clause de paiement d'une indemnité de résiliation anticipée, stipulée dans des contrats caducs, ne s'applique pas. Elle disparaît avec le contrat la contenant. La caducité ne laisse pas subsister les clauses indemnitaires. La solution est dans la logique des affirmations de 2013 : « Sont réputées non écrites les clauses inconciliables avec cette interdépendance » et des effets de la caducité décrits dans la réforme<sup>12</sup>. Il serait, en effet, vain d'affirmer que des contrats sont interdépendants, et que l'anéantissement de l'un emporte celui de l'autre, si la règle pouvait être contournée par des clauses diverses prévoyant le paiement de sommes équivalant, ou presque, au coût d'exécution du contrat

7. Com. 12 juill. 2017, n° 15-23.552, D. 2017. 1468 .

8. Cass., ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396, D. 1991. 121, note C. Larroumet ; JCP 1991. II. 21642, note D. Legeais ; RTD civ. 1991. 325, obs. J. Mestre ; *ibid.* 360, obs. P. Rémy.

9. Sous réserve de l'application des clauses de résiliation anticipée en matière de crédit-bail, la Cour de cassation ayant prévu qu'elles se maintiennent en cas de résiliation par contrecoup du crédit-bail. La solution sera difficile à maintenir compte tenu de sa nouvelle jurisprudence, v. *infra*, « Effets de la caducité ».

10. V. par ex. Com. 17 mai 2017, n° 15-14.924 ; Com. 4 nov. 2014, n° 13-24.270, D. 2014. 2297 ; *ibid.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2015. 127, obs. H. Barbier.

11. Com. 12 juill. 2017, n° 15-23.552, D. 2017. 1468 .

12. C. civ., art. 1187 nouv.



caduc. Il est probable que la règle s'étende à toutes les clauses indemnitaires, quelle que soit leur dénomination, clause pénale ou autre clause d'indemnisation forfaitaire, quand elles sont destinées à s'appliquer en cas de disparition par contrecoup du deuxième contrat. Conformément à l'article 1187 nouveau du code civil, la caducité « met fin au contrat » qui tombe en toutes ses stipulations. Cette disparition joue pour l'avenir, quoique le texte n'exclue pas que des restitutions aient lieu dans les termes des articles 1352 et suivants du code civil, ce qui ne paraît pas envisageable dans les contrats de prestations de services à exécution successive, tels ceux des espèces étudiées.

La jurisprudence a dégagé la règle inverse à propos de la clause pénale lorsqu'elle est stipulée dans un contrat isolé<sup>13</sup>. Celle-ci n'est pas atteinte par la caducité du contrat la contenant. Outre diverses explications pouvant tenir à la cause de la caducité, défaillance fautive quand la clause pénale ne disparaît pas et conséquence automatique de l'anéantissement d'un contrat interdépendant quand la clause indemnitaire disparaît, il pourrait se profiler une différence entre la caducité d'un contrat isolé et la caducité d'un contrat appartenant à un groupe. Cela n'est pas souhaitable. La caducité doit produire les mêmes effets dans toutes les situations. Elle frappe un contrat valablement formé dont « l'un de ses éléments essentiels disparaît »<sup>14</sup>. Cette définition évoque la disparition adventice d'un élément, ce qui est distinct d'une inexécution imputable au débiteur. Il convient de ne pas appliquer la caducité à des hypothèses d'inexécution imputable au débiteur. La caducité s'écarte de la résolution car elle ne permet pas la survivance de certaines clauses, alors que sont maintenues, après la résolution, les clauses de règlement des différends, les clauses de confidentialité ou de non-concurrence<sup>15</sup>.

Les parties peuvent-elles par un autre moyen anticiper conventionnellement l'anéantissement par contrecoup des contrats interdépendants ? Nous pensons qu'aucune clause du contrat caduc ne sera maintenue. Cela garantit la neutralité économique de l'interdépendance contractuelle pour celui qui est partie aux deux contrats, notamment dans l'hypothèse, la plus fréquemment rencontrée jusqu'à présent, où ce participant a subi l'inexécution d'un contrat. L'interdépendance lui garantit de ne plus être lié par le contrat dont l'utilité a disparu suite à l'anéantissement du premier contrat. Mais cette neutralité ne doit pas lui profiter : pour la première fois<sup>16</sup>, la Cour de cassation pose une limite au bénéfice de l'anéantissement en cascade, l'auteur de l'anéantissement peut engager sa responsabilité en cas de faute.

## 2. La responsabilité de l'auteur de l'anéantissement des contrats interdépendants

L'aspect le plus novateur de ces arrêts tient à la possibilité d'engager la responsabilité de l'auteur de l'anéantissement. Les conditions et la nature de cette responsabilité seront successivement envisagées.

### 2.1. Conditions de la responsabilité de l'auteur de l'anéantissement

Dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts de la Cour de cassation, l'auteur de l'anéantissement des contrats pourrait avoir agi par pure convenance : le contrat de location ne lui seyait plus (avait-il trouvé moins cher chez un concurrent ?). Il y met fin, probablement en versant une indemnité pour rupture anticipée au bailleur, et profite de l'interdépendance des contrats pour ne pas en verser à son cocontractant de l'autre contrat, le prestataire, lequel subit la caducité de son contrat sans rien pouvoir réclamer, alors même qu'il l'a correctement exécuté. Cette attitude opportuniste du locataire, client du prestataire de services, pourrait justifier la résistance dont ont fait preuve les cours d'appel dans les espèces étudiées. Celles-ci ont refusé d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation et de constater la caducité du contrat lié, en l'occurrence celle du contrat de prestation de services. Elles ont considéré que les contrats de prestation de service étaient indépendants des contrats de location, qu'ils pouvaient s'exécuter séparément, et que les parties avaient prévu la rupture anticipée des contrats de prestation en stipulant une clause indemnitaire qu'il convenait d'appliquer. Les cours d'appel s'appuyaient sur la convention initiale des parties et la nature même des contrats à durée déterminée qui, par définition, doivent être exécutés jusqu'à leur terme<sup>17</sup>. Ces motifs avaient déjà été utilisés par le passé pour justifier l'application de clauses d'indemnisation en cas de rupture anticipée, manifestant un véritable mouvement de résistance des cours d'appel à l'application aveugle du principe de disparition automatique de l'ensemble des contrats interdépendants.

Les présentes affaires donnent l'occasion à la Cour de cassation de limiter indirectement les effets de l'interdépendance. Elle affirme que la partie à l'origine de l'anéantissement de l'ensemble contractuel devra indemniser le

13. Com. 22 mars 2011, n° 09-16.660, D. 2011. 2179, obs. X. Delpech, note A. Hontebeyrie ; RTD civ. 2011. 345, obs. B. Fages ; JCP 2011. I. 566, n° 17, obs. P. Grosser ; Rev. sociétés 2011. 626, note J. Moury.

14. C. civ., art. 1186 nouv.

15. C. civ., art. 1230 nouv.

16. Un arrêt du 5 juin 2007 (Com. 5 juin 2007, n° 04-20.380, Bull. civ. IV, n° 156 ; D. 2007. 1723, obs. X. Delpech ; JCP 2007. II. 10184, note Y.-M. Sérinet ; Dr. et patr. 2007. 89, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007. 569, obs. B. Fages ; RTD com. 2008. 173, obs. B. Bouloc) avait déjà eu l'occasion d'affirmer la responsabilité de l'auteur de l'anéantissement mais l'arrêt n'était pas très clair sur ce point et comportait d'autres enseignements.

17. V. C. civ., art. 1212 nouv.



préjudice causé par sa faute. De quelle faute s'agit-il ? Dans les espèces commentées, il ne peut s'agir que d'un abus manifeste commis par l'auteur de l'anéantissement. En effet, l'anéantissement des contrats n'y est justifié ni par le défaut de validité, ni par l'inexécution de l'un des contrats ; c'est l'opportunisme du contractant agissant dans son seul intérêt au mépris de la parole donnée qui rend l'anéantissement abusif. La solution vaut donc, dans les contrats à durée déterminée, lorsque l'un des contrats est rompu par l'une des parties par simple convenance personnelle. Concernant le dommage réparable, il ne peut consister que dans le prix de la prestation qui aurait été exécutée jusqu'à son terme si la partie n'avait pas abusivement profité de l'interdépendance contractuelle.

## 2.2. Nature de la responsabilité de l'auteur de l'anéantissement

Les choses se présentent différemment quand l'anéantissement du groupe de contrats est la conséquence de l'inexécution de l'un d'eux. Le débiteur à l'origine de cette inexécution engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de son cocontractant direct, du moins si cette carence lui est imputable et n'est pas due à la survenance d'un événement de force majeure. Lorsque l'inexécution entraîne la résolution de ce contrat, l'interdépendance rend caduc le contrat auquel il était lié. À l'égard de celui qui a subi la caducité de son contrat, la responsabilité de la partie à l'origine de l'échec de l'opération ne peut être que de nature extracontractuelle. Inévitablement, on sera amené à se demander si l'inexécution seule suffit à engager la responsabilité extracontractuelle du débiteur à l'égard de l'autre personne, tiers au contrat inexécuté mais participant à l'opération, conformément à la jurisprudence fixée par l'arrêt *Boothshop* en 2006, ou si cette inexécution doit revêtir les caractères d'un fait générateur de responsabilité extracontractuelle, notamment une faute.

Dans les espèces analysées, la situation peut être plus facilement anticipée. Par hypothèse, la résiliation du premier contrat n'intervenant pas pour inexécution, ni pour aucune autre cause prévue par le contrat et justifiant sa disparition avant son terme, elle est abusive et constitue une faute délictuelle. La victime de cette faute, soit le contractant ayant subi l'anéantissement de son contrat par contrecoup, dans les espèces analysées le prestataire, doit agir sur le fondement extracontractuel. En l'état du droit positif, aucune stipulation ne permet d'anticiper le montant des dommages-intérêts dus par l'auteur de l'anéantissement abusif. Il pèse dorénavant une menace qui devrait inciter à la prudence les partenaires d'une location financière et, plus généralement, ceux à un groupe de contrats interdépendants, lorsqu'ils sont tentés de sortir de l'opération pour faire de meilleures affaires ailleurs.

**Mots clés :** RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE \* Interdépendance contractuelle \* Résiliation \* Indemnité de résiliation  
\* Caducité

---

### Annexe 3 – Mixte, 13 avril 2018, 16-21345 et 16-21947, D. 2018. 847

**chambre mixte**

**Audience publique du 13 avril 2018**

**n° de pourvoi : 16-21345**

ECLI :FR :CCASS :2018 :MI00285

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Louvel (premier président), président**

SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Rousseau et Tapie, SCP Zribi et Texier, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR DE CASSATION LG

CHAMBRE MIXTE

Audience publique du 13 avril 2018

M<sup>me</sup> BATUT, président

faisant fonction de premier président Rejet

Arrêt n° 285 P+B+R+I

Pourvoi n° H 16-21.345

et M 16-21.947 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, siégeant en CHAMBRE MIXTE, a rendu l'arrêt suivant :

I – Statuant sur le pourvoi n° H 16-21.345 formé par la société Le Poids lourd 77, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],



contre l'arrêt rendu le 6 mai 2016 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 11), dans le litige l'opposant :  
1°/ à la société Aptibois, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...],  
2°/ à la société Banque populaire Rives de Paris, société anonyme, dont le siège est [...],  
3°/ à la société Gonnet hydraulique, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],  
4°/ à la société Philippe X... et Denis Y..., société civile professionnelle, dont le siège est [...], [...]  
, prise en qualité de mandataire liquidateur de la société Gonnet hydraulique,  
défenderesses à la cassation ;

II – Statuant sur le pourvoi n° M 16-21.947 formé par la société Banque populaire Rives de Paris, contre le même arrêt, dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Aptibois,  
2°/ à la société Le Poids lourd 77,  
3°/ à la société Gonnet hydraulique,  
4°/ à la société Philippe X... et Denis Y..., prise en qualité de mandataire liquidateur de la société Gonnet hydraulique,  
défenderesses à la cassation ;

Par arrêt du 16 novembre 2017, la chambre commerciale a joint les pourvois et les a renvoyés devant une chambre mixte. Le premier président a, par ordonnance du 23 mars 2018, indiqué que cette chambre mixte serait composée des première, troisième chambres civiles et de la chambre commerciale, financière et économique ;

La demanderesse au pourvoi n° H 16-21.345 invoque, devant la chambre mixte, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Zribi et Texier, avocat de la société Le Poids lourd 77, qui a également déposé un mémoire de production ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat de la société Aptibois ;

La demanderesse au pourvoi n° M 16-21.947 invoque, devant la chambre mixte, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Rousseau et Tapie, avocat de la Banque populaire Rives de Paris ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Zribi et Texier, avocat de la société Le Poids lourd 77 ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat de la société Aptibois ;

Le rapport écrit de M. A..., conseiller, et l'avis écrit de M. C..., premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en chambre mixte, en l'audience publique du 30 mars 2018, où étaient présents : M<sup>me</sup> BATUT, président faisant fonction de premier président, M<sup>me</sup> Mouillard, M. Chauvin, présidents, M<sup>me</sup> Kamara, conseiller doyen faisant fonction de président, M. A..., conseiller rapporteur, M<sup>mes</sup> Riffault-Silk, Masson-Daum, Wallon, Bozzi, MM. Sémériva, Avel, M<sup>mes</sup> Greff-Bohnert, Champalaune, conseillers, M. C..., premier avocat général, M<sup>me</sup> B..., directeur des services de greffe judiciaires ;

Sur le rapport de M. A..., conseiller, assisté de M. Le Coq, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Zribi et Texier, de la SCP Rousseau et Tapie, de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, l'avis de M. C..., premier avocat général, auquel les parties n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la Banque populaire Rives de Paris (la banque) et à la société Le Poids lourd 77 (la société LPL 77) du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société Gonnet hydraulique et la société Philippe X... et Denis Y..., prise en sa qualité de mandataire liquidateur de cette société ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 mai 2016), que, le 10 mai 2010, la société Aptibois a commandé un camion équipé d'un plateau et d'une grue à la société LPL 77 ; que le bon de commande prévoyait que la charge utile restante du véhicule devait être de huit cent cinquante kilogrammes au minimum ; que, pour l'acquisition de ce véhicule, la société Aptibois a conclu, le 3 juin 2010, avec la banque, un contrat de crédit-bail mobilier prévoyant le versement de quatre-vingt-quatre loyers mensuels ; que le camion a été livré avec une carte grise et un procès-verbal de contrôle de conformité initial délivré, le 20 septembre 2010, par la société Gonnet hydraulique, faisant apparaître une charge utile conforme à la commande et à la plaque administrative ; que, le 19 octobre 2010, la société LPL 77 a adressé sa facture à la banque ; qu'une pesée après déchargement, consécutive à un contrôle de police, et un procès-verbal de constat dressé par un huissier de justice ayant révélé que le poids à vide du véhicule était supérieur à celui indiqué sur le certificat d'immatriculation et que la charge disponible était inférieure à celle contractuellement prévue, la société Aptibois a assigné la société LPL 77, qu'elle avait vainement mise en demeure



de résoudre le problème, ainsi que la banque, en nullité de la vente et du contrat de crédit-bail et en restitution des loyers versés ; que la société LPL 77 a appelé en garantie la société Gonnet hydraulique ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° H 16-21.345 :

Attendu que la société LPL 77 et la banque font grief à l'arrêt de prononcer la résolution de la vente et de condamner le vendeur à en restituer le prix à la banque et à récupérer le véhicule auprès de celle-ci alors, selon le moyen, que la résolution judiciaire du contrat de vente pour défaut de délivrance conforme suppose que ce manquement soit d'une gravité telle qu'elle justifie l'anéantissement rétroactif du contrat ; qu'en ne recherchant pas si le manquement à l'obligation de délivrance conforme était d'une gravité suffisante pour justifier l'anéantissement rétroactif du contrat, ce que la société LPL 77 contestait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1184 et 1610 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le véhicule livré à la société Aptibois n'était pas conforme aux spécifications prévues au bon de commande en ce que la charge utile restante était inférieure à huit cent cinquante kilogrammes, malgré les indications contraires figurant sur les documents, la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision de prononcer la résolution de la vente ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° M 16-21.947, pris en sa première branche :

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt de prononcer la caducité du contrat de crédit-bail mobilier et de la condamner à restituer à la société Aptibois les loyers versés en exécution de ce contrat alors, selon le moyen, que le contrat de crédit-bail, qui aboutit à l'accès à la propriété du crédit-preneur, se distingue du contrat de location financière ; que seule l'interdépendance entre les contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière emporte caducité du contrat de location financière en raison de la résiliation du contrat dominant et oblige le bailleur à restituer les loyers ; qu'en prononçant la caducité du contrat de crédit-bail mobilier conclu le 3 juin 2010 et en condamnant la banque à restituer à la société Aptibois les loyers versés en exécution de ce contrat de crédit-bail, la cour d'appel a violé l'article 1184 du code civil ;

Mais attendu que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que la résolution du contrat de vente entraînait nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation (Ch. mixte., 23 novembre 1990, pourvois n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, Bull. 1990, Ch. mixte, n° 1 et 2 ; Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.621, Bull. 1993, IV, n° 327 ; Com., 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.330 ; Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-15.992) ;

Que, par ailleurs, il a été jugé que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants (Ch. mixte., 17 mai 2013, pourvois n° 11-22.768 et n° 11-22.927, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1) et que l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres (Com., 12 juillet 2017, pourvoi n° 15-27.703, publié) ;

Que, si cette dernière jurisprudence n'est pas transposable au contrat de crédit-bail mobilier, accessoire au contrat de vente, la caducité qu'elle prévoit, qui n'affecte pas la formation du contrat et peut intervenir à un moment où celui-ci a reçu un commencement d'exécution, et qui diffère de la résolution et de la résiliation en ce qu'elle ne sanctionne pas une inexécution du contrat de crédit-bail mais la disparition de l'un de ses éléments essentiels, à savoir le contrat principal en considération duquel il a été conclu, constitue la mesure adaptée ;

Qu'il y a lieu, dès lors, modifiant la jurisprudence, de décider que la résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail et que sont inapplicables les clauses prévues en cas de résiliation du contrat ;

Que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que le crédit-preneur devait restituer le véhicule à la banque et que celle-ci, qui ne pouvait pas se prévaloir des clauses contractuelles de garantie et de renonciation à recours, devait lui restituer les loyers perçus en exécution du contrat de crédit-bail ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les autres branches du moyen unique du pourvoi n° M 16-21.947 qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la Banque populaire Rives de Paris et la société Le Poids lourd 77, chacune, aux dépens de son pourvoi ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la Banque populaire Rives de Paris et la société Le Poids lourd 77 à payer la somme globale de 3 000 euros à la société Aptibois et rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en chambre mixte, et prononcé le treize avril deux mille dix-huit par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile. MOYENS ANNEXES au présent arrêt ;



## Contrat de vente (résolution) : caducité du contrat de crédit-bail

Arrêt rendu par Cour de cassation, ch. mixte

13-04-2018

n° 16-21.345 (n° 285 P+B+R+I)

**Sommaire :**

Par un arrêt de chambre mixte du 13 avril 2018, la Cour de cassation modifie sa jurisprudence et juge que l'anéantissement du contrat de vente entraîne la caducité du contrat de crédit-bail ayant financé l'opération(1).

**Décision attaquée :** cour d'appel de Paris pôle 5, ch. 11 06-05-2016 (Rejet)

**Texte(s) appliqué(s) :**

Code civil – art. 1184

**Mots clés :**

**CONTRAT ET OBLIGATIONS** \* Exécution \* Inexécution \* Résolution \* Contrat de crédit-bail \* Caducité

(1) Tout d'abord, saisie du pourvoi du vendeur contre l'arrêt qui avait prononcé la résolution de la vente pour manquement à l'obligation de délivrance conforme, la Cour de cassation juge que, lorsqu'une demande est formée en ce sens devant eux, les juges du fond doivent rechercher si la gravité du manquement allégué justifie le prononcé de la résolution de la vente et qu'une telle recherche n'est pas inopérante au regard du seul constat de ce manquement.

Par ailleurs, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la banque contre l'arrêt qui avait prononcé la caducité du contrat de crédit-bail et l'avait condamnée à restituer au crédit-preneur les loyers perçus.

Le contrat de crédit-bail mobilier, prévu à l'article L. 313-7 du code monétaire et financier, est un contrat de louage d'un matériel professionnel, qui permet au preneur de jouir immédiatement du bien en contrepartie du paiement d'un loyer, assorti d'une promesse unilatérale de vente (option d'achat) qui permet au locataire d'accéder à la propriété du bien en fin de contrat pour un prix déterminé à l'avance et prenant pour partie en compte les loyers versés.

Ce mode de financement coexiste avec la location financière mais s'en distingue en ce que celle-ci ne comprend pas d'option d'achat. La location financière concerne des biens que l'utilisateur n'envisage pas d'acquérir car ils deviennent rapidement obsolètes, comme le matériel informatique. La durée du contrat est irrévocable et celui-ci n'est pas soumis à la réglementation bancaire.

Depuis trois arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 1990, la Cour de cassation jugeait que la résolution du contrat de vente entraînait nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation (Cass., ch. mixte., 23 nov. 1990, n° 86-19.396, D. 1991. 121, note C. Larroumet).

Cette solution était réaffirmée constamment depuis cette date (Com. 12 oct. 1993, n° 91-17.621 ; 28 janv. 2003, n° 01-00.330 ; 14 déc. 2010, n° 09-15.992).

Le sort du contrat de location financière a, quant à lui, été réglé par deux arrêts rendus en chambre mixte qui ont jugé que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance (Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, D. 2013. 1658, note D. Mazeaud).

À la suite de ces arrêts, la chambre commerciale a été amenée à préciser que, lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne, par voie de conséquence, la caducité des autres (Com. 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27. 703, D. 2018. 371, obs. M. Mekki).

En raison de la spécificité du contrat de crédit-bail mobilier, à l'issue duquel le crédit-preneur a vocation à devenir propriétaire du bien ainsi financé, la jurisprudence relative aux groupes de contrats interdépendants n'est pas transposable, le contrat de crédit-bail étant accessoire au contrat de vente.

Cependant, la Cour de cassation a relevé que la caducité, qui n'affecte pas la formation du contrat et peut intervenir à un moment où celui-ci a reçu un commencement d'exécution et qui diffère de la résolution ou de la résiliation en ce qu'elle ne sanctionne pas une inexécution du contrat de crédit-bail mais la disparition de l'un de ses éléments essentiels, à savoir le contrat principal en considération duquel il a été conclu, constituait la mesure adaptée.

La Cour de cassation a donc décidé de modifier sa jurisprudence et de juger désormais que la résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité du contrat de crédit-bail.

Elle a précisé que la caducité intervenait à la date d'effet de la résolution, laquelle est le plus souvent la date de conclusion du contrat de vente, sauf notamment les cas où le contrat se réalise par tranches et où la caducité pourra être constatée à une date postérieure à celle de la conclusion du contrat.

Elle en a tiré pour conséquence que les clauses prévues en cas de résiliation du contrat étaient inapplicables et que la banque devait restituer au crédit-preneur les loyers que celui-ci lui avait versés.



# Thème 7

## L'exécution du contrat

### Plan du thème

#### Section 1 – LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

##### § 1. Contenu à exécuter

*A. Obligations voulues par les parties*

*B. Obligations imposées par le juge*

1) Obligation d'information et de conseil

2) Obligation de sécurité

##### § 2. Modification du contrat et changement de circonstances

*A. Droit antérieur à la réforme*

1) Principe de refus

2) Prémisses de changement

*B. Droit issu de la réforme*

#### Section 2 – DURÉE DU CONTRAT

##### § 1. Rupture du contrat

*A. Rupture en l'absence de dispositions conventionnelles*

1) Contrats à durée déterminée

2) Contrats à durée indéterminée

*a) Liberté de la rupture*

*b) Abus dans la rupture*

3) Cas particulier la « rupture brutale d'une relation commerciale établie »

*B. Dispositions conventionnelles*

1) Clause de dédit

2) Clause de résiliation unilatérale



*C. Cas particulier de la faculté de rétractation*

**§ 2. Prolongation du contrat**

**Section 3 – L'INTERPRÉTATION**

**§ 1. Objet de la recherche**

**§ 2. Contrôle**



# L'exécution du contrat

## Introduction

1. L'exécution du contrat recouvre la vie du contrat à travers sa force obligatoire (1), sa durée (2) et son interprétation (3). Tous ces éléments ont été réintégrés par la **réforme** du droit des contrats, en plus de l'**exécution de bonne foi** qui a rejoint les dispositions liminaires (*cf.* Thème 1 n° 19 s.). Dans son ensemble, la réforme se contente de consacrer les positions jurisprudentielles antérieures : la principale innovation est la **révision pour imprévision**.

## Section 1 – LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

2. Dès lors que le contrat est légalement formé, il a force obligatoire : il doit être exécuté dans tous ses aspects, sans modification unilatérale, sous peine de sanctions. C'est ce qu'exprime le **nouvel article 1103** qui reprend l'ancien article 1134 al. 1 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Érigé au sein des dispositions liminaires, à côté de la liberté contractuelle et de la bonne foi illustrant la loyauté contractuelle, il constitue le pendant de la sécurité contractuelle (*cf.* Thème 1 n° 16).

3. Les manifestations de la force obligatoire sont mentionnées au sein du chapitre dédié aux « effets du contrat », dans la section relative aux effets entre les parties, à travers deux grandes règles assorties de limites : l'obligation d'exécuter le contrat conformément à ce qui a été prévu (1), sans pouvoir le modifier unilatéralement (2).

### § 1. Contenu à exécuter

4. Repris de l'ancien article 1135, le nouvel 1194 dispose que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Outre les dispositions d'ordre public<sup>1</sup> ou certaines dispositions légales supplétives<sup>2</sup> qui peuvent s'imposer directement aux contractants, le contenu qui s'impose aux parties est essentiellement composé d'obligations auxquelles elles ont librement consenti (A), et de celles que le juge est susceptible de leur imposer (B).



#### Attention

La **réforme** du droit des contrats a **abandonné** la distinction classique des obligations selon le triptyque « **donner, faire ne pas faire** », distinction qui avait notamment une incidence sur leur exécution (pour les anciennes obligations de faire, *cf.* Thème 8, n° 23). Le changement le plus notable concerne la disparition des obligations de donner. L'ancienne section qui leur était consacrée dans le Code civil (anc. art. 1136 s.) est devenue une sous-section sur l'« effet translatif » (art. 1196 à 1198), renforçant l'idée que le transfert de propriété n'est pas une obligation mais un effet du contrat<sup>3</sup>.

#### A. Obligations voulues par les parties

5. Les obligations voulues par les parties sont d'abord celles qui y sont **expressément stipulées**, avec pour seule exigence le respect des règles de validité (art. 1128). Celles-ci sont ensuite interprétées par le

1. Ces dispositions relèvent généralement des contrats spéciaux, comme par exemple les dispositions sur le bail d'habitation qui s'imposent aux parties.

2. Par ex. le nouvel art. 1197 qui reprend en substance les anc. art. 1136 et 1137 concernant l'obligation de « délivrer la chose » qui « emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable » (obligation généralement étudiée dans le cadre des contrats spéciaux, notamment la vente).

3. Sur les interrogations suscitées, *cf.* Chauviré Ph., Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété, in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, RDC 2015, p. 773.



juge lorsqu'elles sont ambiguës ou peu claires (*cf. infra* n° 48 s.). Ainsi, le client doit payer la prestation contractuellement convenue (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 2011, n° 09-70.754, JCP. 2011. 566 n° 14 obs. Ghestin), une clinique peut mettre fin à un contrat d'exercice libéral pour un médecin lorsque sa spécialité n'est plus assurée dans l'établissement à la suite des recommandations régionales d'organisation sanitaire dès lors que le contrat d'exercice avait réservé l'hypothèse d'une résiliation d'agrément des organismes de tutelle (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2015, n° 14-19740, *RTD civ.* 2015. 873, obs. Barbier ; *D.* 2016. 566, obs. Mekki ; *JCP* 2015. 1023, note Viney ; *RDC* 2015. 857, note Borghetti. Sur l'obligation de respecter les conditions générales auxquelles le contrat renvoie par une simple mention au recto d'un contrat : **Com. 2 juin 2015**, n° 14-11014, *CCC* 2015, comm. 225 ; *RTD com.* 2015. 579, obs. B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 36, obs. D. Houtcieff. *Cf.* Thème 2 n° 15.



#### À noter

Sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil, la chambre commerciale vient de considérer que « **la clause qui fixe un terme au droit d'agir du créancier institue un délai de forclusion** ». Ainsi, la clause par laquelle une caution était engagée pour la durée d'un prêt prolongée de deux ans pour permettre à la banque d'agir contre elle au titre de son obligation de règlement instaurait un délai de forclusion ne permettant aucune interruption de prescription, contrairement à ce qu'avait admis la cour d'appel. **Com., 26 janv. 2016**, n° 14-23285, *D.* 2016. 682, note François ; *JCP* 2016. 365, note Balat.

6. S'imposent également aux parties les obligations **implicites**, c'est-à-dire celles qui, bien que non expresses, sont voulues au regard du comportement des parties (par ex. une pratique prolongée faisant naître une obligation).



#### À noter

Le juge a affirmé de façon très explicite que « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant ».

Si cette règle était déjà connue, c'est la première fois que la Cour de cassation l'affirme dans une phrase de principe. Par ailleurs, elle en précise également pour la première fois les conditions : précision, détail, influence sur le consentement. **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010**<sup>4</sup>.

7. Ces obligations peuvent être de **moyen ou de résultat**, selon la volonté des parties. La conséquence se verra au moment de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution (*cf.* Thème 9 n° 5 s.).

### ***B. Obligations imposées par le juge***

8. Pour des raisons liées à l'ordre public, qualifiées souvent de « police du contrat », le juge fait parfois produire au contrat des obligations que les parties n'avaient pas imaginées, voire même qu'elles n'auraient pas voulues. Cette hypothèse recouvre ce que les auteurs ont appelé le « forçage du contrat ». Deux exemples sont devenus classiques : l'obligation d'information et de conseil, ainsi que l'obligation de sécurité (pour un autre ex., voir not. en droit du travail, Soc., 18 oct. 2006<sup>5</sup> : au visa de l'anc. art. 1135, obligation pour l'employeur d'offrir une protection juridique à ses salariés pour les actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail).

4. n° 08-14.461, *RTD civ.* 2010. 580 obs. Gautier ; *JCP* 2010. 922, note Labarthe ; *D.* 2011. Pan. 472 obs. Amrani-Mekki ; *RDC*. 2010. 1197 obs. Mazeaud.

5. n° 04-48.612, *D.* 2007. 695, note Mouly ; *RDC*. 2007. 714 obs. Laithier.



## 1) Obligation d'information et de conseil

9. Selon la qualité des contractants et la nature du contrat, le juge peut imposer une obligation d'information et de conseil qui sera contractuelle (et non précontractuelle dans la mesure où cette information n'a pas d'incidence sur la formation du contrat ; c'est une fois conclu que le contrat fait naître cette obligation). L'existence de cette obligation dépend de chaque situation contractuelle ; ainsi, pèse sur le fabricant une obligation d'information sur les risques liés à l'utilisation d'un **produit dangereux** (par ex. obligation du vendeur professionnel d'informer sur les risques de maladie consécutif à l'achat d'un rat domestique : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 2009, n° 08-16.395), ou sur le vendeur d'un produit dangereux une obligation de mise en garde sur les précautions à prendre (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juin 2014, n° 13-16585, CCC 2014, comm. 212, obs. L. Leveneur) ; pèse sur les **organisations sportives** une obligation d'information de l'existence ou non d'une assurance couvrant l'événement, art. L. 321-4 c. sport ; pèse sur le **notaire** une obligation de conseil ; sur **l'agence de voyage** une obligation d'informer sur les dangers d'une excursion en haute altitude, même si le client est médecin (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 : CCC 2016, comm. 247, obs. Leveneur, JCP 2016, doctr. 257, obs. Bloch, AJ Contrat 2017. 41) ; ou encore sur **l'entrepreneur** qui doit faire des vérifications minimales et émettre des réserves sur l'efficacité de travaux même demandés par un expert (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mars 2015, n° 13-28351, D. 2015.681) ; sur le professionnel, dans le cadre de **contrat de courtage matrimonial** l'obligation, au titre de son devoir d'information tiré de l'anc. art. 1147, « de vérifier les renseignements élémentaires concernant ses adhérents » (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2015, n° 14-23.109, D. 2015. 1535 ; AJ fam. 2015. 620, obs. B. de Boysson ; RTD civ. 2015. 855, obs. J. Hauser ; CCC 2015, comm. 265, obs. Raymond ; RDC 2016. 24, note Borghetti).

De même, la Cour de cassation a alourdi l'obligation de conseil du vendeur professionnel en considérant qu'« il (lui) incombe de prouver qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue » (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 2018, n° 16-27016, GP 10 avril 2018, note Houtcieff ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2010<sup>6</sup>) : le vendeur professionnel doit donc désormais prendre l'initiative de se renseigner avec précision sur les besoins de l'acheteur afin de mieux le renseigner. Une telle obligation s'impose en général pour les contrats portant sur un degré de technicité particulier ; ainsi une société « prestataire de service professionnel, est tenue envers ses clients profanes d'un devoir d'information et de conseil qui l'oblige à se renseigner préalablement sur leurs besoins et à les informer des contraintes techniques de l'installation (téléphonique) proposée » (Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juillet 2014, n° 13-10076, RDC. 2015. 43, note A. Danis-Fatome. Eg. Com., 31 janv. 2018, n° 16-16634, AJ Contrat 2018. 127, note Le Tourneau ; CCC 2018, comm. 63, obs. Leveneur : « L'obligation de délivrance du vendeur d'un matériel informatique s'étend à sa mise au point, et comporte une obligation accessoire d'information et de conseil du client). En revanche, ne pèse pas sur le fournisseur d'eau l'obligation d'informer son abonné de l'existence d'une consommation anormale (Com, 13 sept 2016, n° 14-26.713).



### Actualité

Dans un arrêt du 11 décembre 2019, la première chambre civile a imposé à l'agent immobilier un devoir de conseil et de mise en garde contre le risque d'insolvabilité de l'acquéreur qu'il présente à ses clients, à savoir les vendeurs (n° 18-24381, PBI).

10. Les obligations du **médecin** et en particulier son obligation d'information ont connu deux **revirements** de jurisprudence très importants au cours de l'année 2010. Depuis l'arrêt Mercier (Civ. 20 mai 1936, Mercier, GAJC tome II n° 162), la responsabilité du médecin est de nature contractuelle, engendrant une **obligation de « soins** consciencieux, attentifs et conformes aux données

6. n° 09-16.913, D. 2010. 2580, obs. Delpech ; CCC. 2011. com. 1, obs. Leveneur ; RLDC 2011 n° 78



acquises de la science » (impliquant « le devoir de se renseigner avec précision sur l'état de santé (du patient), afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé », **Civ. 1<sup>re</sup> 5 mars 2015**, n° 14-13292, *JCP* 2015, 555, note Bacache), ainsi qu'une obligation **d'information loyale, claire et appropriée** (Req., 28 janv. 1942, Teyssier, DC. 1942. 63 ; art. 35 code de déontologie médicale). L'information doit porter aussi bien sur les risques normalement prévisibles que, depuis un arrêt de revirement de 1998, sur les risques exceptionnels (**Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 1998** <sup>7</sup> ; voir cependant la loi du 4 mars 2002 qui n'invoque que les « *risques fréquents ou graves normalement prévisibles* » (art. L. 1111-2 CSP <sup>8</sup>). Mais, la **loi du 4 mars 2002** modifiant le code de la santé publique a intégré des dispositions spécifiques sur les obligations des médecins, sans référence à la nature contractuelle ou délictuelle du lien d'obligation liant le médecin à son patient. Par un arrêt du **28 janvier 2010**, la première chambre civile fonde la responsabilité du médecin pour l'inexécution de son obligation de soins, pour des faits postérieurs à la loi du 4 mars 2002, sur les articles L. 1142-1 du **code de la santé publique** et 16-3 du Code civil, et non plus sur l'article 1147 du c. civ. Il ne reste donc plus de l'arrêt Mercier que le contenu de l'obligation (les soins) sans la nature de l'obligation qui, elle, disparaît. Dans le même mouvement, par un arrêt du **3 juin 2010**, la responsabilité pour inexécution de l'obligation d'information du médecin sort du domaine contractuel pour rejoindre le **délictuel** et l'article 1382 du Code civil. S'ajoute à l'obligation d'information et de soins du médecin, une **obligation de surveillance**, l'obligeant à garder des plages horaires libres pour recevoir les patients en cas de besoin (**Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2011**, n° 10-21212, *JCP* 2011. 1349, note P. Sargos).



#### À noter

Dans l'arrêt du **28 janv. 2010**, une faute médicale était reprochée au médecin pour avoir pratiqué une intervention injustifiée ayant conduit à une ablation de certains organes de laquelle étaient nées des douleurs. Alors que la cour d'appel avait réduit l'indemnisation à la seule perte de chance en se fondant sur la violation du devoir d'information, la première chambre civile casse au visa des art. L. 1142-1 CSP et 16-3 CC : « Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, le médecin répond, en cas de faute, des conséquences dommageables des actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'il accomplit et, en vertu du second, qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ; en statuant ainsi alors qu'elle avait retenu que les préjudices dont M<sup>me</sup> Y... avait été victime découlaient de façon directe, certaine et exclusive d'une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée, de sorte qu'ils ouvraient aussi droit à réparation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010** <sup>9</sup>. Ce nouveau fondement a été confirmé : **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010** <sup>10</sup>.

Dans l'arrêt du **3 juin 2010**, était en cause l'obligation d'information du médecin. N'ayant pas informé son patient du risque grave d'impuissance lié à une intervention chirurgicale, risque réalisé, le patient a demandé la réparation de ce préjudice moral, ce que refuse la cour d'appel considérant que le seul préjudice réparable est la perte de chance d'échapper au risque réalisé et qu'en l'espèce ce préjudice n'était pas constitué puisque le patient, s'il avait été informé, aurait certainement accepté l'opération. L'arrêt est alors cassé au **visa des articles 16, 16-3 al. 2 et 1382 du Code civil** : « attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser

7. *Bull. civ. I*, n° 291 ; *JCP* 1998. II. 10179 ccl. Sainte-Rose, note Sargos.

8. CSP = Code de la santé publique

9. n° 09-10.992, *D.* 2010. 1522 note Sargos ; *JCP* 2010. 1015 n° 6, obs. Stoffel-Munck.

10. n° 09-69.195, *D.* 2010. 2430, obs. Gallmeister, *D.* 2010. 2682 note Sargos.



sans réparation ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010**<sup>11</sup>. V. ég. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2012, n° 11-18.327, *JCP* 2012. 987, Gout ; *D.* 2012. 1794, note Laude, *JCP* 201. 1224, n° 4, obs. Stoffel-Munck. – Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 11-17.510, *D.* 2012. 2277 note Bacache, *D.* 2013. 40, obs. Gout, *JCP* 2012. 1036, note P. Sargos, et 2066, obs. P. Stoffel-Munck.

Deux enseignements essentiels peuvent être tirés de cet arrêt : **la responsabilité pour manquement à l'obligation d'information du médecin est désormais délictuelle ; tous les préjudices en lien avec ce manquement sont réparables**, au-delà de la perte de chance, sur le fondement de la dignité humaine et du droit à l'intégrité physique.

Ce dernier aspect vient en revirement d'un arrêt très discuté qui avait refusé l'indemnisation des préjudices moraux, arrêt qui s'était déjà fondé sur l'article 1382 et non 1147 : **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2007**<sup>12</sup>. *Préc. Civ. 1<sup>re</sup>*, 7 déc. 2004, n° 02-10.957, *Bull. civ.* 2004, I, n° 302.



## Actualité

Indépendamment du préjudice lié à la perte de chance d'éviter le dommage, la Cour de cassation confirme qu'un autre préjudice, distinct de la perte de chance, est réparable : le préjudice moral d'impréparation. Cette jurisprudence tendrait ainsi à fonder cette réparation davantage sur le devoir d'information que sur un droit fondamental initié en 2010.

« Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, qui, dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé ; qu'il en résulte que la cour d'appel a retenu, à bon droit et sans méconnaître le principe de réparation intégrale, que ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2017**, n° 15-27.898, *D.* 2017. 555, note Ferrié, *D. actu* (cf. précédemment : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2014, n° 12-22.123, *D.* 2014. 277 ; *D.* 2014. 584, avis avoc genl, 590 note Bacache).

Par ailleurs, dans un arrêt du 23 janvier 2019, la première chambre civile a apporté d'intéressantes précisions quant au devoir d'information du médecin lors d'un accouchement. La Haute juridiction a, en effet, décidé que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé et l'information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ; que seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent dispenser le professionnel de santé de son obligation d'information ; que la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un événement naturel et non un acte médical ne dispense pas le professionnel de santé de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir ; qu'en particulier, en présence d'une pathologie de la mère ou de l'enfant à naître ou d'antécédents médicaux entraînant un risque connu en cas d'accouchement par voie basse, l'intéressée doit être informée de ce risque ainsi que de la possibilité de procéder à une césarienne et des risques inhérents à une telle intervention » (n° 18-10706, PB).

11. n° 09-13.591, *D.* 2010. 1522 note Sargos ; *D.* 2010. 2092, obs. Cl. Creton ; *RDC.* 2010. 1235, obs. Borghetti ; *JCP* 2010. 788 note Porchy-Simon ; *JCP* 2010. 1015 n° 3 obs. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2010. 571 obs. Jourdain.

12. n° 06-19.301, *Bull. civ.* I, n° 380 ; *D.* 2008. 192 note Sargos ; *RTD civ.* 2008. 303 obs. Jourdain ; *JCP* 2008. I. 125 n° 3 obs. Stoffel-Munck.



11. Se développe en se diversifiant l'obligation d'information et de conseil du **banquier**. Ainsi celui-ci doit-il fournir des informations adaptées à la situation de ses clients (par ex. Com., 8 avr. 2008<sup>13</sup>). En tant que prêteur, le banquier doit informer les emprunteurs sur la possibilité de souscrire une **assurance** facultative, fussent-ils avertis et indépendamment de tout risque d'endettement excessif (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept 2015, n° 14-18854), sans être contraint à un devoir de conseil sur l'opportunité de la souscrire (Com, 9 fév 2016, n° 14-23210, D. 2016. 420). Une fois l'assurance souscrite, le « banquier souscripteur (...) est tenu envers les adhérents d'une obligation d'information et de conseil qui ne s'achève pas avec la remise de la notice », devant ainsi informer sur la durée et les délais de prescription (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2015, n° 14-20257, D. 2015. 1365 ; RDC 2016. 27, note Viney).

**Forme particulière de l'obligation d'information, s'est développé pour le banquier un « devoir de mise en garde » impliquant d'attirer l'attention du créancier sur l'opportunité du contrat et son adaptation à sa situation : le banquier doit ainsi mettre en garde ses clients « non avertis » lors de la conclusion d'un contrat de prêt, en raison de ses « capacités financières » et « des risques de l'endettement » nés de l'octroi du prêt (Ch. Mixte, 29 juin 2007<sup>14</sup>. Dern. Com., 15 nov. 2017, n° 16-16790, CCC 2018, comm. 21, obs. Leveneur).** Ce devoir n'existe qu'au profit des « non avertis » (pour un refus en raison d'un emprunteur « averti » : Com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429, D. 2012. 1117, obs. Delpech ; RTD com. 2012. 381, obs. Legeais, D. 2013. 391, obs. Mekki), notion subjective à distinguer des non-professionnels, sachant qu'un profane reste une personne « non avertie » même si elle est accompagnée d'une personne avertie (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2009, n° 07-18.334). Le fondement est l'ancien article 1147 du Code civil (nouv. art. 1231-1) et donc la responsabilité contractuelle, même s'il s'agit d'un conseil quant à la conclusion d'un autre contrat ; c'est le lien contractuel unissant le banquier à son client qui justifie ce devoir. Quant aux **dommages réparables**, « le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la **perte d'une chance** de ne pas contracter » (Com., 20 oct. 2009<sup>15</sup>).



#### Actualité

Dans un arrêt du 17 avril 2019, la chambre commerciale a décidé « qu'un crédit de restructuration, qui permet la reprise du passif et son rééchelonnement à des conditions moins onéreuses, sans aggraver la situation économique de l'emprunteur, ne crée pas de risque d'endettement nouveau » et ne donne donc pas lieu à un devoir de mise en garde (n° 18-11895, PB).

12. Comme pour l'obligation d'information précontractuelle, la **charge de la preuve** de son exécution pèse sur son débiteur, la preuve pouvant se faire par tous moyens (cf. Thème 3 n° 7).

## 2) Obligation de sécurité

13. Née dans le **transport** par chemin de fer en 1911, l'obligation de sécurité a été « découverte » par le juge dans le but d'indemniser les victimes de leurs préjudices, de plus en plus nombreux du fait de l'industrialisation et du machinisme (Civ., 21 nov. 1911, GAJC tome II n° 277) : le transporteur a l'obligation de garantir l'intégrité physique du voyageur durant le voyage, c'est-à-dire de la montée à la descente du train (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 118 ; D. 1991. 1 note Malaurie ; RTD civ. 1989. 548 obs. Jourdain). Le juge a ensuite étendu cette obligation aux autres contrats ayant un lien, plus ou moins direct, avec le transport (remonte-pente, téléski, promenade à cheval, auto-tamponneuse), pour ensuite l'imposer indépendamment de tout transport dès lors qu'est en jeu la sécurité des contractants : le **restaurateur** dans l'aménagement de son établissement (Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1995, Bull. civ. I, n° 129) ; le **vendeur professionnel** (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991. – Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 43 ; D. 1995.

13. n° 07-13.013, RD banc. fin. 2008. 42, obs. Crédot et Samin ; D. 2008. 1202, obs. Delpech

14. n° 05-21.104, 06-11.673, D. 2007. 2081 note Piedelièvre ; JCP 2007. II. 10146 note Gourio ; RLDC déc. 2007 n° 44 p. 25 note Delebecque ; RTD civ. 2007. 779 note Jourdain.

15. n° 08-20.274, D. 2009. 2971 note Houtcieff ; RDC. 2010 p. 30 obs. Mazeaud et p. 610 obs. Borghetti.



350 note Jourdain) ou **le fabricant** (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 95 ; *D.* 1999. 36 note Pignarre et Brun) tenus « de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens » ; **l'employeur** envers ses salariés (Soc., 28 févr. 2002<sup>16</sup> ; Ass. Plén. 24 juin 2005<sup>17</sup>) ; **l'assistante maternelle** quant à la sécurité physique des enfants (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 2010, n° 09-12.609) ; ou **l'hôtelier** (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2016, n° 14-16.560, CCC 2016, comm. 112, obs. Leveneur).

14. En étendant son champ d'application, l'obligation de sécurité a perdu en intensité ; initialement conçue comme une obligation de résultat (Civ. 21 nov. 1911, préc.), l'obligation de sécurité est désormais souvent de moyens (*cf.* Thème 9, n° 13). Cette extension et perte d'intensité donnent lieu à des critiques quant à l'intérêt aujourd'hui d'une telle obligation contractuelle. Non seulement il est artificiel de la rattacher à une intention contractuelle des parties généralement inexistante, mais en plus la responsabilité délictuelle peut parfois s'avérer plus protectrice pour la victime, notamment lorsque l'obligation est de moyen (par ex. la responsabilité du fait des choses, apparue après la naissance de l'obligation contractuelle de sécurité, facilite la preuve pour la victime).



### Actualité

Avec l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, disparaîtrait l'obligation contractuelle de sécurité lorsqu'est en cause un dommage corporel (ce qui est généralement le cas) du fait de l'art. 1233-1 proposé qui désigne exclusivement la responsabilité délictuelle.

Art. 1233-1 (réforme responsabilité) :

« Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.

Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle. »

## § 2. Modification du contrat et changement de circonstances

15. Les parties sont libres de pouvoir modifier le contrat d'un **commun accord** (art. 1193). La modification unilatérale, sans clause le prévoyant, est donc impossible et serait une négation de la force obligatoire du contrat. Ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire ensemble ; il leur suffit de joindre au contrat initial un **avenant** modifiant les éléments souhaités. Dans un contrat de consommation, les clauses autorisant le professionnel à modifier unilatéralement « les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre » sont désormais irréfablement présumées abusives (*cf.* art. R. 132-1 3°, *cf.* Thème 5 n° 24).

16. Concernant le **changement de circonstances** en cours d'exécution du contrat (bouleversements économiques, inflation) la question posée est celle de savoir si le juge peut imposer une modification du contrat lorsque, au cours de son exécution, les circonstances extérieures au contrat ont eu un impact sur son équilibre initial. Si l'une des parties refuse d'adapter le contrat à ces changements, le juge peut-il l'imposer ? À cette question, la **réforme** du droit des contrats apporte une réponse positive (B), qui tranche radicalement avant le droit antérieur (A).

### A. Droit antérieur à la réforme

#### 1) Principe de refus

17. Faute de texte dans le Code civil de 1804, le juge a tranché contre la révision pour imprévision au nom de la force obligatoire du contrat par le célèbre arrêt **Canal de Craponne** (Civ., 6 mars 1876,

16. *Bull. civ. V*, n° 81 ; *D.* 2002. 2696 note Prétot ; *JCP* 2002. II. 10053 ccl. Benmaklouf.

17. *D.* 2005. 2375 note Saint-Jours ; *JCP* 2005. II. 10117 note Vachet.





DP 1876. I. 193 note Giboulot ; *GAJC* tome II n° 165 : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Pour une illustration plus récente, le juge refusant de réviser un contrat déséquilibré et impossible à exécuter en l'état du fait de l'absence de clause prévoyant la modification des modalités de son exécution (Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mars 2009 <sup>18</sup>).

**18.** Il revenait donc aux parties d'anticiper de tels changements par des **clauses** contractuelles dédiées, permettant l'adaptation du contrat en cours d'exécution. Deux types de clauses sont traditionnels. D'abord les **clauses d'indexation** du prix (ou clause d'échelle mobile) permettent l'évolution du prix en fonction d'un indice susceptible de prendre en compte les changements de circonstances. L'indexation du prix, du fait de l'effet inflationniste qu'elle peut générer, est réglementée par la loi (art. L. 112-1 s. du c. mon. fin.). Sont également fréquentes des **clauses de renégociation** (ou clause de sauvegarde ou de *hard-ship*) dont l'objet est d'imposer une obligation de renégociation aux parties en cas de changements importants de circonstances. Si ces clauses sont fréquentes pour les contrats internationaux, elles achoppent à l'efficacité des sanctions en cas de violation de la clause ou en cas d'échec de la renégociation (pour un ex. de clause prévue sans arriver à un accord par les parties et sans abus constaté obligeant à la continuation du contrat malgré les changements de circonstances : Com., 3 oct. 2006 <sup>19</sup>).

## 2) Prémisses de changement

**19.** Cette solution était majoritairement **critiquée** par la doctrine, tant dans son fondement (la force obligatoire du contrat peut ne pas obliger à l'exécution d'un contrat dont l'équilibre initial est rompu au regard de circonstances nouvelles), que par la solution déloyale à laquelle elle aboutit (le refus du contractant d'adapter le contrat aux changements de circonstances peut être considéré comme déloyal). Dans la mesure où le juge administratif admet la révision pour imprévision des contrats administratifs (arrêt **Gaz de Bordeaux**, CE 30 mars 1916, *GAJA* n° 31), où de nombreux droits étrangers l'admettent ainsi que les Principes Unidroit (art. 6-2-3), ou les Principes du droit européen des contrats (PDEC, art. 6-111), la position du juge français devenait moins justifiée.

**20.** La **jurisprudence** de la Cour de cassation a **également évolué** au cours des dernières décennies. Tout d'abord, la Cour de cassation, tout en refusant de réviser directement le contrat, s'est octroyée la possibilité, parfois, de sanctionner la partie qui refusait de renégocier. Ainsi, sur le fondement de la **bonne foi**, vu comme une obligation contractuelle, le juge a mis en jeu la responsabilité contractuelle de celui qui refusait d'adapter le contrat aux changements de circonstances. Si deux arrêts sont des classiques, il faut les replacer dans leur contexte : dans ces deux arrêts, la Cour de cassation se place sur le terrain de **prix concurrentiels** qui auraient été empêchés par l'un des contractants. Ainsi, dans un **contrat de distribution**, d'abord, le juge a estimé que le fournisseur qui pratique des prix trop élevés et qui ne permet pas à son distributeur de pratiquer des prix concurrentiels n'a pas un comportement conforme à la bonne foi, justifiant la mise en jeu de sa responsabilité (**Com, 3 nov. 1992** <sup>20</sup>). Quelques années plus tard, la Cour de cassation a adopté le même raisonnement dans un contrat **d'agence commerciale** qui impose une obligation spéciale de loyauté dans l'exécution du mandat ; ainsi, pour respecter son obligation de loyauté, le mandant doit faire en sorte que son agent mandataire puisse pratiquer des prix concurrentiels afin d'exercer son mandat (**Com., 24 nov. 1998** <sup>21</sup>). Plus tard, un arrêt à l'interprétation divergente (*cf.* Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, *D.* 2004. Chron. 2239), a pu donner l'impression, par une interprétation *a contrario*, qu'un changement de circonstances en cours d'exécution du contrat pouvait faire naître une obligation de renégociation fondée sur la bonne foi de manière générale (**Civ. 1<sup>er</sup>, 16 mars**

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

19. n° 04-13.214, *D.* 2007. 765 note Mazeaud ; *RTD civ.* 2007. 341 obs. Mestre et Fages.

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

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



2004<sup>22</sup>). V. Ég., **Com.**, 16 mars 2017, n° 15-16406, GP 26 sept 2017 n° 32, p. 31 Houtcieff ; D. 2018. 371, obs. Mekki ; RDC 2018. 21, obs. Stoffel-Munck ; Nancy, 26 sept. 2007<sup>23</sup>.

21. Plus récemment, un arrêt de la Cour de cassation, non publié et sujet à différentes interprétations, annonçait un possible changement de position en se fondant sur la cause : le déséquilibre de l'économie générale du contrat, provoqué par l'évolution des circonstances économiques, était susceptible de priver l'engagement souscrit de toute contrepartie réelle (**Com.**, 29 juin 2010<sup>24</sup>). Malgré les différentes interprétations de cet arrêt, il a été le premier à ouvrir une brèche dans le refus de toute prise en compte de l'imprévision.



### À noter

En l'espèce, le débiteur, refusant d'exécuter un contrat de longue durée en raison d'une redevance contractuelle devenue trop faible pour couvrir ses frais, fut assigné en référé par le créancier. L'arrêt d'appel qui a accédé à la demande est cassé au visa des art. 1131 et 873 al. 2 : « *en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Dans une première interprétation, la plus audacieuse, la chambre commerciale semble considérer que s'il est établi que le changement de circonstances déséquilibre l'économie générale du contrat voulue par les parties au point de priver de toute contrepartie réelle l'engagement du débiteur, alors son engagement serait privé de cause en cours de contrat, conduisant vraisemblablement à la caducité du contrat (cf. Thème 6 n° 23). La nouveauté résiderait ici dans le fait d'admettre un effet au changement de circonstances en cours de contrat, mais un effet limité puisqu'il faudrait que ce changement soit radical au point de priver l'obligation de toute contrepartie.

Dans une autre interprétation, l'analyse est centrée sur les conditions du référé et l'appréciation du caractère « sérieusement contestable » de l'obligation : la chambre commerciale se contente alors de refuser l'exécution forcée en référé car le changement de circonstances rend sérieusement contestable l'obligation litigieuse.

À propos d'un pourvoi invoquant un tel changement de circonstances pour justifier la perte de cause en cours d'exécution du contrat, et partant la caducité du contrat, mais rejeté par la Cour de cassation en raison d'une analyse différente de la cause : **Com.**, 18 mars 2014, n° 12-29453, D. 2015. 1915, note Mazeaud ; CCC 2014, comm. 123, obs. Leveneur ; JCP 2014, 1116, note Ghestin ; D. 2015. 529 obs. Mekki ; RDC 2014. 345, note Laithier ; RTDciv. 2014. 884, obs. Barbier. Cf. Thème 6, n° 23.

## B. Droit issu de la réforme

22. Le nouvel article 1195 du Code civil admet la **révision pour imprévision**. Cet apport de la réforme a fait l'objet de vifs débats pendant la ratification de l'ordonnance, le Sénat s'évertuant à deux reprises à supprimer le pouvoir de révision du juge. La Commission mixte paritaire a finalement rétabli le texte initial, en ajoutant cependant une exception dans le Code monétaire de financier pour les titres financiers

22. D. 2004. 1754 note Mazeaud ; JCP 2004. I. 173 note Ghestin.

23. D. 2008. 1120 ; RTD civ. 2008. ; JCP 2008. II. 1009, RDC 2008. 738 obs. Mazeaud.

24. n° 09-67.369, D. 2010. 2481 note Mazeaud et 2485 note Genicon ; JCP 2010. 1056, note Th. Favario ; JCP 2011. 63 n° 9, obs. Ghestin ; RTD civ. 2010. 782 obs. Fages.



(CMF, nouvel art. L. 211-40-1). Pour que la révision soit possible, plusieurs conditions préalables doivent être réunies. Il faut d'abord un « changement de circonstances **imprévisibles** lors de la conclusion du contrat ». En effet, si ce changement était prévisible, il serait rentré dans le champ contractuel et les parties en auraient fait assumer le risque sur l'une d'entre elles. Ce changement doit, ensuite, rendre « **l'exécution excessivement onéreuse** pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». À la différence de la force majeure qui rend l'exécution impossible, l'événement étant irrésistible, l'imprévision conduit simplement à un déséquilibre économique du contrat, d'une certaine intensité pour être prise en compte.

**23.** La réunion de ces conditions n'affecte en rien l'obligation pour les parties de continuer à **exécuter le contrat**, mais autorise sa révision qui doit suivre **trois étapes hiérarchisées**. L'objectif du texte est de favoriser autant que possible un accord des parties :

- d'abord, la partie défavorisée « peut demander une **renégociation** du contrat à son cocontractant » ;
- en cas d'échec ou de refus de cette renégociation, ensuite, les parties peuvent se mettre **d'accord** soit sur la **résolution du contrat** dont elles fixent les conditions, soit sur la **saisine du juge** afin qu'il procède à l'adaptation du contrat. Cette deuxième étape ne manquera pas de susciter des interrogations et donc du contentieux, sachant que s'impose aux parties une obligation de renégocier de bonne foi (art. 1104). À ce stade l'accord des parties est nécessaire, soit pour saisir le juge ou résoudre le contrat, ce qui risque d'être illusoire étant donné l'échec d'accord sur une renégociation. Le projet d'ordonnance proposait initialement de s'arrêter à cette étape (art. 1196<sup>25</sup>), comme le suggérait le projet Catala (art. 1135-1 à 1135-3), sans permettre au juge de réviser le contrat en l'absence d'accord des parties ;
- Décidant finalement de suivre le projet Terré (art. 92) et les PDEC (art. 6 : 111) quant au rôle du juge, le texte final de réforme autorise, enfin, que le **juge soit saisi par une seule partie** afin qu'il procède à la **révision du contrat** ou à sa **résolution**, à défaut d'accord des parties dans un délai raisonnable. La réforme consacre ici un rôle inédit au juge autorisé à modifier le contrat de manière à l'adapter à une nouvelle réalité économique, ce qui ne sera pas aisé pour lui faute de critères.

**24.** La perspective d'une intervention du juge dans le contrat, rarement appréciée des contractants, risque de conduire à une recrudescence des **clauses** d'adaptation, ce qui est certainement l'effet recherché. Le juge sera amené alors à se prononcer sur le caractère supplétif de cet article, malgré l'affirmation du Rapport au Président de la République.



#### Mémo

La **force obligatoire du contrat**, désormais érigée en rang de fondement du droit des contrats par la réforme, se manifeste, d'abord, par l'obligation d'exécuter le contrat conformément à ce qui a été convenu entre les parties, explicitement ou implicitement.

Le juge, par le phénomène appelé de « **forçage du contrat** » s'est octroyé le pouvoir d'imposer certaines obligations aux parties, généralement tirées de la loyauté contractuelle, comme l'obligation d'information et de conseil.

La force obligatoire se manifeste, ensuite, par **l'interdiction de toute modification unilatérale** du contrat : celle-ci ne peut se faire que d'un commun accord, soit en cours d'exécution par un avenant, soit en exécution d'une clause consentie lors de la conclusion du contrat.

La **réforme** a innové en intégrant l'une de ses dispositions phares : la **révision pour imprévision**. Ainsi, le changement de circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie introduit un mécanisme en trois étapes successives, allant de la renégociation des parties à la révision par le juge.

25. Projet d'ordonnance, art. 1196 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »



## Section 2 – DURÉE DU CONTRAT

25. La **réforme** du droit des contrats introduit une nouvelle section, au sein des effets du contrat, relative à la durée des contrats (art. 1210 à 1215). Elle réaffirme **l'interdiction des engagements perpétuels** (art. 1210), conduisant à autoriser sa rupture unilatérale conformément aux contrats à durée indéterminée. Cette section se contente de consacrer les solutions jurisprudentielles antérieures relatives à la rupture du contrat (1) et à sa prolongation (2).

### § 1. Rupture du contrat

26. La rupture du contrat est ici envisagée indépendamment de toute inexécution contractuelle (il s'agirait sinon d'une résolution du contrat, cf. Thème 8), mais sous l'angle de la possibilité ou non des contractants de mettre fin à un contrat qu'ils se sont engagés à exécuter. Le régime de cette rupture diffère selon que le contrat contient (B) ou non (A) des dispositions conventionnelles, ou qu'existe une faculté de rétractation (C).

#### A. Rupture en l'absence de dispositions conventionnelles

27. La force obligatoire du contrat signifie encore qu'il n'est pas possible de mettre fin au contrat de manière unilatérale et sans une faute à reprocher à son cocontractant. La règle est celle du *mutuus dissensus* : il faut un consentement mutuel pour révoquer le contrat (anc. art. 1134 al. 2, nouv. art. 1193). Mais cette affirmation doit être nuancée selon qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée, caractère qui distingue le régime de la rupture du contrat.



#### À noter

Pour les contrats à exécution instantanée comme la vente, « la révocation d'un commun accord entre les parties... a pour effet de l'anéantir rétroactivement, de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement, et les oblige à restituer ce qu'elles ont reçu en exécution de la convention révoquée » (**Com.**, 14 déc. 2010, n° 09-71.610, LEDC 2011 n° 2 p. 7 obs. Gallois-Cochet ; *RTDciv.* 2011. 126, obs. Fages ; *RDC* 2011. 425, note Laithier. V. ég. **Civ. 3<sup>e</sup>**, 15 juin 2017, n° 16-16102, *RDC* 2018, 16, note Laithie). Libre aux parties de prévoir différemment cependant.

#### 1) Contrats à durée déterminée

28. Dès lors que les parties ont prévu un terme au contrat, explicite ou implicite, leur volonté doit être respectée et fonde la force obligatoire du contrat. Ainsi, « chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme » (art. 1212) sans pouvoir y mettre fin unilatéralement. Seule une volonté commune peut y mettre fin, en l'absence de clause particulière et de disposition légale contraire (la loi peut prévoir la possibilité de mettre fin au contrat unilatéralement. Par ex. le contrat de mandat, art. 2004 et 2007 C. civ).

#### 2) Contrats à durée indéterminée

##### a) Liberté de la rupture

29. Pour les contrats à durée indéterminée, c'est-à-dire sans terme prévu par les parties, le principe est celui de la liberté de la rupture unilatérale (nouv. art. 1211). Ce principe est justifié traditionnellement par la prohibition des engagements perpétuels, lui-même fondé sur la liberté contractuelle (on ne doit pas se retrouver lié à jamais sans possibilité de sortir du contrat) qui est désormais consacrée au nouvel article 1210 du Code civil. Cette liberté de rupture des CDI a désormais une valeur constitutionnelle depuis la décision sur le PACS (**Cons. const. 9 nov. 1999** : « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'art 4 de la DDH 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 les contrats de consommation, est nécessairement abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel » (art. R. 132-1 11 °C. consom.). Dès lors, « un contrat à exécution successive dans lequel aucun terme n'est prévu n'est pas nul, mais constitue une convention à durée indéterminée que chaque partie peut résilier unilatéralement, à condition de respecter un juste préavis » (à propos d'un contrat autorisant l'usage d'un nom de famille à titre commercial : **Com.**, 8 fév. 2017, n° 14-28.232, JCP 2017, doct. 325, obs. Loiseau).

**30.** Conformément à la jurisprudence antérieure, le nouvel article 1211 exige de respecter un « délai de **préavis** contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». La jurisprudence, qui devrait perdurer, considère que la gravité du comportement du cocontractant justifie une rupture immédiate, sans préavis, ce que contrôle le juge (par ex., cas d'un médecin anesthésiste travaillant dans une clinique mais qui demandait des dépassements d'honoraires directement auprès des patients, dans leur chambre, contrairement aux règles de la clinique : Civ. 1<sup>re</sup>, 2 févr. 1999, *Bull. civ. I*, n° 38). L'article 1211 n'étant certainement pas supplétif, les parties devraient pouvoir exclure tout préavis, comme elles le faisaient antérieurement (pour une clause excluant préavis et indemnité en cas de rupture du contrat : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2011, n° 10-13980, *D.* 2011. 676 obs. Rouquet, *RDC.* 2011. 832, obs. Génicon). Il peut arriver que la loi prévoie expressément la nécessité d'un préavis (par ex. **art. L. 442-I, II c. com.** sur la « rupture brutale des relations commerciales établies » imposant un délai de préavis calculé en fonction de critères précis). Désormais, dans les contrats de consommation, est nécessairement abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel » (art. R. 212-1 10 °C. consom.).

**31.** Si plusieurs auteurs ont appelé de leurs vœux que ce droit de rupture unilatérale soit contrebalancé par une obligation de motivation, la Cour de cassation l'a refusé clairement (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 févr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 82, *RTD civ.* 2006. 314, obs. Mestre et Fages, *RDC.* 2006. 704 obs. Mazeaud : « la partie qui met fin au contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif »), et la réforme ne l'a pas consacrée.

### **b) Abus dans la rupture**

**32.** Si rien n'est explicitement précisé dans la réforme sur les limites de la rupture, les conditions générales de la responsabilité sont appelées à s'appliquer, comme le rappelle le Rapport au Président de la République et surtout la décision du Conseil constitutionnel du 9 nov. 1999 (préc.). À l'instar des négociations contractuelles, l'abus dans la rupture, développé par la jurisprudence, est caractérisé par les **circonstances** de la rupture puisque le principe est celui de la liberté. Constitue ainsi un abus l'absence de délai de préavis, ou le fait pour un contractant de faire croire légitimement à son cocontractant dans une certaine stabilité du contrat, l'ayant incité à faire des investissements (Com. 5 avr. 1994, *D.* 1995. Somm. 90, obs. Mazeaud ; *JCP* 1994. I. 3803, obs. Jamin ; *RTD civ.* 1994. 603, obs. Mestre ; Com., 20 janv. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 40 ; *D.* 1998. 413, note Jamin (2<sup>e</sup> esp.) ; *D.* 1999. Somm. 114, obs. Mazeaud ; *JCP* 1999. II. 10018, note Chazal (1<sup>re</sup> esp.) ; *RTD civ.* 1998. 675, obs. Mestre), ou encore le fait de ne pas « correctement s'acquitter de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation » en entravant sciemment la reconversion des concessionnaires (Com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952, *D.* 2013. 2617, note Mazeaud, *D.* 2014. 630, obs. Mekki ; *CCC* 2014, comm. 1, obs. Leveneur). La sanction est la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur.

### **3) Cas particulier la « rupture brutale d'une relation commerciale établie »**

**33.** Issue de l'ancien **article L. 442-6-I 5°** devenu l'article L. 442-1, II **du code de commerce**, cette disposition spéciale permet de mettre en jeu la responsabilité (délictuelle : Com., 6 févr. 2007, *D.* 2007. Pan. 1694 obs. A. B.-L. ; *JCP* 2007. II. 10108 note Marmoz, Com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971. Pour la CJUE, dans le cadre de l'application du règlement 44/2001 sur tribunal compétent, cette responsabilité



relève de la « matière contractuelle » : **CJUE, 14 juill. 2016**, aff. C-196/15, Granarolo, D. 2016. 1575 ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2017. 881, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2016. 442, obs. I. Luc ; Rev. crit. DIP 2016. 703, note F.-X. Licari ; RTD civ. 2016. 814, obs. L. Usunier ; *ibid.* 837, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017. 231, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; CCC 2016 comm. 235 Mathey ; **Com. 20 sept 2017, n° 16-14812**, AJ contrat 2017 p. 493) de « tout producteur, commerçant industriel, artisan » qui rompt « brutalement même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminé, en référence aux usages du commerce par des accords interprofessionnels ». Conçu initialement pour s'appliquer dans les relations de distribution, ce texte est suffisamment large pour s'appliquer à la plupart des contrats conclus entre professionnels, qu'ils portent sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de services (Com., 16 déc. 2008, n° 07-18.050, RLDC 2009 n° 465-76).

**Toutefois, cette disposition spéciale a vraisemblablement encore été élargie par l'ordonnance du 24 avril 2019, puisque le nouvel article L. 442-1, II, alinéa 1er, du Code de commerce dispose désormais qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ».** Comme il n'est plus fait référence à « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », mais à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », il est permis de penser que le champ d'application personnel de ce mécanisme correcteur a été élargi.

**34.** Trois conditions sont nécessaires pour sa mise en œuvre.

**Tout d'abord, il faut une « relation commerciale ».** Mais antérieurement, celle-ci devait être rompue par un « producteur, commerçant, industriel ou artisan », ce qui excluait l'application de ce texte aux **avocats (Com., 24 nov 2015, n° 14-22578, D. 2016. 462, note Cl. Mouly-Guillemaud ; CCC 2016, comm. 39, obs. N. Mathey)** ou aux notaires (Com, 20 janv. 2009<sup>26</sup>) dont l'activité n'est pas commerciale, ou aux associations sans activité économique (Com., 5 janv. 2016, n° 14-15.555, CCC 2016, comm. 67, obs. Mathey). Aujourd'hui, comme la référence au producteur, commerçant, industriel ou artisan a disparu du nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce, la pérennité de ces jurisprudences pose question. Le fait que la notion de « relation commerciale » soit maintenue suffira-t-il pour que la Cour de cassation les maintienne ? Pour qu'un tel maintien ait lieu, il faudrait sans doute que la Cour de cassation exige que la relation rompue soit commerciale tant pour l'auteur de la rupture que pour sa victime.

**L'existence d'un secteur réglementé, comme les contrats de transports publics routiers de marchandises, exclut également l'application de ce texte (Com., 22 sept 2015, n° 13-27726).**

**Ensuite, la relation doit être « établie » avant la rupture, impliquant une certaine durée ainsi qu'une continuité (par ex. Com., 16 déc. 2008<sup>27</sup>), sans qu'un échange permanent et continu entre les parties soit nécessaire (une succession de contrats ponctuels peut être suffisante, Com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, CCC. 2009 n° 265 obs. Mathey).**

**Enfin, c'est le caractère « brutal » de la rupture qui est sanctionné, et non la rupture en elle-même qui n'est que la manifestation d'un droit.** Cette brutalité peut se manifester par l'absence d'un préavis écrit ou le non-respect d'un préavis suffisant apprécié par les juges en fonction de chaque situation d'espèce (pour un ex : Com., 3 mai 2012, n° 11-105444, JCP 2012. 867, note Le Gac-Pech), peu important que le délai contractuellement prévu ait été respecté (Com., 22 oct. 2013, n° 12-19.500).

26. n° 07-17.136, D. 2009. AJ 369, RDC. 2009. 1048 obs. Viney.

27. n° 07-15.589, D. 2009. 225 ; RLDC 2009 n° 465-76.



**Il faut noter que le nouvel article L. 442-1, II, alinéa 2 du Code de commerce dispose désormais qu'« en cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un **préavis de dix-huit mois** ».**

**35.** Ce texte, qu'il s'agisse de l'ancien article L. 442-6 ou du nouvel article L. 442-1, présente des **avantages** par rapport au droit commun de la rupture des contrats. Outre le fait qu'il institue un délai de préavis obligatoire calculé en fonction de critères précis, ce texte est particulièrement intéressant à 2 égards :

- la **rupture est largement entendue**, permettant d'inclure des hypothèses de rupture partielle susceptibles de constituer des modifications substantielles du contrat (ex. classique du déréférencement, mais pouvant être bien plus large) ainsi que des non-renouvellements de CDD ;
- ce texte couvre **tous les contrats** indépendamment de leur durée, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée.

## **B. Dispositions conventionnelles**

### **1) Clause de dédit**

**36.** Il s'agit d'une faculté contractuellement prévue, dans l'intérêt du débiteur, permettant, pour une partie ou les deux, de **sortir du contrat** et de ne pas exécuter l'obligation promise. Si l'octroi de cette faculté a généralement un prix, elle peut tout à fait être gratuite (Com. 30 oct. 2000<sup>28</sup>). Quel que soit le montant de l'indemnité, celle-ci reste un dédit dès lors qu'elle permet à une partie de dénoncer le contrat à tout moment indépendamment de toute inexécution (pour l'exclusion de la notion de clause pénale malgré le montant élevé de l'indemnité : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009<sup>29</sup> ; Com., 18 janv. 2011, n° 09-16.863, *RLDC* 2011 n° 80). Elle doit être **exercée de bonne foi** (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 1976<sup>30</sup> ; Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2000<sup>31</sup>).

### **2) Clause de résiliation unilatérale**

**37.** Alors qu'on parlera plutôt de dédit dans le cadre d'un contrat instantané dont la faculté peut s'exercer avant l'exécution de l'obligation, la clause de résiliation unilatérale s'appliquera plutôt aux **contrats à exécution successive** dont la faculté s'exercera en cours d'exécution. Ces clauses librement consenties sont valables, même si elles sont discrétionnaires **sans obligation de motivation** (Civ. 1<sup>re</sup>, **30 oct. 2008**<sup>32</sup>. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2001<sup>33</sup>) ou automatique **sans préavis** (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janv. 2002, *RTD civ.* 2002. 297, obs. Mestre et Fages).

**38.** Cependant, dans un contrat de consommation, ces clauses peuvent être **abusives** ; est désormais nécessairement abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur » (art. R. 132-1 8°).

## **C. Cas particulier de la faculté de rétractation**

**39.** Exceptionnellement, la loi peut elle-même autoriser une partie à rompre le contrat, qu'il ait été exécuté ou non. Cette faculté, contraire à la force obligatoire du contrat, n'est accordée par le législateur que dans les situations où le titulaire de ce droit est considéré en situation de faiblesse par rapport à

28. *D.* 2001. Somm. 3241, obs. Mazeaud ; *CCC.* 2001, n° 21, note Leveneur.

29. n° 08-15.156, *JCP* 2009. 273 n° 28 obs. Grosser.

30. *Bull. civ.* III, n° 199 ; *D.* 1978. 269, note Taisne ; *Defrénois* 1977. 456, note Aubert.

31. *Defrénois* 2000. 1379, obs. Mazeaud ; *LPA* 4 oct. 2001, note Gallmeister ; *RTD civ.* 2000. 565, obs. Mestre et Fages.

32. n° 07-19.736, *JCP* 2009. II. 10052 note Chabas.

33. *Bull. civ.* I, n° 98 ; *D.* 2001. 3240, obs. Mazeaud ; *JCP* 2001. I. 354, n° 19 s., obs. Rochfeld ; *Defrénois* 2001. 1048, obs. Savaux ; *RTD civ.* 2001. 584, obs. Mestre et Fages.



son cocontractant (notamment pour certains contrats de consommation. Sur cette faculté, cf. Thème 3 n° 12 s.), et conduit à l'anéantissement du contrat (**Civ. 3<sup>e</sup>, 4 déc. 2013**, n° 12-27.293, *JCP* 2014. 115, obs. Loiseau ; *D.* 2014. 630 Mekki).

## § 2. Prolongation du contrat

**40.** C'est l'hypothèse d'un contrat qui arrive à son terme mais qui continue, malgré tout, à être exécuté par les deux parties. Alors que le Code civil de 1804 ne comportait aucune disposition, la **réforme** du droit des contrats y a remédié en reprenant les solutions générales dégagées par la jurisprudence. Trois situations doivent être distinguées sans que les frontières entre elles soient toujours faciles à déterminer.

**41.** La **prorogation** du contrat, désormais prévu au nouvel article 1213, est un allongement conventionnel de la durée initiale du contrat : les parties se mettent d'accord, avant l'arrivée du terme, que celui-ci sera prolongé. Il s'agit donc du *même contrat* qui est prolongé jusqu'à un nouveau terme, et donc d'une modification du contrat en cours d'exécution.

**42.** Le **renouvellement** du contrat, prévu au nouvel article 1214, se réalise par la conclusion d'un *nouveau contrat* entre les parties, fruit de leurs volontés ou par l'effet de la loi (par ex. en matière de baux spéciaux), contrat qui peut être le même ou à des conditions différentes, et qui est, de ce fait, totalement autonome du premier (donc disparition des sûretés attachées au premier contrat, application d'une loi nouvelle, etc.). La formulation maladroite de l'alinéa 2 de l'article 1214 précisant que le contenu du nouveau contrat « est identique au précédent mais à durée indéterminée » ne peut se comprendre qu'à titre de disposition supplétive ; libre aux parties (ou la loi spéciale) de modifier évidemment le contenu du contrat. Ce renouvellement peut être le fruit d'un nouvel accord négocié ou d'une clause de renouvellement prévue dans le contrat initial (il s'agira alors d'une clause imposant et encadrant une renégociation du contrat).

**43.** En dehors de lois spéciales, il n'existe pas de droit au renouvellement (principe rappelé par le nouvel art. 1212 al. 2 du Code civil), autorisant alors les parties à refuser le renouvellement proposé (une partie peut donc, lors de ce renouvellement, fortement augmenter le prix sans abus, cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004<sup>34</sup>). Une limite importante au droit de ne pas renouveler existe cependant à travers la « rupture brutale d'une commerciale établie » de l'ancien art. L. 442-6 I.5° c. com. devenu le nouvel art. L. 442-1, II c. com. (cf. *supra* n° 33 s.). Une autre limite à la liberté de ne pas renouveler se présente également avec le nouvel article L. 121-11 du code de la consommation, ancien art. L. 122-1 (exigeant donc un contrat entre un professionnel et un consommateur) selon lequel « il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime » ; le refus de renouveler le contrat pourrait s'analyser en un refus de prestation de service prohibé s'il n'est pas justifié par un « motif légitime » (pour un arrêt considérant qu'est constitué un refus de prestation de service prohibé par le refus d'une reconduction tacite, entraînant des dommages-intérêts, cf. : Civ. 3<sup>e</sup>, 13 mai 2009, n° 07-12.478).

**44.** La **tacite reconduction**, désormais prévue au nouvel article 1215, se caractérise par le dépassement du terme du contrat initial malgré une continuation de son exécution matérielle. Elle peut être le fruit d'une clause au terme de laquelle il est prévu que le contrat se « poursuivra » après le terme du contrat, sauf volonté contraire exprimée dans un certain délai. En l'absence de clause, le nouvel article 1215 précise explicitement qu'il s'agit d'une tacite reconduction, conformément à la jurisprudence.

**45.** Puisque le premier contrat est arrivé à son terme, la tacite reconduction conduit à la naissance d'un *nouveau contrat* conclu (nouv. art. 1215 qui renvoie aux effets du renouvellement de l'art. 1214). Cette tacite reconduction produit donc deux effets : l'extinction du contrat initial (et donc, comme pour le renouvellement, la disparition des sûretés, etc.) et la formation d'un nouveau. La difficulté

34. *Bull. civ.* I, n° 190 ; *D.* 2005. 1828, note Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 749 obs. Gautier, et 2005. 126 obs. Mestre et Fages ; *RDC* 2005. 275, obs. Stoffel-Munck.





principale concerne les conditions de ce nouveau contrat. Le nouvel article 1214 al. 2 auquel renvoie l'article 1215 précise que le contenu du nouveau contrat est identique au précédent sauf la durée qui est indéterminée. C'est en substance ce que prévoit la jurisprudence (**Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, D. 2006. 587 note Mekki ; CCC. 2006 n° 43 obs. Leveneur** : « sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques »), sauf à prouver de nouveaux accords sur différentes conditions (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2009<sup>35</sup> : arrêt considérant que lorsque les parties restent silencieuses lors de la reconduction du contrat, le juge peut déduire de ces circonstances qu'elles valent acceptation des anciennes conditions, notamment concernant le prix). D'un point de vue théorique, la distinction avec le renouvellement ou la prorogation est parfois difficile. En effet, si les conditions du nouveau contrat, autre que la durée, peuvent être différentes (cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, préc.), la frontière avec le renouvellement est ténue. À l'inverse si les conditions sont identiques et que la « prorogation » est le fruit d'une clause, on peut s'interroger sur le fait qu'il puisse s'agir d'un nouveau contrat et non du même qui serait modifié (cf. Mekki, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, D. 2006. 587).

**46.** Des précisions et aménagements existent dans les droits spéciaux (contrat de travail, contrat d'assurance, baux commerciaux, etc.), et notamment en droit de la consommation avec la **loi dite Chatel du 28 janv. 2005** (n° 2005-67) qui organise une information obligatoire au profit du consommateur et des « non-professionnels » (rajout par la loi du 4 août 2008) afin de le protéger contre des tacites reconductions qu'il pourrait ne pas vouloir (art. L. 215-1, anc. art. L. 136-1 c. consom : le professionnel doit informer le consommateur ou le non-professionnel, au moins un mois avant l'expiration du délai lui permettant de refuser la reconduction, qu'il peut ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de tacite reconduction. À défaut d'une telle information, le consommateur ou non-professionnel sera en droit de rompre le contrat reconduit à tout moment et gratuitement).



### Mémo

La **réforme** du droit des contrats intègre une section à part entière dédiée à la **durée du contrat**. Celle-ci se contente de reprendre la jurisprudence.

Les **engagements perpétuels** sont prohibés.

Le premier enjeu de la **durée des contrats** est son impact sur leur **rupture**. La distinction essentielle à réaliser est celle des contrats à durée **déterminée et indéterminée**. Si la force obligatoire du contrat oblige à exécuter le contrat jusqu'à son terme (CDD), sauf clause de dédit ou de résiliation unilatérale librement consentie, la liberté contractuelle et la prohibition des engagements perpétuels justifient la liberté de rupture des contrats à durée indéterminée. Seul un délai de préavis est nécessaire, sauf urgence.

Le deuxième enjeu est celui de la qualification de la **prolongation d'un contrat** à durée déterminée arrivé pourtant à son terme. Celle-ci peut s'analyser de trois manières différentes :

- il y a **prorogation** lorsque le contrat initial est prolongé par une modification consentie du terme ;
- il y a **renouvellement** lorsque les parties (ou la loi) conviennent d'un nouveau contrat aux conditions qu'elles déterminent ; à défaut le contrat est renouvelé aux mêmes conditions sauf sa durée qui devient indéterminée ;
- il y a **tacite reconduction** lorsque le contrat se poursuit après son terme sans manifestation contraire des parties : le contrat reconduit est alors un nouveau contrat conclu aux mêmes conditions, mais à une durée alors indéterminée.

35. n° 08-14.481, *RDC*. 2009. 1330 obs. Génicon, *D.* 2009. 2137 note Labarthe, *RTD civ.* 2009. 530, obs. Pages.



## Section 3 – L'INTERPRÉTATION

47. La **réforme** du droit des contrats a modifié les dispositions relatives à l'interprétation des contrats, en les clarifiant et les adaptant à ses innovations (art. 1188 à 1192).

### § 1. Objet de la recherche

48. Interpréter le contrat consiste à **rechercher l'intention des parties** au moment où elles ont contracté. Ainsi, **l'intention prime le littéral** (art. 1188). Cette recherche se réalise grâce à divers moyens : documents publicitaires, documents utilisés ou lettres envoyées lors des pourparlers, comportement des parties, etc. (pour un ex., cf. **Com.**, **15 sept 2015**, n° 14-18389, *RTDciv.* 2015. 872, obs. H. Barbier). L'essentiel est de caractériser la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat. Lorsque cette intention commune n'est pas facile à déterminer, le nouvel article 1188 al. 2 autorise le juge à recourir à une interprétation *in abstracto*, en recherchant « le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Le comblement du contrat par le juge, ou « forçage » du contrat (cf. *supra* n° 8 s.), se réalise par le biais de l'interprétation, où sous couvert d'intention des parties, le juge va considérer que le contrat contient une obligation de sécurité ou d'information.

49. L'interprétation du contrat doit se faire de **manière globale**. Ainsi l'interprétation des « clauses », dont la mention se retrouve dans plusieurs dispositions de la réforme, doit se réaliser « les unes par rapport aux autres » mais surtout « en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier » (1189). Cette nouvelle exigence de **cohérence** justifie l'intrusion du juge dans l'équilibre du contrat de manière à contourner les clauses qui contrediraient l'économie générale du contrat (pour un ex., cf. les clauses de divisibilité expresse dans les ensembles contractuels, Thème 6 n° 29). De même, dans le cadre **d'ensembles contractuels**, chaque contrat doit s'interpréter en fonction des autres (nouv. art. 1189 al. 2. Pour un ex., cf. **Civ. 1<sup>re</sup>**, **28 oct. 2015**, n° 14-11498, *D.* 2016. 187, note Ferrié ; *Gaz. Pal.* 17 déc. 2015, p. 8, note Lasserre Capdeville ; *D.* 2016. 566, obs. Mekki ; *RTDciv.* 2016. 111, obs. Barbier ; *CCC* 2016, comm. 24, obs. Desvaux ; **Civ. 1<sup>re</sup>**, **13 juin 2006**, *B.* I n° 306, *D.* 2007. 277 note Ghestin, *RDC* 2007. 256 note Mazeaud, cf. Thème 4 n° 40), en référence à la nouvelle disposition en matière de caducité (cf. Thème 6 n° 22 s.).

50. Dans un souci de protection de la partie la plus faible, l'interprétation **favorise le débiteur** contre le créancier et, nouveauté de la réforme, celui à qui est imposé le **contrat d'adhésion** (art. 1190).

51. Les règles d'interprétation sont **supplétives** de volonté ; elles ne font que préciser des applications et donner des précisions, indicatives pour le juge qui peut s'en écarter. Mais des textes spéciaux peuvent parfois donner des règles impératives d'interprétation (par ex. en droit de la consommation où le doute doit profiter au consommateur, art. L. 211-1 C. cons.).

### § 2. Contrôle

52. **Les juges du fond sont souverains** pour apprécier l'intention des parties, le contenu des obligations voulues par les parties étant de l'ordre du fait et non du droit (Cass., 2 févr. 1808, *GAJC* tome II n° 160. *Civ. 1<sup>re</sup>*, 5 mars 2009, n° 08-10.363).

53. Mais deux contrôles sont effectués par la Cour de cassation :

– **un contrôle de la dénaturation** (cas d'ouverture à cassation). La dénaturation, désormais mentionnée au nouvel article 1192 du Code civil, consiste à commettre une grossière erreur dans l'interprétation d'une clause claire et précise : le contrat était clair et le juge en a dénaturé la substance en lui donnant un autre sens (*Civ.*, 15 avr. 1872, *GAJC* tome II n° 161) ;

– **un contrôle de la qualification du contrat**. L'opération de qualification est considérée comme une opération de droit (et non de fait), et consiste à faire rentrer le contrat dans une catégorie juridique existante afin de lui donner le régime prévu pour ladite catégorie (sont ainsi des catégories tous les contrats spéciaux, les contrats nommés par la loi). La qualification appartient au juge et non aux parties : donc peu importe la qualification donnée par les parties, le juge peut requalifier le contrat.





### Mémo

Les dispositions relatives à l'interprétation ont été **modernisées et adaptées par la réforme** du droit des contrats.

Le juge interprète le contrat en recherchant quelle a été **l'intention des parties** au moment de la conclusion du contrat, et à défaut, désormais, peut se référer au standard d'une personne raisonnable.

Toutes les dispositions d'un contrat **s'interprètent de manière globale** en respectant la **cohérence** de l'ensemble.

Les méthodes proposées par le Code civil sont facultatives pour le juge.

Cette interprétation relève des pouvoirs souverains des juges du fond.

La Cour de cassation exerce cependant deux contrôles : celui de la **dénaturation** d'une clause claire et précise ; et celui de la **qualification**.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

- ANCEL P., Force obligatoire du contrat et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999. 771.  
LAMBERT-FAIVRE Y., Fondement et régime de l'obligation de sécurité, *D.* 1994. Chron. 81.  
LEVENEUR L., Le forçage du contrat, *Dt et pat.* mars 1998 p. 69.

### Lectures thématiques

---

#### *Documents publicitaires*

- Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010**, n° 08-14.461, *RTD civ.* 2010. 580 obs. Gautier ; *JCP* 2010. 922, note Labarthe ; *D.* 2011. Pan. 472 obs. Amrani-Mekki ; *RDC.* 2010. 1197 obs. Mazeaud.

#### *Obligation de conseil du vendeur*

- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2010**, n° 09-16.913, *D.* 2010. 2580, obs. Delpech ; *CCC.* 2011. com. 1, obs. Leveneur ; *RLDC* 2011 n° 78.

#### *Obligation d'information du médecin*

- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010**, n° 09-13.591, *D.* 2010. 1522 note Sargos ; *D.* 2010. 2092, obs. Cl. Creton ; *RDC.* 2010. 1235, obs. Borghetti ; *JCP* 2010. 788 note Porchy-Simon ; *JCP* 2010. 1015 n° 3 obs. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2010. 571 obs. Jourdain.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2014**, n° 12-22.123, *D.* 2014. 277 ; *D.* 2014. 584, avis avoc genl, 590 note Bacache.

#### *Devoir de mise en garde du banquier*

- Ch. Mixte, 29 juin 2007**, n° 05-21.104, 06-11.673, *D.* 2007. 2081 note Piedelièvre ; *JCP* 2007. II. 10146 note Gourio ; *RLDC* déc. 2007 n° 44 p. 25 note Delebecque ; *RTD civ.* 2007. 779 note Jourdain.

#### *Obligation de sécurité transport*

- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989**, *Bull. civ. I*, n° 118 ; *D.* 1991. 1 note Malaurie ; *RTD civ.* 1989. 548 obs. Jourdain.

#### *Révision pour imprévision*

- Civ., 6 mars 1876**, *DP* 1876. I. 193 note Giboulot ; *GAJC* tome II n° 165 ; **Com., 3 nov. 1992**, Huard, *Bull. civ. IV*, n° 338 ; *RTD civ.* 1993. 124 obs. Mestre ; *JCP* 1993. II. 22164 note Virassamy. ; **Com., 29 juin 2010**, n° 09-67.369, *D.* 2010. 2481 note Mazeaud et 2485 note Genicon ; *JCP* 2010. 1056, note Th. Favario ; *JCP* 2011. 63 n° 9, obs. Ghestin ; *RTD civ.* 2010. 782 obs. Fages.

#### *Tacite reconduction*

- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005**, *Bull. civ. I*, n° 413, *D.* 2006. 587 note Mekki ; *CCC.* 2006 n° 43 obs. Leveneur.

## II. Pour aller plus loin

---

### *Articles généraux sur la force obligatoire*

- CHAUVIRÉ Ph., Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété, *in* *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, *RDC* 2015, p. 773.



CHAZAL J.-P., De la signification du mot loi dans l'art. 1134 al. 1<sup>er</sup> du Code civil, *RTD civ.* 2001. 263.

JAMIN Ch., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *Mélanges J. Ghestin*, 2001, p. 441 ; Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et pat.* 1998. 47 ; Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 du C. civ, *D.* 2002. 901.

### *Sur le changement de circonstances*

BUCHER C.-E., Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice, *CCC* 2016. Étude 6, n° 20.

DEFFAINS B. et FERREY S., Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD civ.* 2010. 719.

MAGAR F., Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et de renégociation, *D.* 2010. 1959.

MEKKI M., Hardship et révision des contrats. – 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? *JCP* 2 010. 1219.

MEKKI M., Hardship et révision des contrats. – 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision, *JCP* 2 010. 1257.

MEKKI M., Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, *JCP N* 2017, aperçu 155.

MOLFESSIS N., Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP* 2015. 1415.

SAVAUX E., L'introduction de la révision ou la résiliation pour imprévision – Rapport français, *in* Les mutations du droit des contrats (Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 nov. 2009), *RDC* 2 010/3 p. 1057.

STOFFEL-MUNCK Ph., L'imprévision et la réforme des effets du contrat, *in* La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016, n° Hors série, p. 30.

### *Sur la rupture du contrat*

BUY F., Rupture de relations commerciales, Chassez le contrat par la porte ..., *D.* 2016. 2223.

CHANTEPIE G., La précarité des relations commerciales, *CCC* 2012. Étude 11.

FOURMENT A. et BATUDE D., Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies. – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, *CCC* 2015, étude 16.

GARINOT J.-M., Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ?, *D.* 2014. 2014.

MEKKI M., Engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et à durée déterminée, *JCP N* 2016.

MEKKI M., Réforme du droit des obligations : engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et à durée déterminée, *JCP N* 2016 actualités 1323.

MESTRE J., Rupture des contrats : la force d'attraction de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, *RLDC* 2013, n° sup. déc., p. 6.

MOULY-GUILLEMAUD Cl., Fondement contractuel ou délictuel de l'indemnisation de la rupture d'une relation contractuelle : quelle stratégie privilégier ?, *RLDC* 2015 n° 127.

POUMARÈDE M., Article 1110 du projet de réforme : contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive, *RDC* 2015. 738.

VOGEL L., VOGEL J., Panorama de la rupture de relations commerciales établies : un droit à réformer, *AJ contrat* 2016. 460. « L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution, » colloque 26 janv. 2015, *RDC* 2015. 986 s.



### *Sur la prolongation du contrat*

BÉNABENT A., La prolongation du contrat, *RDC*. 2004. 117.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., La durée du contrat et la réforme du droit des obligations, *D*. 2011. 2672.

MEKKI M., Réforme du droit des obligations : prorogation, renouvellement et reconduction, *JCP N* 2016 actualités 1345.

PENIN O., Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction, *RTD civ.* 2015, p. 45.

STOFFEL-MUNCK Ph., L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation après la loi Chatel du 28 janvier 2005, *JCP* 2005, I, 129.

Colloque « Durée et contrats », *RDC* 2004/1.

### *Sur l'interprétation*

DUPICHOT J., Pour un retour aux textes : défense et illustration du 'petit guide-âne' des articles 1156 à 1164, *Mélanges Flour, Defrénois* 1979. 179.

MALAURIE Ph., L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui, *JCP* 2011. 1402.

WITZ Cl., L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, *D*. 2015. 2020.

« L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC* 2015. 145 s. (publication des actes du colloque du 28 mars 2014).

## III. Aperçu des publications récentes

---

DE RAVEL D'ESCLAPON Th., Variations sur la clause d'intégralité à l'heure de la réforme du droit des contrats, *AJ contrat* 2017, p. 374

DELPECH X., « Réforme de la réforme » du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision, *AJ contrat* 2018, p. 52

IGNATOFF M., L'impact de la réforme du droit des contrats sur la notion de rupture brutale des relations commerciales établies, *AJ Contrat* 2017, p. 203

« Le devoir de conseil du cocontractant », dossier *AJ Contrat* 2018, p. 55



# Annexe

**Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2017, n° 16-14.096, JCP 2017, chron. 1174,  
obs. Stoffel-Munck**

**Cour de cassation  
chambre civile 1  
Audience publique du 9 juin 2017  
n° de pourvoi : 16-14096**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C100735

Non publié au bulletin

**Cassation partielle**

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M<sup>me</sup> Laurence X..., alors mandataire judiciaire et affiliée, en cette qualité, à la Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (la Caisse de garantie), a été condamnée, par un arrêt définitif du 13 janvier 2012, du chef de détournements de fonds commis entre 1997 et 2008 pour un montant total de 7 267 994, 54 euros, d'une part, à une peine d'emprisonnement, d'autre part, au titre des intérêts civils, à payer à la Caisse de garantie la somme de 3 200 000 euros ; que M. X..., M<sup>me</sup> Anne X...et M. Y..., respectivement père, sœur, et ancien compagnon de M<sup>me</sup> Laurence X..., poursuivis du chef de recel pour avoir bénéficié de différents versements, ont été relaxés, la preuve de la connaissance de l'origine frauduleuse des fonds dont ils avaient bénéficié n'étant pas rapportée et ne pouvant se déduire de l'importance des sommes concernées ; que la Caisse de garantie a assigné M. X..., M<sup>me</sup> Anne X..., M<sup>me</sup> Pascale X..., épouse Z..., M. Z... (les conjoints X...-Z...) et M. Y..., en paiement de diverses sommes, sur le fondement de l'action paulienne ;

Sur les première et deuxième branches du premier moyen du pourvoi principal, et sur la troisième branche de ce moyen et le second moyen du même pourvoi, ces derniers rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que les conjoints X...-Z... font grief à l'arrêt de rejeter la fin de non-recevoir opposée aux demandes de la Caisse de garantie, d'accueillir ces demandes et de condamner chacun d'eux à lui payer certaines sommes, alors, selon le moyen :

1°/ que les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; que la fraude paulienne suppose la connaissance par le tiers bénéficiaire de la fraude commise par le débiteur ; que, toutefois, le créancier n'a pas à démontrer la complicité du tiers acquéreur à titre gratuit, celle-ci étant présumée sans que le bénéficiaire de l'acte puisse être admis à faire tomber cette présomption ; que l'autorité absolue de la chose jugée tient, néanmoins, en échec le caractère irréfugable de cette présomption ; qu'en décidant que l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions rendues par les juridictions pénales, qui avaient relaxé M. Alain X...et M<sup>me</sup> Laurence X...du chef de recel de détournements de fonds au motif qu'ils n'avaient pas connaissance de l'origine des fonds qu'ils avaient reçus, n'était pas de nature à faire obstacle à l'action que la Caisse de garantie avait engagée à leur encontre sur le fondement d'une fraude paulienne, motif pris que son action tendait à la révocation d'actes à titre gratuit, pour en déduire que la preuve de leur complicité dans la fraude n'était pas requise, bien que l'autorité absolue de la chose jugée par les juridictions pénale ait tenu en échec la présomption irréfugable de ce que M. Alain X...et M<sup>me</sup> Laurence X...avaient été complices de la fraude commise par M<sup>me</sup> Laurence X..., la cour d'appel a violé les articles 1349 et suivants du code civil, ensemble le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ;

2°/ que l'autorité de la chose jugée attachée à la triple d'identité d'objet, de cause et de parties n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a été jugé au civil ; qu'en énonçant, pour écarter l'exception tirée de la chose jugée par le juge répressif et déclarer recevable l'action paulienne engagée par la Caisse de garantie, que les deux instances correctionnelle et civile n'avaient pas le même objet dès lors que la première tendait à voir reconnaître la responsabilité pénale des prévenus et à les voir condamner à verser des dommages-intérêts en réparation de leur faute pénale, tandis que la seconde avait pour objet de voir restituer à la Caisse de garantie des fonds reçus, indépendamment de toute responsabilité de ces derniers, la cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif inopérant, a violé l'article 1351 du code civil, ensemble le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ;



3°/ que les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; que l'action paulienne ne peut être exercée que si son auteur est détenteur d'un principe certain de créance au moment de l'acte argué de fraude ; qu'en se bornant à énoncer, pour décider que la Caisse de garantie justifiait d'une créance antérieure aux dons effectués par M<sup>me</sup> Laurence X..., que les décisions pénales avaient établi qu'une partie des fonds qu'elle avait détournés était destinée aux membres de sa famille, tandis qu'elle était tenue à une obligation de leur représentation, et qu'elle avait mis en place un système organisé destiné à dissimuler leur origine frauduleuse, sans avoir déterminé les différentes créances qui fondaient l'action de la Caisse de garantie, correspondant aux fonds remis à M<sup>me</sup> Laurence X...et qu'elle avait la charge de représenter, ni les dates auxquelles ces créances étaient nées afin d'établir qu'elles étaient antérieures aux donations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1167 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, qu'ayant exactement énoncé que lorsque l'action paulienne tend à la révocation d'actes consentis à titre gratuit, la preuve de la complicité des tiers bénéficiaires n'est pas requise, la cour d'appel en a justement déduit que la connaissance qu'aurait pu avoir M. X...et M<sup>me</sup> Anne X...de l'origine frauduleuse des sommes reçues était indifférente et que, dès lors, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée était inopérante ;

Et attendu, ensuite, qu'en retenant, par motifs adoptés, que conformément à l'article R. 814-37 du code de commerce, dès l'instant où un mandataire judiciaire reçoit des fonds, il en est à tout moment redevable, et qu'en conséquence, M<sup>me</sup> Laurence X...était comptable envers ses administrés, dans les droits desquels était subrogée la Caisse de garantie, des fonds qui lui avaient été confiés au moment où elle avait consenti les prêts et dons litigieux aux conjoints X...-Z..., la cour d'appel a légalement justifié sa décision d'accueillir la demande sur le fondement de l'action paulienne ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur la troisième branche du premier moyen du pourvoi incident :

Vu les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour déclarer irrecevables les demandes de la Caisse de garantie formées contre M. Y...sur le fondement de l'article 1167 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'arrêt retient que l'action paulienne exercée à l'encontre de celui-ci vise à la révocation des prêts, contrats à titre onéreux, pour lesquels la preuve d'une fraude est nécessaire et que, l'arrêt du 13 janvier 2012 ayant irrévocablement jugé que la preuve de la connaissance de l'origine frauduleuse n'était pas démontrée, cette constatation s'impose dans la présente instance et fait obstacle à la démonstration d'une fraude paulienne ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la Caisse de garantie faisait valoir, dans ses conclusions d'appel, que, sur le montant total de 200 000 euros remis par M<sup>me</sup> Laurence X...à M. Y..., seule la somme de 63 000 euros constituait un prêt, et en déduisait expressément que le surplus, soit 137 000 euros, constituait une donation pour laquelle elle n'avait pas à démontrer la complicité du bénéficiaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen du pourvoi incident :

Vu l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;

Attendu que, pour déclarer mal fondée l'action exercée par la Caisse de garantie à l'encontre de M. Y...sur le fondement de l'article 1382 du code civil, l'arrêt retient que l'existence non contestée de contrats de prêts fait obstacle à ce que la première agisse contre le second sur le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle à raison du défaut de restitution des sommes versées ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du premier moyen du pourvoi incident :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevable l'action de la Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à l'encontre de M. Y...sur le fondement de l'article 1167 du code civil, et en ce qu'il déclare mal fondée la demande subsidiaire formée par cette caisse contre M. Y...sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du code civil, l'arrêt rendu le 7 janvier 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

**2- Le tiers ne peut pas systématiquement invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, l'exécution imparfaite du contrat, même si elle lui a causé un dommage.** – Dans son fameux arrêt *Boot Shop*, l'Assemblée plénière a dit pour droit que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (*Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : JurisData n° 2006-035298 ; Bull. civ. ass. plén. n° 9 ; GAJC, 13<sup>e</sup> éd., t. 2, n° 177, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédy*). La compréhension la plus répandue de cette formule est qu'elle assimile l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat à une faute dont les tiers peuvent se prévaloir sur un fondement délictuel. Pourtant, cette approche s'est rapidement montrée trop catégorique. De temps à autre, en effet, un arrêt estimait qu'il fallait





prouver davantage qu'un « manquement contractuel » du débiteur pour le faire déclarer en faute envers le tiers. La chose a été remarquée dans la jurisprudence de la troisième chambre civile (ex. : *Civ. 3<sup>e</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.583 et 07-15.692* : *JurisData n° 2008-045481* ; *Bull. civ. III, n° 160* ; *RTD civ. 2009, p. 121, obs. P. Jourdain* ; *JCP G 2009, I, 123, n° 7, obs. Ph. Stoffel-Munck*) voire de la chambre commerciale (*Com. 28 janv. 2014, n° 12-27.703* : *JurisData n° 2014-001149* ; *Bull. civ. IV, n° 20* ; *RDC 2014, p. 365, obs. crit. S. Carval* ; *RTD civ. 2014, p. 361, obs. H. Barbier*). On a même aperçu un étrange arrêt de la première chambre civile qui, alors que cette formation était à la pointe de la thèse consacrée par l'arrêt *Boot Shop*, a reproché à une cour d'appel d'avoir omis de « caractériser en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard [du demandeur] » (*Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, n° 10-17.691, inédit* : *JurisData n° 2011-032379* ; *D. 2012, p. 659, obs. D. Mazeaud*).

3. – Deux nouveaux arrêts, mieux charpentés, montrent que la formule de l'arrêt *Boot Shop* peut être appliquée avec nuance, alors qu'un troisième en fait au contraire une application péremptoire ; l'ensemble laissant un certain sentiment de désordre. Le premier arrêt émane de la chambre commerciale. Dans un acte de cession d'entreprise, les cédants avaient déclaré que la société cédée n'était pas tenue de contrats de prestation de service en cours. Or, elle était liée par convention avec un cabinet d'expertise comptable. Dans l'ignorance de ce point, les cessionnaires confièrent la comptabilité à un tiers et la société dut ensuite payer une indemnité de résiliation au cabinet évincé. Parce que ce préjudice ne leur était pas personnel, les cessionnaires ne pouvaient en réclamer réparation. C'est donc la société qui dut agir. La cour d'appel la débouta. Un pourvoi fut formé, invoquant la jurisprudence *Boot Shop*. Il est rejeté au motif que « saisie d'une demande de la société fondée sur la responsabilité délictuelle des cédants en raison d'un manquement aux engagements souscrits par eux envers les cessionnaires dans l'acte de cession et du dommage qui en était résulté pour elle, sans qu'il soit établi ni même allégué que ce manquement contractuel constituait une faute quasi-délictuelle à son égard, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société n'était pas fondée à se prévaloir d'une violation des stipulations contractuelles de l'acte de cession » (***Com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, inédit*** : *D. 2017, p. 1036, obs. D. Mazeaud* ; *AJ Contrats 2017, p. 191, note A. Lecourt*). Cet arrêt exprime donc nettement (« à bon droit ») que l'identité des deux fautes ne va pas de soi : il faut l'alléguer et l'établir. Cela aurait pu être fait sans difficulté ici, ce qui rend la solution concrète d'autant plus sévère car la société demanderesse perd son procès simplement pour avoir fait l'économie de cette démonstration et s'être trop reposée sur la lecture habituelle qu'on fait de l'arrêt *Boot Shop*. Le deuxième arrêt, émanant de la troisième chambre civile, ne se borne pas à appuyer la distinction des questions contractuelle et délictuelle. Il en précise l'articulation en jugeant que « des motifs [...] tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle » dont les tiers pourraient se prévaloir (***Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2017, n° 16-11.203*** : *JurisData n° 2017-009410* ; *RTD civ. 2017, p. 651, obs. H. Barbier* ; *Gaz. Pal. 26 sept. 2017, p. 33, note D. Houtcieff* ; *AJ Contrat 2017, n° 8, p. 377, note F. Chénéde* ; *Resp. civ. et assur. 2017, comm. 212, obs. L. Bloch* ; *Contrats, conc., consom. 2017, comm. 163, note L. Leveneur* ; *Gaz. Pal. 27 juin 2017, p. 14, note D. Mazeaud* ; *Dr. et patrimoine 2017, n° 273, p. 55, obs. A. Hontebeyrie* ; *RDC 2017, p. 425, obs. J.-S. Borghetti*). En l'espèce, un entrepreneur avait effectué des travaux de chauffage et climatisation au sein d'une copropriété. Alors qu'il s'était contractuellement engagé à livrer un ouvrage exempt de vices, une condensation anormale se révéla dans un local professionnel voisin. Son propriétaire comme son locataire firent le lien entre ce dommage et les travaux et agirent contre l'entrepreneur. Celui-ci fut condamné par les juges du fond car la présence manifeste d'un vice établissait qu'il avait manqué à respecter son engagement, ce dont les tiers pouvaient se prévaloir au plan délictuel à son encontre. Leur décision est censurée au visa de l'article 1382 du Code civil et sur le motif ci-dessus reproduit. Si cette cassation a parfois été critiquée (ex. *L. Leveneur, note préc.*), nous serions mal venus à faire de même dans la mesure où nous avons suggéré cette exacte solution (*La relativité de la faute contractuelle* : *RDC 2007, p. 365, spéc. n° 5*). En prenant l'exemple d'un réparateur d'ascenseur qui aurait promis de remettre en marche l'appareil et y aurait échoué, nous avons soutenu que son client pourrait engager la responsabilité de l'entrepreneur sur ce seul constat mais que les tiers, tels que les locataires habitant l'immeuble, devraient prouver davantage que l'absence du résultat promis. Il leur appartiendrait spécialement de démontrer un manque de diligence ou de savoir-faire imputable à l'ascensoriste, quitte à le faire par voie de présomption, étant précisé que le professionnel pourrait alors renverser celle-ci en démontrant s'être conformé aux règles de l'art. Cette proposition ne nous paraissait pas contraire à la doctrine de l'arrêt *Boot Shop* mais correspondre à une de ses lectures possibles, alternative à l'affirmation dogmatique de l'identité systématique de toute inexécution à une faute délictuelle. Un raisonnement en deux temps soutenait cette analyse. Reprenons-le. Le premier temps consiste à prendre au sérieux la notion de faute à laquelle renvoie le visa de l'article 1382 qu'a employé l'arrêt *Boot Shop*. Or, loin de la définition tautologique qui voit dans la faute le manquement à une obligation préexistante, la qualification de faute exprime un jugement de valeur sur un comportement. Par suite, le seul constat de l'absence du résultat promis ne suffit pas, en principe, à caractériser une faute au sens de l'article 1382. C'est ce que décide aujourd'hui la troisième chambre civile. Dans un second temps, il faut déterminer ce qu'est le « manquement contractuel » que doit alors prouver le tiers. S'il ne peut pas se borner à établir la non-conformité de la prestation



fournie au regard de celle promise, il reste au tiers à démontrer en quoi le comportement du débiteur dans l'exécution n'a pas correspondu au degré de soins, de compétence et de loyauté que le créancier était fondé à attendre de lui. Ce ne sera pas toujours une preuve facile, mais elle est loin d'être impossible (comp. *M. Bacache, Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties : D. 2016, p. 1454, n° 16*), d'autant qu'elle peut être faite par présomption. En somme, le manquement contractuel consiste à avoir manqué à se comporter comme un « bon père de famille » l'aurait fait dans les mêmes circonstances. Un tel manquement peut assez bien être considéré comme une faute à l'égard de tous car chacun, même un tiers, est fondé à escompter que ceux qui promettent essaieront sérieusement de tenir : *pacta sunt servanda*. Au final, cette lecture de la fameuse formule de l'arrêt *Boot Shop* n'est pas très éloignée de la préconisation du rapport *Terré* selon qui « la seule existence d'un dommage subi par un tiers du fait de l'inexécution d'une obligation par un contractant n'engage pas la responsabilité de celui-ci envers les tiers ». Il faut effectivement plus que la preuve d'une « inexécution » comprise comme le défaut de fourniture de la prestation convenue (l'impayé *lato sensu*) ; il faut prouver l'irrégularité du comportement qui est à son origine, irrégularité qui ne s'apprécie cependant pas indépendamment de toute analyse de ce à quoi le contrat obligeait. Un troisième arrêt montre toutefois que cette approche n'est certainement pas celle de la première chambre civile. Dans une espèce où un tiers ne reprochait rien d'autre à un emprunteur que le non-remboursement du prêt qu'il avait contracté, cette formation juge que cet impayé suffit à caractériser une faute délictuelle (***Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2017, n° 16-04. 096 : RDC 2017, p. 425, obs. J.-S. Borghetti***). Cette solution péremptoire contredit les approches plus nuancées évoquées plus haut. Il faut donc constater qu'une divergence s'est à nouveau installée Quai de l'Horloge entre les différentes chambres de la Cour de cassation. Ce n'est pas tout à fait étonnant tant la solution de l'arrêt *Boot Shop* était équivoque et insuffisante. Les moutures successives des projets de réforme du droit de la responsabilité civile sur la relativité de la « faute contractuelle » témoignent, il est vrai, de la difficulté de l'ouvrage (*N. J.-S. Borghetti, La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile : D. 2017, p. 1846*). À cet égard, et sans entrer dans le détail, signalons que l'essentiel de la difficulté consiste à savoir de quelle faute on parle et qui peut s'en prévaloir. Nous nous sommes exprimés sur le premier point. Sur le second, l'actuelle proposition de réserver l'action aux tiers « intéressés » et d'en faire une action contractuelle et non délictuelle, permet sans doute de réaliser un équilibre entre les prévisions du débiteur, notamment en lui maintenant le bénéfice de l'article 1150 du Code civil (*C. civ., art. 1231-3 nouveau*), et les attentes de ceux qui, quoique tiers, ont pu prendre des décisions graves en spéculant sur le fait que le débiteur avait les moyens et la volonté d'honorer sa promesse. Encore faut-il, toutefois, que cette attente ait existé avant la défaillance. Cela suppose donc que le tiers ait au moins connu l'existence du contrat et en ait tiré à conséquence. L'observation restreint la notion de « tiers intéressé » tout en l'ouvrant davantage que d'autres propositions doctrinales, telle que celle qui cantonne le rayonnement de la faute à l'intérieur des groupes de contrats. Cette précision ne marquerait cependant pas la fin du chemin vers une bonne réforme, tant les complications inhérentes à la dérelativisation de la faute contractuelle sont nombreuses (*J.-S. Borghetti, La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile : D. 2017, p. 1846*).



# Thème 8

## Les sanctions de l'inexécution du contrat

### Plan du thème

#### Section 1 – DISPOSITIONS COMMUNES

##### § 1. Choix des sanctions

*A. Liberté de choix*

*B. Mise en œuvre du choix*

##### § 2. Force majeure

*A. Notion de force majeure*

*B. Conséquences*

#### Section 2 – TYPOLOGIE DES SANCTIONS

##### Sous-section 1 – Exception d'inexécution

###### § 1. Conditions

###### § 2. Effets

##### Sous-section 2 – Exécution forcée

###### § 1. Exécution forcée par le débiteur

*A. Un droit*

*B. Un droit limité*

1) Impossibilité

2) Disproportion

###### § 2. Exécution forcée par un tiers

## Sous-section 3 – Réduction du prix

## Sous-section 4 – Résolution du contrat

### § 1. Modes de résolution

#### *A. Résolution conventionnelle : la clause résolutoire*

- 1) Conditions
- 2) Contrôle de la clause

#### *B. Résolution par notification*

- 1) Conditions
- 2) Contrôle du juge
- 3) Cumul avec les autres modes de résolution

#### *C. Résolution judiciaire*

- 1) Conditions
- 2) Délai d'action

### § 2. Effets de la résolution

#### *A. Anéantissement pour l'avenir*

#### *B. Restitutions*



# Les sanctions de l'inexécution du contrat

## Introduction

1. Les sanctions de l'inexécution du contrat sont totalement refondues par la **réforme** et font l'objet d'une section à part entière dans les effets du contrat (art. 1217 à 1231-7). Trois traits principaux sont à relever : la **clarification** de textes obscurs et obsolètes ; **l'innovation** dans l'encadrement de l'exécution forcée en nature et l'introduction de la réduction du prix ; le **statu quo** pour la responsabilité contractuelle. L'ensemble de ces sanctions inclut la responsabilité contractuelle, traitée dans le thème suivant, qui a cette particularité de nécessiter un préjudice en plus de l'inexécution. Avant de préciser les différentes sanctions possibles (2), la réforme présente des dispositions qui leur sont communes (1).

## Section 1 – DISPOSITIONS COMMUNES

### § 1. Choix des sanctions

#### A. Liberté de choix

2. Les sanctions sont laissées au **libre choix du créancier** de l'obligation inexécutée, qui peut désormais choisir parmi les 5 sanctions de l'inexécution, alternativement ou cumulativement : exception d'inexécution, exécution forcée, réduction du prix, résolution du contrat ou/et dommages et intérêts (art. 1217). C'est une reprise, élargie à toutes les sanctions, de l'ancien article 1184 qui laissait le libre choix au créancier entre la résolution et l'exécution forcée. Ce libre choix s'oppose à l'instauration d'une hiérarchie des sanctions comme elle peut exister, par exemple, en droit de la consommation concernant la non-conformité des biens vendus (hiérarchie instaurée par la directive européenne 99/44 transposée en 2005, cf. c. consom., art. L. 217-9 s.), ou encore comme l'avait pu le suggérer le projet Terré à travers un droit de correction au débiteur (art. 99), à l'instar des projets européens et internationaux.

3. Ce libre choix sur le fond peut cependant s'avérer **parfois inefficace sur le terrain procédural** du fait de l'interprétation par la Cour de cassation des principes de concentration des moyens et des demandes, appliqués à l'option de l'ancien article 1184. En effet, alors qu'auparavant cette option demeurait tant qu'une décision passée en force de chose jugée n'avait pas statué sur la demande initiale en résolution du contrat (**Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009**<sup>1</sup>), la 3<sup>e</sup> chambre civile (**Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janv. 2010**<sup>2</sup>), puis dernièrement la 2<sup>e</sup> chambre civile (**Civ. 2<sup>e</sup>, 8 sept. 2011**, n° 09-13086, *RTD civ.* 2011. 762, obs. B. Fages), juge désormais la demande en résolution irrecevable en appel, parce que ne tendant pas aux mêmes fins et donc nouvelle (en revanche, le demandeur poursuit la même fin par une demande en exécution forcée en nature et par équivalent : **Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 2016**, n° 15-12.291). Le créancier a donc intérêt à concentrer toutes ses demandes dès la première instance, sous peine de devoir intenter un autre procès pour demander la ou les sanctions qu'il aurait omis de demander initialement.



#### À noter

Dans un arrêt isolé, mais remarqué, la Cour de cassation a imposé une exécution en nature proposée par le débiteur de l'obligation inexécutée au créancier qui n'avait demandé que des dommages et intérêts. L'arrêt rendu en matière de bail pourrait cependant se circonscrire à ce seul domaine. **Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013**, n° 12-13.734, *JCP* 2013. 974, obs. Grosser, *RTD civ.* 2013. 603, obs. Barbier ; *RDC*. 2013. 890, note Genicon ; *ibid*, obs. Viney.

1. n° 08-11.326, *RTD civ.* 2009. 316 s. obs. Fages, *RDC*. 2009. 1004 obs. Genicon, *JCP* 2009. 273 n° 30 obs. Grosser, *D.* 2010. 224 obs. Fauvarque-Cosson.

2. n° 09-65272, *RDC*. 2010/3 p. 825 obs. Génicon et p. 909 obs. Seube.



4. Le libre choix du créancier entre les cinq sanctions proposées par le nouvel article 1217 comporte une **double limite**, outre le respect des conditions nécessaires au prononcé de chaque sanction (*cf. infra*). Tout d'abord, le créancier ne peut pas cumuler des sanctions **incompatibles** entre elles, c'est-à-dire les sanctions qui auraient des effets contradictoires (par ex. l'exécution forcée du contrat et son anéantissement par la résolution). Ensuite, les parties restent libres **d'aménager conventionnellement** les sanctions de manière à en privilégier certaines ou à en exclure d'autres, sans pouvoir certainement les exclure toutes sous peine de vider substantiellement l'obligation principale (*cf.* Thème 5 n° 12 s.). Les quelques dispositions du code de 1804 sur les sanctions n'étaient, en effet, pas d'ordre public, et rien ne démontre qu'elles le deviendraient (pour un arrêt rendu à propos de la possibilité de renoncer contractuellement au droit de demander la résolution judiciaire du contrat : **Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011**, n° 10-26.203, *D.* 2011. 2795 ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2011. 1272, n° 47, obs. Delobel, et 2012. Chron. 63, n° 17, obs. Grosser ; *LEDC* 2011, n° 11, p. 4, obs. Deshayes, dès lors que la volonté est claire et non équivoque : **Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juill. 2016**, n° 14-26.958, *D.* 2016. 1647, *RTDciv.* 2016. 856 obs. Barbier. Pour la résolution unilatérale : **Com., 15 déc. 2009**, n° 08-10.148, *JCP* 2010. 516, n° 30 obs. Grosser).



### Actualité

Dans un arrêt du 14 février 2019, la troisième chambre civile a précisé que « la stipulation de sanctions à l'inexécution du contrat (à savoir en l'espèce des pénalités de retard] n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations » (n° 17-31665, *PBI*).

## B. Mise en œuvre du choix

5. Sauf l'exception d'inexécution, la mise en œuvre de toutes les sanctions requiert une **mise en demeure préalable**, favorisant ainsi l'exécution du contrat en donnant une chance supplémentaire au débiteur (en matière de résolution judiciaire, l'assignation vaut mise en demeure). Aucune autre précision n'est apportée par la réforme, notamment quant au délai qu'elle doit proposer. Celle-ci reste soumise au devoir de bonne foi (art. 1103), obligeant donc le créancier à mettre en demeure le débiteur dans des circonstances loyales en proposant un délai raisonnable d'exécution (v. en matière de responsabilité contractuelle exigeant un «délai raisonnable», art. 1231, *cf.* Thème 9 n° 29). Rien n'est précisé non plus sur l'éventuelle exception à l'exigence de la mise en demeure, comme en matière de responsabilité qui exclut la mise en demeure lorsque l'inexécution est «définitive» (*cf.* Thème 9, n° 29).

6. La mise en demeure est l'acte par lequel le créancier demande au débiteur en situation d'inexécution de satisfaire à ses obligations. Sa forme est libre (voie d'huissier ou lettre simple), l'essentiel étant que la sommation soit suffisamment explicite pour être comprise comme telle (art. 1344). Ses modalités sont précisées dans le cadre du régime des obligations (art. 1344 s.).

## § 2. Force majeure

### A. Notion de force majeure

7. La force majeure est un **événement qui empêche l'exécution** de son obligation par le débiteur. La réforme en instaure une définition légale dans le cadre des dispositions communes à toutes les sanctions de l'inexécution du contrat, abandonnant toute référence à la cause étrangère (nouv. art. 1218). Cette définition, reprenant, avec une certaine liberté, les conditions admises antérieurement en jurisprudence, limite son champ à la seule « matière contractuelle ». Il faudra donc attendre la réforme à venir de la responsabilité délictuelle pour apprécier les réelles différences.

8. La force majeure doit toujours réunir **trois conditions**, que la réforme ne résume plus en seulement trois mots mais en utilisant des périphrases qui en précisent le sens. La première est l'existence d'un « **événement échappant au contrôle du débiteur** » qui fait écho à la condition traditionnelle d'extériorité (pour un arrêt rappelant l'existence de la condition d'extériorité : *Civ. 3<sup>e</sup>, 17 févr. 2010*, n° 08-20.943,



RDC. 2010. 818 obs. Génicon), bien que le Rapport remis au Président de la République sur la réforme entend abandonner cette exigence antérieure. Moins le caractère extérieur, l'essentiel est que le débiteur n'ait pas eu le pouvoir d'empêcher la réalisation de l'événement. Ainsi, la maladie affectant la personne même du débiteur peut être considérée comme échappant à son contrôle (par ex. **Ass. Plén., 14 avr. 2006**<sup>3</sup>), mais non les personnes dont le débiteur doit répondre (par ex., l'entreprise ne peut invoquer la force majeure en désignant le fait de son préposé : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010, n° 09-16.967 ; *RLDC* 2010 n° 77). Une difficulté constante reste le cas de la grève pour laquelle la jurisprudence est très casuistique.

9. La deuxième condition est **l'imprévisibilité** de l'événement, celle-ci étant une imprévisibilité **raisonnable au moment de la conclusion du contrat**. C'est cette condition que l'assemblée plénière avait réaffirmée par deux arrêts, l'un en matière contractuelle, l'autre en matière délictuelle (**AP, 14 avr. 2006**, préc. Cf. ég. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2008<sup>4</sup> ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 2009, n° 08-21.645 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 17 févr. 2010, n° 08-20.943, *RDC*. 2 010. 847 obs. Carval ; Com., 30 oct. 2012, n° 11-25.485, *CCC* 2013, comm. 2 Leveneur) après avoir été mise de côté pendant près d'une décennie par la première chambre civile de la Cour de cassation qui considérait alors qu'un événement prévisible mais dont les précautions avaient été prises pour empêcher sa réalisation pouvait constituer un cas de force majeure dès lors qu'il était irrésistible (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 1994<sup>5</sup> ; Com., 1<sup>er</sup> oct. 1997<sup>6</sup> ; Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mars 1998, *Bull. civ.* II, n° 9 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2002<sup>7</sup>). Même si cette condition est désormais rappelée par les tribunaux, la Cour de cassation est encore floue dans son application, notamment lorsqu'est en jeu la responsabilité de la SNCF pour laquelle la Cour de cassation est **particulièrement sévère** (cf. not. obs. Jourdain, *RTD civ.* 2007. 574 ; H. Groutel, Exonération de la SNCF : toutes les voies sont fermées, *RCA*. 2007. Repère 2 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, n° 05-10.783 ; *Bull. civ.* I, n° 511 ; **Ch. Mixte, 28 nov. 2008**<sup>8</sup>).



#### À noter

La 1<sup>re</sup> chambre civile semble amorcer un mouvement de clémence vis-à-vis de la SNCF en reconnaissant que l'agression d'un passager, à la suite de laquelle il est décédé, constitue un cas de force majeure du fait de son caractère imprévisible et irrésistible. Si une telle position peut sembler normale, telle n'était pas celle de la Cour de cassation ces dernières années. **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 2011**, n° 10-15811, *D.* 2011. 1817, obs. Gallmeister ; *D.* 2011. Pan. 53 obs. O. G. ; *RDC*. 2011. 1183, obs. Deshayes, *JCP* 2011. 1277, note. Paulin ; *CCC*. 2011 com. 230 obs. Leveneur.

10. La dernière condition fait écho à l'irrésistibilité que le nouvel article 1218 traduit comme des effets qui « ne peuvent être évités par des mesures appropriées ». Ainsi, si une société doit livrer un produit, elle ne peut opposer la défaillance de son propre fournisseur sauf à prouver qu'elle ne pouvait pas obtenir autrement et auprès de quelqu'un d'autre le bien en question (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2001, *Bull. civ.* I, n° 216 ; **AP, 14 avr. 2006**, préc. relatif au décès foudroyant du fournisseur seul capable d'honorer l'engagement contractuel. Voir également les circonstances d'un vol de téléphones portables : Com., 30 oct. 2012, préc.).

### B. Conséquences

11. Les conséquences d'un événement de force majeure empêchant l'exécution de l'obligation du débiteur sont doubles. Le premier effet porte sur la **responsabilité contractuelle** dont le débiteur se trouve exonéré (nouv. art. 1231-1. Cf. Thème 9 n° 32).

3. *D.* 2006. 1577, note Jourdain (2<sup>e</sup> esp.) ; *ibid.* Chron. 1566, par Noguéro ; *JCP* 2006. II. 10087, note Grosser (2<sup>e</sup> esp.) ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. Savaux ; *RLDC* 2006/29, n° 2129, note Mekki ; *RDC* 2006. 1083, obs. Laithier, et 1207, obs. Viney.

4. n° 07-17.134 ; *JCP* 2008. II. 10198, note Grosser ; *JCP* 2009. I. 123 n° 10, obs. Stoffel-Munck.

5. *Bull. civ.* I, n° 91 ; *RTD civ.* 1994. 871, obs. Jourdain.

6. *Bull. civ.* IV, n° 240 ; *JCP* 1998. I. 144 n° 13, obs. Viney.

7. *Bull. civ.* I, n° 258 ; *JCP* 2003. I. 152, n° 32 s., obs. Viney ; *CCC*. 2003, n° 53, note Leveneur (1<sup>re</sup> esp.) ; *RTD civ.* 2003. 301, obs. Jourdain ; *RDC* 2003. 59, obs. Stoffel-Munck.

8. n° 06-12.307, *D.* 2009. 461 note Viney ; *JCP* 2009. II. 10011 note Grosser.





### À noter

Dans un arrêt donnant lieu à des interprétations divergentes (lire utilement Y.-M. Laithier, RDC 2015. 21), la Cour de cassation a considéré que « **le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure** » (Com., 16 sept 2014, n° 13-20306, D. 2014. 2217, note François ; JCP 2014, 1117, note Mazeaud ; RTDciv. 2014. 890, obs. Barbier ; RDC. 2015. 21, obs. Laithier ; *ibid.* p. 27, note Deshayes). Il s'agissait d'une caution atteinte d'une maladie grave l'ayant contraint à cesser de travailler et qui invoquait, pour éviter d'honorer la dette du débiteur principal, sa maladie au titre d'un cas de force majeure.

**12.** Le deuxième effet porte sur le **devenir des obligations contractuelles**. Le nouvel article 1218 opère une distinction selon que l'empêchement est ou non temporaire. **Si l'empêchement est temporaire**, l'exécution de l'obligation du débiteur est simplement suspendue. Le contrat demeure donc, « à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat », résolution qui devrait emprunter l'une des voies désormais possibles légalement (*cf. infra* n° 32 s.). Rien n'est dit sur le sort de l'obligation corrélative du créancier : est-elle également suspendue ou doit-il continuer son exécution ? Cette question devrait être résolue, comme par le passé, sur le terrain de la théorie des risques : selon que les risques de la force majeure pèsent ou non sur le créancier, celui-ci devra ou non exécuter sa propre obligation.

**13.** Si **l'empêchement est définitif**, le nouvel article 1218 impose une résolution « de **plein droit** » du contrat, ce qui avait auparavant suscité des positions doctrinales et jurisprudentielles divergentes (la 1<sup>re</sup> chambre civile considérait que la résolution devait suivre l'ancien article 1184 : Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1982, Bull. civ. I, n° 205, RTD civ. 1983. 340, obs. Chabas ; Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 2009, n° 08-13.824 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09-70.502 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2014, n° 13-24633, D. 2015. 529, obs. Mekki : « *la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive et quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait du fait d'un tiers ou de la force majeure* ». Différence de la chambre commerciale : Com., 28 avr. 1982, Bull. civ. IV, n° 145 ; Defrénois 1983. 334 n° 14 obs. Aubert : « une demande en résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire »). Les **parties sont alors libérées** de leurs obligations « dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».



### Memo

La **réforme clarifie et ordonne** les sanctions de l'inexécution du contrat.

**Cinq sanctions** sont laissées au **libre choix** du créancier de l'obligation inexécutée : exception d'inexécution, exécution forcée en nature, réduction du prix, résolution du contrat et/ou responsabilité contractuelle.

Toutes nécessitent une **mise en demeure préalable** à leur mise en œuvre.

La **force majeure**, empêchant l'exécution de son obligation par le débiteur, est **définie légalement** en s'inspirant de la jurisprudence antérieure.

Elle réunit **trois conditions** :

- l'existence d'un événement échappant au contrôle du débiteur,
- raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat,
- aux effets inévitables quelles que soient les mesures appropriées.

Les **effets de la force majeure** sont triples :

- elle **exonère** le débiteur de toute responsabilité contractuelle ;
- elle **suspend** l'exécution de l'obligation du débiteur si l'empêchement est temporaire ;
- elle conduit à la **résolution de plein droit** du contrat si l'empêchement est définitif, libérant ainsi les parties de leurs obligations respectives.





## Section 2 – TYPOLOGIE DES SANCTIONS

14. Outre la responsabilité contractuelle qui suppose un préjudice à réparer (*cf.* Thème 9), l'inexécution d'une obligation peut donner lieu à 4 autres sanctions : l'exception d'inexécution (1) l'exécution forcée (2), la réduction du prix (3) et la résolution du contrat (4).

### Sous-section 1 – Exception d'inexécution

15. L'exception d'inexécution est le droit du créancier d'une obligation inexécutée de ne pas exécuter sa propre obligation tant que le débiteur ne s'est pas exécuté lui-même. Alors qu'aucun texte du Code civil ne reconnaissait l'exception d'inexécution de manière générale, sauf quelques textes épars concernant certains textes spéciaux (par ex. art. 1612 et 1653 pour la vente), la **réforme** la consacre dans une première sous-section dédiée (art. 1219 et 1220).

#### § 1. Conditions

16. Concernant les **obligations**, d'abord, cette sanction implique des obligations à la charge des deux parties, sans préciser si elles doivent être réciproques. Elles peuvent découler de conventions distinctes dès lors que ces conventions sont liées (par ex. Com., 12 juill. 2005<sup>9</sup>).

17. Concernant **l'inexécution**, ensuite, celle-ci doit être **prouvée** et s'avérer suffisamment **grave** pour justifier une telle sanction (nouv. art. 1219). Si elle est disproportionnée, le juge pourra ne pas l'admettre en cas de contestation (Pour une application récente de l'exigence de proportionnalité : **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2016**, n° 15-20.834, CCC 2016, comm. 184, Leveneur ; RDC 2016. 654, note Deshayes ; D. 2017. 375, obs. Mekki).

18. Une **innovation** notable de la réforme est l'exception d'inexécution **anticipée** que proposait le projet Terré (art. 104) et qui permet au créancier de suspendre sa propre exécution avant même l'inexécution du débiteur. Cette faculté permet de limiter le dommage prévisible à venir tout en constituant un moyen de pression anticipée. **Deux conditions** doivent être remplies : le caractère manifeste de l'inexécution à l'échéance et la gravité de l'inexécution pour le créancier. Le créancier qui y recourt doit alors le notifier au débiteur « dans les meilleurs délais » (art. 1220). Le créancier qui ferait un mauvais usage de cette faculté s'exposerait aux sanctions de l'inexécution à son détriment.

#### § 2. Effets

19. S'agissant d'une justice privée, sans juge, celui qui l'invoque n'a pas d'autorisation à demander ; il lui suffit de **suspendre** lui-même sa propre exécution. Son cocontractant reste tenu d'exécuter car le contrat est maintenu.

20. Cette situation ne peut être que **temporaire**. Si le débiteur de l'obligation inexécutée finit par s'exécuter, alors le contrat reprend son cours et la suspension est levée. Mais s'il persiste dans l'inexécution, la seule issue est alors la résolution du contrat.



#### Mémo

L'exception d'inexécution permet au créancier d'une obligation inexécutée de **suspendre** sa propre exécution tant que le débiteur ne s'est pas exécuté.

Elle n'est admise que si l'inexécution est suffisamment **grave**.

À cette consécration jurisprudentielle, la **réforme** a ajouté une innovation : la **suspension anticipée**, qui n'est possible, en plus de la gravité de l'inexécution, que si celle-ci est d'ores et déjà manifeste.

Cette sanction a vocation à n'être que **temporaire**.

9. n° 03-12.507, *JCP* 2005. I. 194 obs. Constantin, *RTD civ.* 2006. 307 obs. Mestre et Fages.



## Sous-section 2 – Exécution forcée

21. L'exécution forcée en nature est **clarifiée dans la réforme** dont le régime se distingue selon qu'elle se réalise par le débiteur ou par un tiers. La réforme **innove** cependant par une disposition très remarquée qui limite pour la première fois le droit du créancier à l'exécution forcée en nature, fruit de la force obligatoire du contrat.



### Actualité

Le projet de réforme de la responsabilité introduit, aux côtés de la réparation par équivalent, la « réparation en nature » pour les responsabilités contractuelle et extracontractuelle, notion difficile à distinguer de l'exécution forcée en nature en matière contractuelle : est-ce ou non la même chose dans l'esprit du rédacteur ?

Art. 1260 :

« La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage. »

Art. 1261 :

« La réparation en nature ne peut être imposée à la victime.

Elle ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime.

Sous les mêmes réserves, le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires. »

## § 1. Exécution forcée par le débiteur

### A. Un droit

22. L'exécution forcée était déjà présente dans le Code civil de 1804 à l'ancien article 1184, abordée alors comme alternative à la résolution du contrat. Elle est aujourd'hui abordée de manière autonome dans la réforme à l'article 1221 du Code civil. Étant en nature, le droit qu'elle ouvre au créancier de l'obligation inexécutée tire sa source de la **force obligatoire du contrat**. Avant la réforme, la jurisprudence le considérait comme un droit particulièrement étendu : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005**<sup>10</sup>. – **Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2007**<sup>11</sup>).

23. Le régime de l'exécution forcée en nature est **unifié** sans qu'il faille distinguer selon les types d'obligations qui ont été supprimés par la réforme (suppression de la distinction faire, ne pas faire, donner). L'ancien article 1142 a disparu et avec lui ses ambiguïtés desquelles la jurisprudence avait tiré l'impossibilité de l'exécution forcée pour les promesses unilatérales de vente (*cf.* Thème 2, n° 27 s.). Seul l'exercice du droit à l'exécution en nature pourra prendre des formes différentes selon l'objet des obligations. Ainsi, si le transfert de propriété, se réalisant en principe *solo consensu* (art. 1196), est différé par les parties et subordonné à la réalisation d'un acte solennel, le juge considère que le jugement vaut acte authentique et transfert de propriété.

24. Le nouvel article 1221 du Code civil pose une **condition préalable** à l'exercice de ce droit : le créancier doit d'abord **mettre en demeure** le débiteur de s'exécuter avant de le poursuivre en exécution. Introduite de manière générale pour toutes les sanctions, elle laisse ainsi une chance à l'exécution volontaire.

10. *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RDC*. 2006. 323 obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2005. 596 obs. Mestre et Fages. Pour une analyse comparatiste de l'arrêt, *cf.* Fauvarque-Cosson, *RDC*. 2006. 529.

11. n° 06-13.983, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *D.* 2007. 1119, note Gout ; *ibid.* Pan. 2973, obs. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2007. I. 161, n° 6 obs. Mekki ; *CCC* 2007, n° 144, note Leveneur ; *RDC* 2007. 719 obs. Mazeaud, et 741, obs. Viney ; *RTD civ.* 2007. 342, obs. Mestre et Fages.



## B. Un droit limité

### 1) Impossibilité

**25.** Conformément à la jurisprudence dégagée antérieurement sur le fondement de l'ancien article 1184, la réforme reprend la limite de **l'impossibilité de l'exécution**. Celle-ci peut être **matérielle** (impossibilité de livrer un véhicule acheté en raison de l'arrêt du modèle : Com., 5 oct. 1993, n° 90-21.146, *Bull. civ. IV*, n° 313), **juridique** (obstacles des voies d'exécution, des procédures collectives ou des procédures d'insolvabilité des consommateurs pour les obligations monétaires) ou **morale** (comme le caractère éminemment personnel de l'exécution).

**26.** L'exécution forcée doit **être demandée par le créancier** ; si celui-ci la refuse, elle ne peut être imposée par le débiteur (bien que se plaçant sur le terrain de la responsabilité et la réparation en nature, cet arrêt peut être appliqué à l'exécution forcée en nature : Civ. 3<sup>e</sup>, 28 sept. 2005<sup>12</sup>).

### 2) Disproportion

**27.** Une des dispositions les plus discutées de la **réforme**<sup>13</sup> du fait de son atteinte à la force obligatoire du contrat, une **nouvelle limite** est désormais imposée au droit à l'exécution en nature : la « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur *'de bonne foi'* (notion rajoutée par la loi de ratification) et son intérêt pour le créancier ». Proposée dans le projet Terré, à l'instar des projets européens et internationaux, cette limitation vise à **s'opposer à une jurisprudence** de la Cour de cassation qui refusait de prendre en compte la gravité du manquement et les conséquences de la sanction choisie par le créancier (**Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 2013**, n° 12-16.217, *JCP* 2013. 974, obs. Grosser ; *RDC* 2014. 22, note Laithier. Ég. **Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005**, préc. Civ. 1<sup>re</sup>, **16 janv. 2007**, préc.).



#### À noter

L'arrêt rendu le **11 mai 2005** est emblématique des difficultés que cause le droit à l'exécution forcée. Il s'agissait d'une maison construite avec 33 cm de moins que ce qui était conventionnellement prévu. Alors que la cour d'appel refusa d'ordonner l'exécution forcée demandée consistant à détruire la maison pour la reconstruire, la Cour de cassation cassa l'arrêt au visa de l'art. 1184 avec la formulation générale : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ».

Les conséquences de l'exécution forcée, qui se fonde sur la force obligatoire du contrat, sont ici extrêmes et peuvent se critiquer au regard de la disproportion flagrante entre l'intérêt retiré de l'exécution forcée par le créancier et les désagréments que cette exécution forcée fait peser sur le débiteur. La responsabilité pourrait, dans de telles circonstances, être envisagée comme une sanction plus adéquate.

Cette position, généralement dans des affaires de construction, a été rappelée plusieurs fois pour des faits similaires d'inexécution partielle : **Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 2009**, n° 08-14.505, *D.* 2009. 1418 (pour 35 cm de différence pour la construction d'une maison, suffisant à condamner le promoteur à financer la démolition-reconstruction de l'ouvrage) ; **Civ. 3<sup>e</sup>, 16 juin 2015**, n° 14-14612, *JCP* 2015 doct. 1261, n° 9, obs. Grosser ; *RDC* 2015. 839, note Genicon ; *RTDciv.* 2016. 107, obs. Barbier (pour l'erreur d'implantation des constructions nouvelles ayant entraîné l'occultation partielle d'une fenêtre, condamnation à des dommages et intérêts d'un montant permettant la démolition et la reconstruction du bâtiment conformément aux stipulations contractuelles) ; **Civ. 3<sup>e</sup>, 21 janv. 2016**, n° 15-10.566, *JCP* 2016, doct. 345, obs. P. Grosser (démolition d'une extension d'un bâtiment, mais la Cour de cassation considérant la sanction « non disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte causée par l'extension litigieuse », faisant ainsi écho à la réforme à venir).

12. n° 04-14.586, *Bull. civ. III*, n° 180 ; *CCC.* 2006 n° 4 Leveneur ; *RDC* 2006. 818 obs. Viney ; *RTD civ.* 2006. 129 obs. Jourdain ; *Defrénois* 2006. 1507 obs. Périnet Marquet.

13. Pour des avis divergents : Mainguy D., L'exécution forcée : du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », *in* *Droit et patrimoine*, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 60 ; Genicon Th., Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature, *in* *Droit et patrimoine*, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 63.



## § 2. Exécution forcée par un tiers

28. À l'instar de l'ancien article 1144 du Code civil relatif à la **faculté de remplacement**, la **réforme** prévoit la possibilité pour le créancier de l'obligation inexécutée de recourir à un tiers afin qu'il exécute l'obligation à la place et aux frais du débiteur (art. 1222). Cette faculté était peu utilisée en matière civile en raison de l'exigence préalable d'une autorisation judiciaire, sauf cas d'urgence (dernièrement : Civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 2013, n° 11-29.011, *JCP* 2013. 974, obs. Grosser, Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janv. 2006<sup>14</sup>). Une fois autorisé et l'avance reçue par le débiteur, le créancier peut être condamné à faire exécuter l'obligation par un tiers, sauf à justifier d'un empêchement légitime (**Civ. 3<sup>e</sup>, 21 déc. 2017**, n° 15-24430) La **réforme a modifié le droit antérieur** en l'adaptant aux exigences de fluidité des rapports contractuels et de réduction anticipée des dommages provoqués par l'inexécution, en n'obligeant plus systématiquement à une autorisation préalable du juge (art. 1222). Deux situations se présentent :

**Soit** le créancier veut **obtenir l'exécution** de l'obligation, consistant en la réalisation d'une prestation positive, et alors l'autorisation judiciaire n'est plus nécessaire : il doit d'abord **mettre en demeure** le débiteur, puis faire exécuter l'obligation par un tiers « dans un **délai et à un coût raisonnables** ». Dans ce cas, le créancier devra avancer les frais et en demander son remboursement, sauf à ce que le débiteur accepte spontanément le paiement, ce qui est peu probable. Le juge n'interviendra qu'en cas de refus de paiement du débiteur ou de contestation.

**Soit** le créancier veut **détruire ce qui a été réalisé** en violation de l'obligation (prestation consistant à ne pas faire quelque chose), et alors la destruction ne peut se faire que sur **autorisation préalable du juge**, au frais du débiteur. Le créancier peut demander en justice une avance des frais au débiteur, pour l'exécution comme la destruction.



### Mémo

La **réforme clarifie** le régime de l'exécution forcée en nature du contrat tout en **innovant**.

Il reste un **droit** pour le créancier de l'obligation inexécutée, quelle que soit l'obligation en cause.

Il comporte **deux limites** :

- la première avait été dégagée par la jurisprudence : **l'impossibilité** matérielle, morale ou juridique ;
- la deuxième est une **innovation** très controversée de la réforme : la **disproportion** manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

Le créancier d'une obligation inexécutée souhaitant maintenir le contrat et obtenir satisfaction, peut également **faire exécuter le contrat par un tiers**. Contrairement au droit antérieur, **l'autorisation préalable du juge n'est plus systématiquement nécessaire** :

- dans le cadre de **l'exécution d'une obligation positive**, l'autorisation du juge n'est plus nécessaire et le créancier peut recourir à un tiers à deux conditions : une **mise en demeure** préalable à un **délai et un coût raisonnables**.
- dans le cadre de **l'exécution d'une obligation négative**, **l'autorisation du juge** est nécessaire pour détruire ce qui a été réalisé en violation de l'obligation.

## Sous-section 3 – Réduction du prix

29. La **réforme innove** en intégrant dans le droit commun des contrats la réduction du prix qui n'était aujourd'hui que parcellaire dans le cadre de certains contrats spéciaux (par ex. l'action estimatoire dans le cadre de vices cachés dans la vente, art. 1644. V. cependant en matière de dol, Thème 3, n° 38), et suggérée tant par le projet Terré (art. 107) que les projets européens (PDEC, art. 9 : 401 ; DCFR, art. 10 : 401). Le droit commun du contrat ne l'admettait pas directement (pour un ex. de refus : **Civ. 3<sup>e</sup>**,

14. n° 04-20.142, *Bull. civ.* III, n° 9 ; *D.* 2007. Pan. 1830, obs. Rozès ; *JCP* 2006. I. 123, n° 13 s., obs. Grosser ; *LPA* 11 déc. 2006, obs. Pimont.



**10 mars 2015**, n° 13-27660, CCC 2015, comm. 136, obs. Leveueur : cassation d'un arrêt d'appel ayant procédé à une réduction du prix du fait de la délivrance imparfaite d'une construction : « le juge ne peut pas modifier le prix de vente déterminé par les parties et le préjudice résultant de l'inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance ne peut être réparé que par l'allocation de dommages-intérêts », mais parfois indirectement à travers la responsabilité contractuelle jouant comme une compensation entre le prix initialement payé et les dommages-intérêts versés postérieurement ; cependant, un préjudice devait être prouvé (pour un ex. : **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2015**, n° 14-16.599, JCP 2015, doct 1261, n° 10, obs. Grosser). La réduction du prix consiste en une **réfaction du contrat** dans le cadre d'une **exécution imparfaite** de l'obligation, acceptée dès lors par le créancier, afin que le prix finalement payé soit proportionné à l'exécution effectivement réalisée mais non conforme à ce qui était contractuellement prévu (art. 1223).



#### Attention

Il ne faut **surtout pas confondre cette sanction avec une lésion** : la lésion est un déséquilibre initial des obligations au moment de la conclusion du contrat ; cette réduction du prix vise à résorber une exécution imparfaite d'obligations initialement équilibrées (ou supposées l'être).

**30. Deux conditions** sont nécessaires à l'application de cette sanction : une **mise en demeure** préalable et une réduction du prix qui soit **proportionnelle** à l'exécution partielle réalisée et prenant certainement en compte les éventuels dommages causés par l'inexécution. La rédaction issue de l'ordonnance laissait planer un doute sur le rôle du juge, ce que la **loi de ratification** a tenté de résorber en modifiant substantiellement la rédaction du texte. Désormais, l'art. 1223 distingue deux situations selon que le prix a été ou non totalement payé par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée :

- Soit le prix n'est pas totalement payé et alors « le créancier peut, après mise en demeure (...) notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire proportionnellement le prix ». Le texte ajoute que « l'acceptation du débiteur (...) doit être rédigée par écrit », jetant un trouble sur la nature du pouvoir ainsi conféré au créancier : pouvoir unilatéral ou simple sollicitation d'une réduction amiable ? C'est malheureusement la jurisprudence qui devra préciser le sens de cette « acceptation » attendue du débiteur.
- Soit le prix est totalement payé, et alors « à défaut d'accord entre les parties », le créancier « peut demander au juge la réduction du prix ».



#### Memo

La **réforme innove** en introduisant une nouvelle sanction de l'inexécution du contrat : **la réduction du prix**.

Elle intervient en cas **d'exécution imparfaite**, et à **deux conditions** :

- une **mise en demeure** préalable du débiteur ;
- une **réduction proportionnelle** du prix.

Il s'agit d'une sanction, *a priori*, **sans juge**, sauf désaccord ou contestation.

## Sous-section 4 – Résolution du contrat

**31.** La **réforme clarifie et structure** la résolution du contrat qui n'était envisagée que par un seul article du Code civil de 1804 (anc. art. 1184). Elle **consacre la jurisprudence Tocqueville** qui a introduit la résolution unilatérale en contrariété avec l'article 1184 et détrône ainsi le principe de la résolution judiciaire. Le nouvel article 1224 du Code civil présente, sur le même plan et sans hiérarchie, trois modes de résolution du contrat (1), avec des effets désormais clarifiés par la loi (2).



## § 1. Modes de résolution

### A. Résolution conventionnelle : la clause résolutoire

#### 1) Conditions

**32.** L'intérêt de la clause résolutoire est de conférer au créancier d'une obligation inexécutée le droit de **résoudre** le contrat, **de plein droit**, sans recours au juge. La réforme n'innovant pas ou peu quant à ce mode de résolution, l'essentiel de la jurisprudence antérieure peut être repris. Ainsi, le juge s'assure, en cas de contrôle, qu'il s'agit bien d'une clause résolutoire et non d'une clause se contentant d'aménager la résolution judiciaire (ex : Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 2011, n° 08-21781, *RLDC* 2011 n° 80) : elle doit donc, de manière **non équivoque**, manifester la volonté des parties de conférer un tel droit à l'une des parties (sinon la clause sera vue comme le simple rappel des règles de droit commun). Parce qu'elle entraîne la résolution automatique du contrat, la clause résolutoire est **d'interprétation stricte**, impliquant qu'elle ne puisse être mise en œuvre que pour un manquement à une stipulation expresse du contrat (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 sept. 2010, n° 09-10.339, *RLDC* 2010 n° 76). Ces clauses étaient d'autant plus importantes dans le droit issu du Code civil qu'elles constituaient la seule exception au principe de résolution judiciaire. Maintenant que la résolution par notification unilatérale est admise clairement, ces clauses vont avoir pour intérêt essentiel de préciser les étapes de la résolution : les conditions de fond et de forme nécessaires à son déclenchement et ses effets. C'est pourquoi le nouvel article 1225 précise désormais que la clause doit **préciser les engagements** dont l'inexécution entraînera la résolution.

**33.** À moins d'une précision contraire dans la clause (du type « résolution sans sommation ») qui soit « expresse et non équivoque » (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-15.655, D. 2015. 1677, note G. Poissonnier ; RTDciv. 2015. 875, obs. Barbier), le créancier doit préalablement à la résolution **mettre le débiteur en demeure** de s'exécuter (nouv. art. 1225 al. 2. V. ég. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, *préc.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2004<sup>15</sup>) : ce n'est qu'à l'issue du délai précisé dans la mise en demeure, qui doit elle-même **formellement mentionner** la clause résolutoire, que la résolution sera effective. Elle doit en outre être suffisamment claire pour que le débiteur prenne la mesure exacte des injonctions qui lui sont faites (pour un commandement de payer comportant des mentions contradictoires et ne précisant pas à quelle date la résolution serait acquise : **Com.**, 17 fév. 2015, n° 13-27117, JCP 2015, 563, note Y. Dagonne-Labbe).



#### Actualité

Dans un arrêt du 23 mars 2017, la troisième chambre civile a décidé qu'« une sommation de payer n'équivaut pas à une mise en demeure d'exécuter une obligation stipulée en nature » (n° 16-13060, PB). En effet, lorsque le contrat dans lequel est stipulée une clause résolutoire fait peser sur le débiteur une obligation d'entretien, soit une obligation portant sur une prestation en nature, la mise en œuvre de la clause résolutoire suppose une mise en demeure d'exécuter cette prestation et non une sommation de payer une somme d'argent, quand bien même cette somme correspondrait à l'équivalent monétaire de la prestation en nature inexécutée.

**34.** Cette clause n'est qu'une **faculté** pour le créancier qui peut très bien décider de saisir malgré tout le juge (nouv. art. 1227. V. ant. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 déc. 2014, n° 13-27332, D. 2015. 529 obs. Mekki, RTDciv. 2015. 378, obs. Barbier ; Civ. 3<sup>e</sup>, 29 avr. 1985, *Bull. civ.* III, n° 70 ; RTD civ. 1986. 108 obs. Mestre).

#### 2) Contrôle de la clause

**35.** S'il s'agit d'une clause résolutoire, le juge perd nécessairement son pouvoir d'appréciation sur la gravité de l'inexécution (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1986, *Bull. civ.* I, n° 279). Cependant, il peut vérifier que les conditions d'application de la clause sont bien remplies, c'est-à-dire qu'il y a bien eu une inexécution (selon les termes de la clause) et mise en demeure (sauf mention contraire dans la clause).

15. n° 01-02.020, CCC. 2004 n° 55, obs. Leveneur ; JCP 2004. II. 10149 note Treppoz.



**36.** Le juge s'est arrogé le droit de contrôler **la bonne foi dans l'application de la clause**, exercice d'une prérogative contractuelle (anc. art. 1134 al. 3) : celle-ci doit être invoquée de bonne foi sinon le juge refuse de l'appliquer (pour des applications récentes : **Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> fév. 2018**, n° 16-28684 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 8 sept. 2016, n° 13-28.063, AJDI 2016. 768 ; Com., 15 mai 2012, n° 10-26391 et 11-13972 et Civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 2012, n° 11-14456, *RTD civ.* 2012. 727, obs. Fages). Ce contrôle du juge, d'origine jurisprudentielle, se réalisera désormais sur le fondement du nouvel article 1104 du Code civil (*cf.* Thème 1, n° 18 s.). La loyauté s'apprécie au jour de l'exercice de la prérogative contractuelle, c'est-à-dire ici le jour de la mise en œuvre de la clause (Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2011, n° 10-12798, inédit, *RTD civ.* 2011. 534 obs. Fages). C'est là une des manifestations classiques de l'usage de la bonne foi par le juge comme moyen d'intervenir dans le contrat et d'assurer une certaine police du contrat, au-delà de la liberté contractuelle des parties.

**37.** Ainsi, a été considéré de mauvaise foi un créancier qui laisse un délai trop court au débiteur pour s'exécuter (Civ. 3<sup>e</sup>, 5 juin 1991<sup>16</sup>) ou un délai qui ne respecte pas les engagements contractuels dans un but d'éviction du débiteur (Com., 27 mai 2015, n° 11-20.996, JCP 2015, doct. 808, n° 10, obs. Grosser) ; un créancier qui réclame subitement le paiement d'une dette dont l'exécution n'avait pas été exigée depuis des années (ainsi, l'indulgence prolongée du créancier l'empêche de pouvoir subitement réclamer l'application de la clause résolutoire. Par ex. **Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1995**<sup>17</sup>. – **Civ. 1<sup>re</sup>, 16 fév. 1999**<sup>18</sup>) ; un bailleur qui souhaiterait faire cesser une exploitation concurrente d'un commerce qu'il posséderait par ailleurs (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 nov. 2010<sup>19</sup>).

**38. Seule la bonne foi du créancier** est prise en compte, peu importe celle du débiteur (**Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2003**<sup>20</sup>, *RDC*. 2004. 644, obs. Mazeaud ; Dr et pat 2004 (juill-aout) p. 40 obs. Aynès : « *en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire* » ; Civ. 3<sup>e</sup>, 5 mai 2009, n° 08-12.565, *JCP* 2009. 273 n° 34 obs. Grosser).

## **B. Résolution par notification**

**39.** La **consécration** de la résolution unilatérale par notification est certainement l'innovation la plus attendue de la réforme (art. 1226). Pour de nombreux droits européens, en effet, la résolution du contrat est unilatérale, le contrôle du juge s'effectuant en aval. Elle a été introduite dans notre droit par la jurisprudence, alors contraire à la tradition française et la lettre claire de l'article 1184, par un **arrêt Tocqueville** du 13 octobre 1998 autorisant le créancier d'une obligation inexécutée à résoudre lui-même le contrat sans recours au juge (**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998**<sup>21</sup>, *Defrénois* 1999. 374, obs. Mazeaud : « *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* », Civ. 1<sup>re</sup>, **20 fév. 2001**<sup>22</sup>). Confirmée depuis en jurisprudence, puis désormais intégrée dans la loi, cette possibilité nouvelle est concurrente de la résolution judiciaire (par ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 5 nov. 2008<sup>23</sup>, Com., 10 fév. 2009<sup>24</sup>), et s'applique à **tous les contrats** (pour un ex. avec les promesses synallagmatiques de vente : Civ. 3<sup>e</sup>, 20 juin 2012, n° 11- 20.589, *RTD civ.* 2012. 724, obs. Fages).

### **1) Conditions**

**40.** La première condition est une condition de fond : la **gravité de l'inexécution** (art. 1224). Sur ce point, la réforme clarifie une situation brouillée du fait de l'exigence jurisprudentielle antérieure qui invoquait la « gravité du comportement », ce qui pouvait paraître plus subjectif que la gravité de l'inexécution dans le cadre de la résolution judiciaire. Semblant ainsi différencier les conditions de la résolution

16. *Bull. civ.* III, n° 163 ; *RTD civ.* 1992. 92, obs. Mestre.

17. *D.* 1995. 389, note Jamin et Somm. 230, obs. Mazeaud.

18. *Bull. civ.* I, n° 52 ; *D.* 2000. Somm. 360, obs. Mazeaud.

19. n° 09-15.937, *D.* 2011. 472 obs. Fauvarque-cosson, *D.* 2010. 2769 obs. Rouquet ; *RLDC* 2011 n° 78.

20. *Bull. civ.* III, n° 161 ; *CCC*. 2003 n° 174, obs. Leveneur.

21. n° 96-21.485, *Bull. civ.* I, n° 300, *GAJC* tome II n° 181 ; *D.* 1999. 197, note Jamin

22. n° 99-15.170, *Bull. civ.* I, n° 40 ; *D.* 2001. 1568, note Jamin ; *D.* 2001. Somm. 3239, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2001. 705, obs. Savaux ; *RTD civ.* 2001. 363, obs. Mestre et Fages.

23. n° 07-20.113, *RTD civ.* 2009. 119 obs. Fages.

24. n° 08-12.415, *RTD civ.* 2009. 318 obs. Fages, *CCC*. 2009 com 1223 obs. Leveneur.



unilatérale de celles de la résolution judiciaire, la jurisprudence avait encouragé une interprétation voyant une condition supplémentaire à la résolution judiciaire et donc des conditions d'ouverture plus restrictives. Finalement, la jurisprudence ne semblait pas faire de différence (*cf.* illustrations de gravité du manquement : **Com. 8 nov. 2017**, n° 16-22289, CCC 2018, comm. 24 ; **Com. 6 déc. 2016**, n° 15-12.981, CCE 2017, comm. 12 Loiseau ; AJ Contrat 2017. 127 obs. Bories ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 sept. 2016**, n° 15-20.614, CCC 2016 comm. 249, obs. Leveneur ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007<sup>25</sup>), ce que la réforme confirme en exigeant tant pour la résolution unilatérale que judiciaire une « inexécution suffisamment grave ».

**41.** Peu importe que le contrat soit à **durée déterminée ou indéterminée** (Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, préc.), même si seront surtout concernés les contrats à durée déterminée (en effet, pour un CDI, le créancier d'une obligation inexécutée pourrait très bien décider de mettre fin au contrat sans avoir à le motiver. *Cf.* Thème 7 n° 29 s.). Peu importe également que le contrat soit écrit ou **verbal** (Com., 7 avr. 2010<sup>26</sup>).

**42.** Les autres conditions sont relatives à la **mise en œuvre** de cette résolution qui doit épouser un certain **formalisme** en deux étapes (sur l'absence de ces exigences avant la réforme : **Civ. 3<sup>e</sup>, 8 fév. 2018**, n° 16-24641, JCP 2018, 453, note A. Ettienney-de Sainte Marie).

D'abord, le créancier de l'obligation inexécutée doit, sauf urgence, **mettre en demeure** le débiteur de s'exécuter dans un « **délai raisonnable** », celle-ci devant **mentionner expressément** la possibilité pour le créancier de résoudre le contrat en cas de persistance de l'inexécution (art. 1226 al. 1 et 2).

Ce n'est qu'à l'issue de ce délai laissant perdurer l'inexécution que le créancier peut **notifier** la résolution tout en exposant les « raisons qui la motivent ». La notification doit donc être **motivée** afin que le juge puisse exercer un contrôle en cas de contestation (art. 1226 al. 3).

## 2) Contrôle du juge

**43.** Comme l'avait précisé l'arrêt Tocqueville, le nouvel article 1226 rappelle que le créancier agit à ses « **risques et périls** », ce qu'il faut comprendre par la possibilité pour le débiteur d'agir en justice pour contester la résolution unilatérale, ce qu'il peut faire à « tout moment » (art. 1226 al. 4). Cette contestation peut porter tant sur les conditions de forme que de fond, c'est-à-dire l'existence d'une inexécution grave (pour un rappel récent : Com., 29 sept. 2015, n° 14-19795). Conformément à la jurisprudence, la loi rappelle que c'est au créancier qu'il revient de **prouver** la gravité de l'inexécution, et non au débiteur de prouver l'absence de gravité (par ex. ne constitue pas un manquement suffisamment grave le simple retard de paiement de factures : Civ. 3<sup>e</sup>, 15 sept. 2015, n° 13-24726, D. 2016. 566, obs. M. Mekki).

**44.** Une difficulté se concentre sur les sanctions applicables en cas de résolution injustifiée. S'il est certain que la victime peut obtenir la mise en jeu de la **responsabilité contractuelle** du fautif, **l'exécution forcée en nature**, c'est-à-dire la continuation du contrat, est désormais clairement admise par le nouvel article 1228 qui autorise le juge à « ordonner l'exécution du contrat » (la jurisprudence antérieure ne l'avait admise qu'en référé : **Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000**<sup>27</sup>, Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001<sup>28</sup>).

## 3) Cumul avec les autres modes de résolution

**45.** L'articulation de la résolution unilatérale avec les autres modes de résolution soulève de nouvelles difficultés. Si la résolution judiciaire reste toujours possible (art. 1227), le cumul de la résolution conventionnelle avec la résolution unilatérale est plus délicat : les modalités prévues par la clause résolutoire doivent-elles être respectées lorsque le créancier de l'obligation inexécutée actionne la résolution unilatérale ? La question est très importante en pratique car est en cause la force obligatoire d'un accord exprès sur les conditions de la résolution qu'une partie peut facilement rendre ineffectif par le recours à la résolution par notification. La réforme ne donne aucune indication

25. n° 06-10.229, JCP 2007. I. 161 n° 12, obs. Grosser.

26. n° 06-15.590, RTD civ. 2010. 324 obs. Fages ; RDC. 2010. 1213, obs. Mazeaud.

27. Bull. civ. I, n° 286, D. 2001. Somm. 1137, obs. Mazeaud.

28. n° 99-12478, RTD civ. 2001. 590, obs. Mestre et Fages ; Aix, 22 janv. 2004, RTD civ. 2004. 731, obs. Mestre et Fages.





alors que des positions parfois différentes émergent selon les chambres de la Cour de cassation, et notamment entre la chambre commerciale et la 3<sup>e</sup> chambre civile.



### Actualité

La chambre commerciale fait prévaloir la résolution unilatérale sans tenir compte des modalités procédurales et formalistes précisées par la clause résolutoire, 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, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle ». **Com., 20 oct. 2015**, n° 14-20416, JCP 2016, doct. 345, obs. Grosser ; CCC. 2016, comm. 3, obs. Leveneur ; Gaz. Pal. 2 févr. 2016, p. 26, note Mazeaud ; **Com., 1<sup>er</sup> oct. 2013**, n° 12-20.830, JCP 2014. 115, obs. Grosser ; RTD civ. 2014. 118, n° 8, obs. Fages ; RDC 2014. 181, obs. Laithier ; Com., 10 fév. 2009, préc. ; Com., 4 févr. 2004<sup>29</sup>.

Cependant, dans le même temps la 3<sup>e</sup> chambre civile avait censuré un arrêt d'appel qui avait refusé d'appliquer, au nom de la résiliation unilatérale, une clause du contrat qui prévoyait qu'en cas de résiliation du contrat pour inexécution, le créancier de l'obligation inexécutée doit verser au débiteur une certaine somme au titre de la mission accomplie. **Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 2013**, n° 12-23.379, JCP 2014. 115, obs. Grosser. Si la divergence de ces arrêts est troublante (cf. com Grosser, préc.), une conciliation de ces décisions reste cependant possible, notamment du fait de la différence des modalités de la clause résolutoire en cause.

La 3<sup>e</sup> chambre civile vient de s'aligner sur la position de la Chambre commerciale : **Civ. 3<sup>e</sup>, 8 fév. 2018**, n° 16-24641, JCP 2018, 453, note A. Etienney-de Sainte Marie

## C. Résolution judiciaire

### 1) Conditions

**46.** La résolution judiciaire devient, avec la **réforme**, un mode de résolution parmi d'autres, sans aucune suprématie, contrairement au droit issu du Code civil de 1804. La seule condition exigée par la loi, conformément à la jurisprudence antérieure, est la **gravité de l'inexécution** (nouv. art. 1224. V. dernièrement : Civ. 3<sup>e</sup>, 24 mars 2015, n° 13-26.450, Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mai 2015, n° 14-13.178, Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2015, n° 13-25.092 : JCP 2015, doct 808, n° 10, obs. Grosser), que le juge apprécie **au moment du jugement** (par ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 27 oct. 2010, n° 09-11160, RLDC 2010 n° 77). Cette appréciation prend en compte plusieurs éléments (type d'obligation inexécutée, degré de l'inexécution, préjudice qui en est résulté pour le créancier), et dépend de chaque situation contractuelle (ainsi selon les circonstances, un retard d'exécution peut justifier, parfois, la résolution : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 14, Defrénois 1995. 1408 obs. Mazeaud). L'absence d'une gravité suffisante empêche la résolution du contrat mais pas la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur (Com., 11 déc. 2012, n° 11-25493, JCP 2013. 124, n° 10, obs. Grosser). La demande est portée devant le juge sans mise en demeure préalable car l'assignation en résolution vaut mise en demeure.



### Actualité

Dans un arrêt récent, la deuxième chambre civile a apporté des précisions inédites sur l'articulation de la résolution judiciaire et l'effacement de la dette d'un cocontractant suite à une procédure de surendettement. Elle a, en effet, décidé que « *l'effacement de la dette locative qui n'équivaut pas à son paiement ne fait pas disparaître le manquement contractuel du locataire qui n'a pas réglé le loyer, de sorte qu'il ne prive pas le juge, saisi d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de bail, de la faculté d'apprécier, dans l'exercice de son pouvoir souverain, si le défaut de paiement justifie de prononcer la résiliation du bail* » (**Civ. 2<sup>e</sup>, 10 janv. 2019, n° 17-21774, PB**).

29. n° 99-21480, JCP 2004. I. 149 n° 15, obs. Rochfeld ; RTD civ. 2004. 731, obs. Mestre et Fages.



## 2) Délai d'action

47. La **réforme de la prescription** en date du 17 juin 2008 modifie le délai de prescription de droit commun, et donc le délai d'action pour agir en résolution. De 30 ans à compter de la conclusion du contrat, ce délai est passé à **5 ans** avec un point de départ flottant défini comme le « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant » d'exercer son action (art. 2224 C. civ). Appliqué à l'action en résolution du contrat, il faut considérer que le délai de 5 ans court à compter du jour où le créancier de l'obligation inexécutée a connu ou aurait dû **connaître l'inexécution** du contrat. Il reviendra donc au juge, au cas par cas, de déterminer le moment de connaissance réelle, ou présumée, de l'inexécution (il existe des délais dérogatoires, comme par ex. le délai d'action du professionnel qui agit contre un consommateur ; le délai est alors réduit à 2 ans. Cf. art. L. 218-2 C. conso.). Cf. encore pour les rapports entre commerçants, l'art. L. 110-4 C. com.

48. Il ne faut pas oublier que cette réforme met en place un **délai butoir de 20 ans** « à compter du jour de la naissance du droit » d'action (art. 2232). Cet article donnera lieu à une interprétation jurisprudentielle à venir pour déterminer le moment précis de la naissance d'un droit. Il paraît difficile ici qu'il s'agisse du moment de la conclusion du contrat (*quid* alors des contrats de plus de 20 ans ?) ; peut-être alors le moment réel de l'inexécution et non sa connaissance par le créancier.

## § 2. Effets de la résolution

49. La résolution du contrat « **met fin au contrat** », selon l'expression du nouvel article 1229 alinéa 1<sup>er</sup>, sans préciser par principe si l'anéantissement est ou non rétroactif.

50. Malgré l'anéantissement du contrat, la résolution n'affecte pas **certaines clauses** utiles pour la résolution du litige. Ainsi, conformément à la jurisprudence, le nouvel article 1230 précise que perdurent « les clauses relatives au règlement des différends » (comme les clauses compromissoires), et celles, plus vagues, « destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ». Si tel est le cas des clauses pénales, la chambre commerciale a décidé, par un arrêt non publié au bulletin, que les clauses limitatives de responsabilité étaient emportées avec l'anéantissement rétroactif du contrat (**Com., 3 mai 2012**, n° 11-17.779, JCP 2012. 601, note Hontebeyrie ; D. 2012. 1719, note Etienney de Sainte-Marie, JCP 2012. 1151, n° 13, obs. Grosser, RTD civ. 2012. 527, obs. Fages, D. 2013. 391, obs. Mekki ; Com., 5 oct. 2010, n° 08-11.630, inédit, JCP. G 2011. 63 n° 13, obs. Grosser), position venant de donner lieu à un revirement de jurisprudence par un arrêt du 14 sept. 2017.



### Actualité

Revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Chambre commerciale vient de décider que : « **en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables** » (**Com., 7 fév. 2018**, n° 16-20352, D. 2018, p. 537, note Mazeaud ; JCP 208, doct. 331, n° 12, obs. Grosser ; GP 10 avril 2018, note Houtcieff ; JCP 2018, 415, note Le Mesle L. (avocat genl C de cass) ; ibid 416, note M. Leveneur-Azémar). Cette solution ne devrait pas être modifiée par la réforme.

51. Par ailleurs, la résolution sanctionnant une inexécution, elle peut également donner lieu à des dommages et intérêts au titre de la responsabilité contractuelle. Toutefois, lorsque la résolution est prononcée par le juge aux torts réciproques des parties, celui-ci ne peut refuser d'allouer des dommages et intérêts aux contractants sans rechercher « *si les manquements respectifs des parties à leurs obligations avaient causé à chacune d'elles un égal préjudice de nature à entraîner la compensation totale entre les dommages-intérêts auxquels elles pouvaient réciproquement prétendre* » (Com., 19 sept. 2018, n° 17-15191, inédit). De manière assez surprenante, la Cour de cassation a, par ailleurs, considéré que la résolution pouvait être prononcée aux torts réciproques des parties si ces dernières « *n'avaient ni l'une, ni l'autre, voulu sérieusement poursuivre l'exécution du contrat* » (Civ. 3<sup>e</sup>, 6 sept. 2018, n° 17-22026, PB).



### A. Anéantissement pour l'avenir

52. La résolution du contrat met fin au contrat, d'abord **pour l'avenir** à compter de la **date de prise d'effet** de la résolution. Celle-ci est désormais précisée par le nouvel article 1229, après une jurisprudence souvent confuse, qui distingue selon les modes de résolution : si la résolution est conventionnelle, ce sera à la date prévue par la clause ; si la résolution est par notification, ce sera à la date de sa réception par le débiteur ; soit à la date fixée par le juge dès lors qu'il aura été saisi soit en contestation d'une résolution conventionnelle ou judiciaire soit directement par l'une des parties, et, s'il n'en fixe pas, au jour de l'assignation en justice.

### B. Restitutions

53. La **réforme** n'aborde plus les effets de la résolution sous l'angle de la rétroactivité qui justifierait les restitutions. Le Rapport remis au Président de la République précise bien que « l'ordonnance abandonne la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence » ; seules comptent les restitutions qui sont directement traitées par la loi à l'article 1229 alinéa 3. Aucune référence n'est non plus faite à la distinction des contrats instantanés et à exécution successive, chacun pouvant donner lieu à des restitutions totales ou partielles.



#### À noter

Un contrat à exécution successive peut donner lieu à des restitutions totales, comme l'avait admis l'arrêt important du 30 avril 2003. S'agissant d'un contrat de bail dont l'une des obligations du bailleur n'avait jamais été exécutée, la Cour de cassation décida que la résolution entraînait l'anéantissement rétroactif du contrat de bail.

La formule utilisée par la Cour était générale mais limitée aux contrats à exécution successive : « *si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat* ». **Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 2003**<sup>30</sup>.

54. Reste la question délicate du **critère** déclenchant ou non des restitutions. L'article 1229 al. 3 utilise celui de « **l'utilité** » des prestations échangées : ainsi si ces prestations exécutées « ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu », alors les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles ont perçu. L'hypothèse est donc de prestations conçues comme un ensemble indivisible, même si la loi prend bien soin d'utiliser un terme générique et non juridique. Il reviendra au juge de préciser cette notion d'utilité, qui peut être conçue subjectivement selon la volonté des parties, ou objectivement au regard de l'économie générale du contrat (pour un ex. reprenant le critère d'indivisibilité subjective s'agissant de contrats à exécution échelonnée : **Civ. 1<sup>er</sup>, 8 oct. 2009**, n° 08-17.437, *JCP* 2009. 574 n° 22 obs. Grosser).

55. En revanche, lorsque les prestations échangées « ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat », il n'y a pas lieu à restitutions. Celles-ci n'interviendront qu'à compter de la date de la « dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ». La résolution est alors qualifiée de « **résiliation** ».

56. Les restitutions se réalisent selon le même processus que pour la nullité du contrat et leur traitement commun est renvoyé aux dispositions relatives au régime de l'obligation (nouv. art. 1352 à 1352-9. Cf. Support Régime des obligations).

30. *Bull. civ.* III, n° 87 ; *JCP* 2003. I. 170 n° 15 obs. Constantin ; *JCP* 2004. II. 10031 note Jamin, *RDC*. 2004. 365 obs. Seube.





### Actualité

Dans un arrêt du 8 janvier 2020, la chambre commerciale a décidé « que la résolution d'un contrat synallagmatique emporte la remise des parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement, principe dont [il faut déduire] déduire que la restitution du prix [doit] aussi porter sur le montant antérieurement récupéré de la TVA, mais dont l'administration fiscale a (...) réclamé justement le remboursement du fait de la résolution de la vente » (n° 18-17895, PB). Une telle solution devrait se maintenir sous l'empire du droit nouveau.



### Mémo

La **réforme** consacre l'existence de **trois modes de résolution du contrat**, sans hiérarchie entre eux :  
La **résolution conventionnelle**, d'abord, se traduit par la présence d'une clause résolutoire dans le contrat, c'est-à-dire une clause autorisant le créancier d'une obligation inexécutée à résoudre de plein droit le contrat.

Le créancier doit préalablement **mettre en demeure** le débiteur de s'exécuter, sauf convention contraire, selon un certain formalisme.

Le juge **contrôle la bonne foi** dans l'application de la clause.

La **résolution unilatérale par notification**, ensuite, décidée par la première chambre civile en 1998, est désormais un mode légal de résolution. Le créancier est autorisé à rompre le contrat par une notification **motivée** à la condition d'une **inexécution grave** du débiteur, et après l'avoir **mis en demeure** de s'exécuter.

Elle semble toujours possible, indépendamment de l'existence d'une clause résolutoire.

Le débiteur peut saisir le juge pour contester la résolution.

La **résolution judiciaire**, enfin, conçue en 1804 comme la résolution de principe, a perdu son rang prioritaire avec la réforme. Celle-ci nécessite, outre la saisine du juge, la preuve d'une **gravité** suffisante de l'inexécution appréciée au moment du jugement.

Le mode de résolution choisi conditionne la **date de prise d'effet** de la résolution.

Quel que soit le mode de résolution du contrat, les **effets** de la résolution sont identiques : le contrat est **anéanti pour l'avenir**, et elle peut donner lieu à restitutions.

La réforme abandonne toute référence à la rétroactivité de la résolution et détermine l'existence de **restitutions en fonction de « l'utilité »** des prestations échangées : si cette utilité n'est retirée que par l'exécution complète du contrat, les parties doivent restituer tout ce qu'elles ont reçu ; si cette utilité a été retirée au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, les restitutions sont partielles en ne remontant qu'à la dernière prestation sans contrepartie.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

MAINGUY D., L'exécution forcée : du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », *in* Droit et patrimoine, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 60.

GENICON Th., Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature, *in* Droit et patrimoine, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 63.

AMRANI-MEKKI S., La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, *Defrénois* 2003, art. 37688.

DISSAUX N., Les nouvelles sanctions en matière contractuelle, *AJ Contrat* 2017. 10.

### Lectures thématiques

---

#### *Option, procédure*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009**, n° 08-11.326, RTD civ. 2009. 316 s. obs. Fages, RDC. 2009. 1004 obs. Genicon, JCP 2009. 273 n° 30 obs. Grosser, D. 2010. 224 obs. Fauvarque-Cosson.

#### *Force majeure*

**Ass. Plén., 14 avr. 2006**, D. 2006. 1577, note Jourdain (2<sup>e</sup> esp.) ; *ibid.* Chron. 1566, par Noguéro ; JCP 2006. II. 10087, note Grosser (2<sup>e</sup> esp.) ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. Savaux ; RLDC 2006/29, n° 2129, note Mekki ; RDC 2006. 1083, obs. Laithier, et 1207, obs. Viney. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 2011, n° 10-15811, D. 2011. 1817, obs. Gallmeister ; D. 2011. Pan. 53 obs. O. G. ; RDC. 2011. 1183, obs. Deshayes, JCP 2011. 1277, note. Paulin ; CCC. 2011 com. 230 obs. Leveneur.

#### *Exécution forcée*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005**, Bull. civ. III, n° 103 ; RDC. 2006. 323 obs. Mazeaud ; RTD civ. 2005. 596 obs. Mestre et Fages. Pour une analyse comparatiste de l'arrêt, *cf.* Fauvarque-Cosson, RDC. 2006. 529.

**Civ. 3<sup>e</sup>, 21 janv. 2016**, n° 15-10.566, JCP 2016, doct. 345, obs. P. Grosser.

#### *Résolution unilatérale*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998**, n° 96-21.485, Bull. civ. I, n° 300, GAJC tome II n° 181 ; D. 1999. 197, note Jamin.

#### *Cumul résolutions*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 2013**, n° 12-23.379, JCP 2014. 115, obs. Grosser.

**Com., 20 oct. 2015**, n° 14-20416, JCP 2016, doct. 345, obs. Grosser.

#### *Effets résolution*

**Com., 3 mai 2012**, n° 11-17.779, JCP 2012. 601, note Hontebeyrie ; D. 2012. 1719, note Etienney de Sainte-Marie, JCP 2012. 1151, n° 13, obs. Grosser, RTD civ. 2012. 527, obs. Fages, D. 2013. 391, obs. Mekki.

**Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 2003**, Bull. civ. III, n° 87 ; JCP 2003. I. 170 n° 15 obs. Constantin ; JCP 2004. II. 10031 note Jamin, RDC. 2004. 365 obs. Seube.



## II. Pour aller plus loin

---

### Généralités

- BAKOUCHE D., L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle, *JCP* 2014, 414.
- DROSS W., L'exception d'inexécution : essai de généralisation, *RTDciv.* 2014. 1.
- FAUVARQUE-COSSON B., Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature, *RDC.* 2006. 529.
- LE GAC-PECH S., Rompre le contrat, *RTD civ.* 2005. 223.
- OSMAN, Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit, *Deffrénois* 1993. 65.
- OUDOT P., Des remèdes aux sanctions le retour de la faute au galop !, *JCP* 2016, doct. 769.
- PANCRAZI M.-E., Les clauses de rétroactivité, *RTD civ.* 2011. 469.
- PICOD Y., La clause résolutoire et la règle morale, *JCP* 1990. I. 3447.
- PINNA A., L'exception pour risque d'inexécution, *RTD civ.* 2003. 31.
- PLANTAMP D., Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale, *D.* 2000. 243.
- PUIG P., Les techniques de préservation de l'exécution en nature, *RDC.* 2005. 85.
- ROCHFELD J., Résolution et exception d'inexécution, *in* Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, Dalloz 2003, p. 213.
- Dossier dans la revue Droit et patrimoine, mai 2004 : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ».
- « L'anéantissement rétroactif du contrat » (actes du colloque du 22 octobre 2007), *RDC.* 2008/1.

### Sur la réforme

- ANCEL P, Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats, *RDC.* 2006.105.
- BRETZNER JD., Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation, *JCP* 2016. 999.
- FAURE-ABBAD M., Article 1222 du projet de réforme : la faculté de remplacement, *RDC* 2015. 784.
- FAURE-ABBAD M., La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *D.* 2007. 165.
- GAUTIER PY, La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence, *JCP* 2016. 947.
- GENICON Th., « Résolution » et « Résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *JCP G* 2015. 960.
- GUÉRIN S., GENTY N., L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat, *AJ Contrat* 2017. 17.
- LAITHIER Y.-M., Les sanctions de l'inexécution du contrat, *in* La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016, n° Hors série.
- LECUYER H., L'inexécution du contrat, *CCC* 2016, mai n° 5, dossier 5.
- MAZEAUD D., L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats, *D.* 2016. 2477.
- ROCHFELD J., Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution, *RDC.* 2006. 113.



SAVAUX E., Article 1223 du projet de réforme : la réduction du prix, *RDC* 2015. 786.

STOFFEL-MUNCK Ph., La résolution par notification : questions en suspens, *in* *Droit et patrimoine*, Dossier, n° 240, oct. 2014, p. 67.

### III. Aperçu des publications récentes

---

BRUNAUX G., La clause résolutoire depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *CCC* 2017, form. 9

CHÉNEDÉ F., La réduction du prix, *RDC* 2017. 571

LEMAY P., La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ?, *D.* 2018. 567



# Annexes

**Annexe 1** – LEMAY P., La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ?, D. 2018. 567

**Annexe 2** – Civ. 3<sup>e</sup>, 8 fév. 2018, n° 16-24641, JCP 2018, 453, note A. Etienney-de Sainte Marie

**Annexe 3** – Com., 7 fév. 2018, n° 16-20352, D. 2018, p. 537, note D. Mazeaud

---

**Annexe 1** – LEMAY P., La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ?, D. 2018. 567

## La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ?

**Pierre Lemay, Maître de conférences en droit privé, Université de Lille, CRD&P, Équipe Demogue**

Le vote de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats s'est avéré plus compliqué et plus long que prévu, un accord en commission mixte paritaire sur les dispositions les plus discutées n'ayant été trouvé que le 14 mars dernier. Alors que certains en appelaient à une ratification sèche (N. Molfessis, Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, JCP 2017, n° 41, p. 1794), validant par là même l'ordonnance sans y toucher, la réalité fut tout autre puisque les parlementaires ont eu la volonté de modifier, parfois en substance, la réforme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Certains textes ont ainsi été placés sur le devant de la scène, comme la définition du contrat d'adhésion afin de réduire le champ d'application du « déséquilibre significatif » que prévoit l'article 1171 (T. Revet, L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, D. 2018. 124) ou encore le mécanisme instituant l'imprévision en droit français. D'autres, en revanche, sont restés en coulisses, alors même qu'ils ont été retouchés. C'est le cas de l'article 1223 du code civil.

Nouvellement créé par l'ordonnance, ce texte prévoit une sanction inconnue jusqu'alors en droit commun en cas de mauvaise exécution du contrat, à savoir la réduction du prix. L'article tel qu'issu de l'ordonnance prévoyait que « le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ».

Au lendemain de la publication de l'ordonnance, cet article avait déjà suscité une question : cette réduction du prix peut-elle être effectuée unilatéralement ou est-il nécessaire que le créancier saisisse le juge ou obtienne l'accord du débiteur (G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016, p. 556) ? Il y avait un conflit ouvert entre la lettre de l'article, qui utilise l'expression « solliciter la réduction du prix », et son esprit, plutôt favorable aux prérogatives unilatérales, comme en témoigne la substance générale de l'ordonnance, laquelle consacre, notamment, la rupture unilatérale du contrat pour faute ou encore la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres (A. Etienney-de Sainte Marie, La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats, D. 2017. 1312). Si une lecture exégétique devait conduire à exclure la possibilité d'une réduction unilatérale, une interprétation plus globale du texte aboutissait à la solution inverse. Le rapport accompagnant l'ordonnance concluait d'ailleurs en ce sens puisqu'il y est précisé que « le créancier devra ensuite notifier à son débiteur (...) sa décision de réduire le prix ». Autrement dit, le créancier, seul, réduit le prix, sauf hypothèse où il s'en est déjà acquitté (G. Chantepie, Réduction du prix et résolution par notification, *in* La réforme du droit des contrats en pratique, dir. M. Latina, Dalloz, 2017, p. 85).

Estimant les termes de l'article trop sibyllins, sénateurs et députés les ont modifiés, mais le résultat n'est pas à la hauteur des espérances que l'on pouvait nourrir. En première lecture, les sénateurs avaient prévu que « le créancier de l'obligation peut (...) décider une réduction proportionnelle du prix ». L'horizon s'éclaircissait : il s'agissait bel et bien d'une prérogative unilatérale. Puis les députés ont changé, à leur tour, la formulation. Ainsi, dans leur version, le créancier peut « notifier au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix dans les meilleurs délais ». Cette mouture précise néanmoins, dans la foulée, que « l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit et met définitivement





fin à la contestation ». Cette rédaction ajoutait donc un nouvel élément : par principe, le débiteur qui accepte une telle réduction ne peut plus par la suite s'en plaindre.

Cette formule sera reprise par les sénateurs, mais partiellement. Ainsi, le nouvel article 1223 précise dorénavant que le créancier « peut (...) notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.* Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ».

En parallèle à cette réécriture, l'article 1217, disposition qui établit une liste des sanctions en cas d'inexécution, a lui aussi subi une modification en lien avec l'article 1223 : alors qu'il prévoyait que le créancier « sollicite » une réduction du prix, il mentionne désormais qu'il peut l'« obtenir ». La différence est ténue. Le verbe « obtenir » signifie, selon le dictionnaire Larousse, « réussir à se faire accorder ce que l'on désire ». Or, pour *se faire* accorder quelque chose, il faut déjà le solliciter. Le changement de terme opéré n'est donc pas réellement décisif.

La lecture et l'analyse de ces deux textes, et surtout de l'article 1223, laissent ainsi songeur. Leur reformulation a-t-elle eu pour effet de confirmer le caractère unilatéral de la sanction ou, au contraire, de le supprimer ? À quoi sert l'acceptation de la réduction du prix par le débiteur ? En somme, s'agit-il toujours d'un mécanisme unilatéral ?

Car, de deux choses l'une, soit l'acceptation que vise le texte conditionne la réduction du prix, et, alors, elle n'est plus unilatérale et s'apparente à une modification d'un commun accord du contrat ; soit ce n'est pas le cas, et la réduction peut être effectuée sans l'accord du débiteur. Mais, si cette dernière hypothèse est préférée, à quoi sert la fin de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1223 ? Pire encore, le choix du présent de l'indicatif (« l'acceptation (...) doit être rédigée par écrit ») vaut impératif, de telle sorte que l'on pourrait se demander si, au-delà de la forme revêtue, l'acceptation du débiteur ne doit pas nécessairement être obtenue. Le flou qu'il s'agissait de dissiper s'accroît, en fin de compte, au fur et à mesure que l'analyse progresse.

En réalité, pour sortir de l'impasse et articuler les deux phrases du nouvel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1223, il faut revenir un instant sur le texte issu du premier vote devant l'Assemblée nationale. C'est à cette occasion que la référence à l'acceptation du débiteur fait son apparition. Or cet ajout était justifié par le fait que cette acceptation privait, par principe, le débiteur de contester par la suite le bien-fondé de cette réduction. Les sénateurs n'ont pas été convaincus par l'idée que le débiteur soit privé du droit d'agir contre la réduction du prix lorsqu'il l'a acceptée et ont donc supprimé cette précision. Le rapport déposé au Sénat est, à cet égard, sans équivoque (Rapp. n° 247 de François Pillet, déposé le 24 janv. 2018, art. 9). Pour autant, le Sénat a conservé l'alinéa relatif à l'acceptation du débiteur, sans que l'on puisse déterminer quel effet juridique une telle acceptation produit. Une chose semble certaine toutefois, l'acceptation n'est pas érigée en condition de validité de la réduction du prix. Autrement dit, la bonne compréhension du nouveau texte suppose la lecture des motifs de la suppression orchestrée par les sénateurs : bien que le texte voté prête encore à confusion, ces derniers n'ont pas eu dans l'idée de remettre en cause le caractère unilatéral de la réduction du prix. L'article 1223 met donc bel et bien sur pied une nouvelle prérogative unilatérale à la guise du créancier.

Le doute est levé, mais à quel prix !

---

## Annexe 2 – Civ. 3<sup>e</sup>, 8 fév. 2018, n° 16-24641, JCP 2018, 453, note A. Etienney-de Sainte Marie

### La résolution unilatérale pour inexécution : une prérogative sans entraves

Note sous arrêt par Anne Etienney-de Sainte Marie professeur à l'université Paris 13

#### Contrats et obligations

Accès au sommaire

La cour d'appel ne pouvait déduire le caractère fautif de la rupture du contrat de l'inobservation, par le créancier, des modalités formelles de la résolution pour inexécution prévues par la convention : elle aurait dû rechercher si la résiliation ne trouvait pas sa justification dans la gravité des manquements du débiteur. Rendu sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la Cour de cassation consacre nettement une résolution unilatérale pour inexécution sans aucune formalité et à effet immédiat, y compris lorsqu'une clause du contrat détaille une procédure à respecter.

Civ. 3<sup>e</sup>, 8 fév. 2018, n° 16-24.641, P+B : JurisData n° 2018-001494

LA COUR – (...)

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1134 et 1147 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;



- Attendu que, pour condamner la clinique Pasteur à payer des dommages-intérêts à la société SLH, l'arrêt retient que la clinique Pasteur ne pouvait, conformément à l'article C 11.1 de la convention de groupement, que demander l'exclusion de la société SLH du marché de maîtrise d'œuvre après l'avoir mise en demeure de satisfaire à ses obligations dans les délais impartis et que, ces dispositions contractuelles n'ayant pas été respectées, le bien-fondé de la résiliation ne peut être établi ;

- Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la résiliation ne trouvait pas sa justification dans la gravité des manquements de la société SLH, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

(...)

Par ces motifs :

- Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 juin 2016, (...) et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ; (...)

*M. Chauvin, prés., M<sup>me</sup> Georget, cons.-réf.-rapp., M. Jardel, cons. doy., MM. Pronier, Nivôse, Maunand, Bureau, M<sup>me</sup> Greff-Bohnert, M. Jacques, cons., M<sup>mes</sup> Guillaudier, Renard, Djikpa, cons.-réf., M. Charpenel, prem. av. gén. ; SCP Odent et Poulet, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, av.*

Est-il réellement utile d'encadrer contractuellement la résolution du contrat pour inexécution ? Telle est l'interrogation assez surprenante que soulève l'arrêt rendu par la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation le 8 février dernier (n° 16-24.641 : *JurisData* n° 2018-001494) : on y apprend que l'inobservation par le créancier des formalités prévues par la convention pour la résolution pour inexécution est indifférente lorsque les manquements du débiteur sont suffisamment graves pour justifier la résolution unilatérale.

Dans le cadre d'un contrat de maîtrise d'œuvre confiée à une entité composée de plusieurs sociétés, une clause prévoyait ainsi que le maître de l'ouvrage pouvait demander au mandataire du groupement l'exclusion de l'une des sociétés après l'avoir mise en demeure de satisfaire à ses obligations dans les délais impartis. En raison de divers manquements de l'une des sociétés à ses obligations, le maître de l'ouvrage a refusé de régler une note d'honoraires. La société concernée l'a alors assigné aux fins de voir prononcer la rupture du contrat à ses torts et d'obtenir des dommages-intérêts. La cour d'appel fait droit à ces demandes et, par ailleurs, rejette les demandes reconventionnelles formées par le maître de l'ouvrage aux fins d'obtenir réparation du préjudice causé par l'inexécution, aux motifs que, n'ayant ni invoqué la défaillance du débiteur ni sollicité son exclusion conformément aux stipulations précitées, le créancier n'a pas établi l'inexécution. La cassation était prévisible sur ce second point : la cour d'appel n'avait pas recherché si l'inexécution n'était pas établie par les divers éléments de preuve. L'irrégularité formelle de la résiliation du contrat, sur laquelle s'étaient fondés les juges du fond, ne pouvait évidemment avoir d'incidence sur le fait générateur de cette résiliation et de la responsabilité contractuelle, l'inexécution elle-même ; tout au plus la question aurait-on pu se demander si l'inexécution était acquise en l'absence de mise en demeure (V. *Cass., ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823 : JurisData n° 2007-040089 ; JCP G 2007, II, 10175, M. Mekki. – rapp. C. civ., art. 1231 nouv.*). Le premier point soumis à la Cour de cassation, en revanche, apparaissait plus délicat : l'inobservation par le créancier des formalités contractuellement prévues pour la résolution pour inexécution suffit-elle à priver la rupture du contrat de son bien-fondé, comme l'avait retenu la cour d'appel ? Le contrat étant conclu avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, c'est au visa des anciens articles 1134 et 1147 du Code civil que la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir omis de rechercher si la résiliation ne trouvait pas sa justification dans la gravité des manquements du débiteur. En d'autres termes, la résiliation aux risques et périls du créancier permet de pallier l'inobservation par ce dernier des modalités conventionnelles de la résolution, en présence de manquements suffisamment graves. En outre, l'arrêt retient implicitement que cette résolution unilatérale ne suppose aucune formalité, et spécialement aucune mise en demeure préalable. Sur ces deux points, c'est une clarification (1) et la publication de l'arrêt pourrait annoncer une stabilisation de la jurisprudence. En revanche, et notamment parce qu'elle concerne la résolution dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la décision laisse d'autres questions en suspens (2).

## 1. La clarification

En déliant la résolution unilatérale de toute formalité, y compris celles prévues par les parties, l'arrêt retient une solution particulièrement libérale (A) que l'on peine à justifier (B).

### A. – La résolution unilatérale déliée de toute formalité, y compris conventionnelle

La jurisprudence était jusqu'à présent mal fixée : une majorité de décisions avaient déjà retenu que l'aménagement conventionnel de la résolution ne suffit pas à exclure la résolution unilatérale, sans cependant être publiées (V. not. *Com. 4 févr. 2004, n° 99-21.480, inédit : JCP G 2004, I, 149, obs. J. Rochfeld, n° 10 ; RTD civ. 2004, p. 731, obs. J. Mestre et B. Fages. – Com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415 : JurisData n° 2009-047014 ; Contrats, conc. consom.*



2009, *comm.* 123, *obs.* L. Leveneur ; *RTD civ.* 2009, p. 318, *obs.* B. Fages ; *RDC* 2010, n° RDCO2010-1-007, p. 44, *obs.* T. Genicon. – *Civ. 1<sup>re</sup>*, 24 sept. 2009, n° 08-14.524 : *JurisData* n° 2009-049606. – *Com.* 29 juin 2010, n° 09-68.053, *inédit*. – *Com.* 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 12-20.830, *inédit* : *RTD civ.* 2014, p. 118, *obs.* B. Fages ; *RDC* 2014, n° 110j4, p. 181, *obs.* Y.-M. Laithier. – *Civ. 1<sup>re</sup>*, 20 mars 2014, n° 12-27.943, *inédit*. – *Com.* 20 oct. 2015, n° 14-20.416, *inédit* : *JurisData* n° 2015-023604 ; *JCP G* 2016, *doctr.* 345, n° 8, *obs.* P. Grosser. – *Rappr. sur le fondement de C. com., art. L. 442-6, I, 5Com.* 8 nov. 2017, n° 16-15.296, *inédit* : *JurisData* n° 2017-022312. – *Contra, Com.* 15 nov. 2011, n° 10-27.838, *inédit* : *RDC* 2012, n° RDCO2012-3-008, p. 787, *obs.* T. Genicon. – *Civ. 3<sup>e</sup>*, 9 oct. 2013, n° 12-23.379 : *JurisData* n° 2013-022096 ; *Bull. civ. III*, n° 122 ; *RDC* 2014, p. 181, *obs.* Y.-M. Laithier *préc.*, cette dernière décision concernant cependant, non les formalités de la résolution, mais la rémunération des prestations déjà accomplies par le débiteur dans l'hypothèse où le contrat serait résilié à ses torts). La 3<sup>e</sup> chambre civile prend nettement parti, dans l'arrêt commenté, pour cette solution dont elle avait pourtant paru se démarquer (*Civ. 3<sup>e</sup>*, 9 oct. 2013, *préc.*) et qui recueille bien plus de critiques que de louanges doctrinales. En effet, le recours à la résolution unilatérale autorise, en somme, la violation de la procédure contractuelle de résolution. L'ancien article 1134 proclamant la force obligatoire du contrat, pourtant visé par la Cour de cassation, ne devrait-il pas au contraire imposer le respect des stipulations contractuelles ? Le problème peut cependant être posé différemment, en termes d'articulation des modes de résolution du contrat. De la même façon que la clause résolutoire, parce qu'elle est stipulée dans l'intérêt du créancier, ne le prive pas de la possibilité de demander la résolution judiciaire, l'arrêt du 8 février 2018 offre au créancier une option entre clause résolutoire et résolution unilatérale. La résolution conventionnelle n'est pas désactivée, mais coexiste avec la résolution unilatérale, chacune avec ses contraintes et ses vertus. Justifiée par la gravité des manquements du débiteur, la résolution unilatérale dispense le créancier du respect des formalités prévues par la clause. En revanche, l'application de la clause a pour avantage d'écarter l'appréciation judiciaire de la gravité de l'inexécution (*Rappr. Versailles*, 28 nov. 2017, n° 16/04524 : *RDC* 2018, p. 71, *obs.* C. Grimaldi : « [Les manquements justifient ...] la résiliation unilatérale du contrat pour manquement grave du franchisé, [le franchiseur] étant dès lors dispens[é] de suivre la procédure prévue au contrat dans le seul cas d'un manquement sans gravité particulière »).

Néanmoins, lorsque le manquement est suffisamment grave pour justifier la résolution unilatérale, l'option entre cette dernière et la résolution conventionnelle demeure purement théorique et conduit en pratique à une désactivation de l'encadrement conventionnel de la résolution. La protection accordée au débiteur lors de la conclusion du contrat, spécialement la mise en demeure préalable, peut donc être méconnue lorsqu'elle a vocation à jouer. Or, l'arrêt commenté retient, en creux, que la résolution unilatérale permet au créancier de se libérer du contrat sans aucune formalité – ni mise en demeure, ni notification, encore moins motivation (V. aussi *Com.* 8 nov. 2017, n° 16-22.289 : *JurisData* n° 2017-022485). Pour reprendre les faits de l'espèce, un simple refus de régler une facture peut valoir résolution unilatérale. Celle-ci peut donc intervenir sans que le débiteur, placé devant le fait accompli, ait eu une quelconque chance de régulariser l'inexécution (comp. *Com.* 15 nov. 2011, n° 10-27.838 *préc.*, évoquant l'exigence d'une mise en demeure comme une « faculté de régularisation »). À défaut d'exigence de notification, la résolution unilatérale peut même être invoquée *a posteriori*, afin de couvrir la violation de la procédure contractuelle de résolution. L'option entre résolution conventionnelle et résolution unilatérale est donc bien différente de celle entre résolution conventionnelle et résolution judiciaire, puisque cette dernière est loin d'être défavorable au débiteur. L'assignation supplée alors à la mise en demeure, le débiteur peut s'exécuter pendant la procédure et le juge, plutôt que de prononcer la résolution, peut ordonner l'exécution et octroyer un délai au débiteur. Comment, alors, justifier qu'au contraire, la résolution unilatérale soit en elle-même dépourvue de toute garantie au profit du débiteur et, de surcroît, autorise la méconnaissance de l'organisation conventionnelle de la résolution ?

## B. – L'introuvable justification ?

La justification de ces solutions ne peut guère résider dans le caractère exceptionnel de la résolution unilatérale, qui appellerait un régime exceptionnel. Contrairement à certains des arrêts antérieurs (V. not. *Com.* 4 févr. 2004, n° 99-21.480, *préc.* – *Civ. 1<sup>re</sup>*, 24 sept. 2009, n° 08-14.524, *préc.* – *Com.* 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 12-20.830, *préc.* – *Civ. 1<sup>re</sup>*, 20 mars 2014, n° 12-27.943, *préc.* – *Com.* 8 nov. 2017, n° 16-15-296, *préc.*), l'arrêt commenté ne permet pas de penser que l'exclusion de toute protection du débiteur se justifie par l'urgence, la gravité exceptionnelle ou le caractère irrémédiable de l'inexécution. La terminologie employée par l'arrêt paraît au contraire banaliser la résolution extrajudiciaire. Outre le terme de « résiliation », qui évoque bien une variété de la résolution pour inexécution depuis l'ordonnance du 10 février 2016 (*V. C. civ., art. 1229, al. 3*), l'arrêt se réfère à la gravité des manquements, expression usuellement employée en matière de résolution judiciaire, et non plus à celle du comportement du débiteur comme le retenait généralement la jurisprudence antérieure (V. cependant, not., *Civ. 1<sup>re</sup>*, 13 mars 2007, n° 06-10.229, *inédit* : *JCP G* 2007, I, 161, n° 12, *obs.* P. Grosser). Il paraît ainsi normaliser l'appréciation de la faute, à l'image du nouvel article 1124 du Code civil qui soumet la résolution par notification au même fait générateur que la résolution judiciaire, sans que la première nécessite une faute plus caractérisée que la seconde. Or, si la résolution unilatérale



ne présente pas de caractère dérogatoire, pourquoi ne pas imposer, au minimum, la mise en demeure requise pour tous les modes de résolution depuis l'ordonnance du 10 février 2016, par suite de la disparition de la hiérarchie classique entre les formes judiciaire, unilatérale et conventionnelle de la résolution ? Il est vrai qu'en l'espèce, le contrat était antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (ainsi que l'inexécution, s'il était confirmé que les sanctions de celle-ci relèvent des effets légaux du contrat soumis à la loi nouvelle : V. not. *Cass., avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011 : JurisData n° 2015-002800* ; Comp. le projet de loi de ratification de l'ord. du 10 février 2016, texte de la Commission mixte paritaire, art. 15, II). Néanmoins, non seulement la Cour de cassation n'avait jusqu'à présent pas clairement exclu l'exigence d'une mise en demeure pour la résolution extrajudiciaire (V. not., outre les arrêts précités, *Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : JurisData n° 1998-003820* ; *Bull. civ. I, n° 300* : « la gravité du comportement [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » ; *JCP G 1999, II, 10133, note N. Rzepecki*), mais encore elle a déjà été jusqu'à infléchir sa jurisprudence à la lumière des nouveaux textes (V. not. *Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 : JurisData n° 2017-018092* ; *JCP G 2017, 1238, étude N. Molfessis*. – *Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411 : JurisData n° 2017-003187*, se fondant sur « l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 ». – *Rappr. Com. 7 févr. 2018, n° 16-20.352 : JurisData n° 2018-001431* ; *JCP G 2018, doct. 331, obs. P. Grosser, n° 9* ; *JCP G 2018, 415, avis L. Le Mesle, 416, note M. Leveneur Azéma*).

Quant à l'option consacrée par l'arrêt, elle pourrait s'expliquer par la volonté de doter la résolution unilatérale d'une réelle effectivité. Compte-tenu de la fréquence des clauses résolutoires, ériger celles-ci en mode exclusif de résolution extrajudiciaire réduirait singulièrement le domaine d'application de la résolution unilatérale. La consécration de cette dernière par la Cour de cassation consistait déjà à prendre ses distances par rapport à la conception classique de la résolution, judiciaire et protectrice du débiteur. L'éviction de la procédure conventionnelle de résolution en présence d'un manquement suffisamment grave ne ferait donc qu'aller au bout de cette logique. Il est tout de même regrettable que le fondement de la solution consacrée par l'arrêt ne soit pas plus explicite : dès lors, la décision soulève autant d'interrogations qu'elle n'en résout.

## 2. Les questions en suspens

La première question est celle du caractère supplétif ou impératif de l'option entre résolution conventionnelle et résolution unilatérale : les parties peuvent-elles renoncer ou aménager cette dernière (A) ? L'arrêt invite également à s'interroger sur le devenir de cette option sous l'empire de l'ordonnance du 10 février 2016(B).

### A. – La validité d'une renonciation à la résolution unilatérale ou d'un aménagement de celle-ci

Retenir une option entre résolution conventionnelle et résolution unilatérale revient à considérer que la première ne constitue pas par elle-même une renonciation à la seconde. Reste donc la question de la validité d'une renonciation expresse. La clause stipulée en l'espèce paraissait d'ailleurs priver le maître de l'ouvrage du pouvoir de résoudre lui-même le contrat, puisqu'elle indiquait qu'il ne pouvait que demander au mandataire du groupement l'exclusion de l'une des sociétés le composant après mise en demeure, mais la portée de cette clause et spécialement son caractère équivoque n'étaient pas dans le débat. La validité de la clause de renonciation à la résolution judiciaire, à condition qu'elle soit non équivoque, ayant été admise (V. *Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011, n° 10-26.203 : JurisData n° 2011-023715* ; *Bull. civ. III, n° 178* ; *JCP G 2011, act. 1272, obs. C. Delobel*), on voit mal pourquoi les parties ne pourraient pas renoncer à la résolution unilatérale, notamment afin de faire primer la clause résolutoire.

À plus forte raison, elles devraient aussi pouvoir, plutôt que de renoncer purement et simplement à la résolution unilatérale, la soumettre à des conditions procédurales. Il est vrai que la Cour de cassation déduit de la clause autorisant chacune des parties à résilier le contrat pour faute qu'elle écarte l'appréciation judiciaire de la gravité de l'inexécution (V. *Com. 10 juill. 2012, n° 11-20.060 : JurisData n° 2012-016073* ; *Bull. civ. IV, n° 150* ; *JCP E 2012, 1722, note D. Mainguy*). Dès lors, il faudrait faire preuve d'adresse pour rédiger une clause soumettant la résolution unilatérale à certaines formalités, sans déroger à l'appréciation judiciaire de la faute, autrement dit pour stipuler un aménagement de la résolution unilatérale et non une clause résolutoire. En revanche, il est peu probable que la Cour de cassation soit attachée au principe d'une résolution sans aucune formalité au point de désactiver les clauses prévoyant expressément des garanties au profit du débiteur. Ce, d'autant moins que l'ordonnance du 10 février 2016 a pris le contre-pied du libéralisme de la Cour de cassation quant aux formalités de la résolution unilatérale.

### B. – Et après la réforme ?

Cette évolution des textes conduit à une seconde série d'interrogations, à commencer par celle de la survie, sous l'empire de la réforme, de l'option entre clause résolutoire et résolution unilatérale. Il est vrai que la clause



résolutoire vient en tête des nouveaux textes, ce qui paraît marquer une préférence du législateur pour une organisation conventionnelle de la résolution, et que l'option du créancier n'est expressément consacrée que pour la résolution judiciaire (*C. civ., art. 1227*). Néanmoins, au soutien de la persistance de l'option consacrée par l'arrêt commenté, le nouvel article 1124 du Code civil place sur un pied d'égalité la clause résolutoire, la résolution par notification et la résolution judiciaire, qui apparaissent ainsi comme une panoplie de solutions offertes au créancier, à l'instar, plus généralement, des différentes sanctions de l'inexécution (*V. C. civ., art. 1217*). En outre, la résolution unilatérale, devenue « par notification », se trouve désormais soumise à un ensemble de garde-fous protecteurs du débiteur : sauf urgence, mise en demeure avec rappel de la faculté de résolution, notification de la résolution et motivation de celle-ci (*C. civ., art. 1226*). Dans la majorité des cas, la résolution unilatérale ne sera donc pas plus attractive pour le créancier que la résolution conventionnelle et l'option entre ces deux modes de résolution sera bien plus protectrice du débiteur que sous l'empire du droit antérieur. La solution retenue par l'arrêt du 8 février 2018 devrait donc, logiquement, persister après la réforme.

Reste la question, déjà évoquée plus haut à propos du droit antérieur, de savoir si les parties peuvent renoncer à la résolution par notification ou en aménager les modalités légales, par exemple en excluant la mise en demeure ou en convenant du délai devant figurer dans celle-ci. Si la renonciation non équivoque à ce mode de résolution paraît admissible (*le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* précisant même : « y compris en cas d'urgence » : *JO 11 févr. 2016, texte n° 25*), la possibilité d'un aménagement conventionnel est plus douteuse, en ce qu'elle conduirait à bouleverser la conciliation établie par la réforme entre pouvoir unilatéral de résolution et protection des intérêts du débiteur. Néanmoins, l'arrêt commenté révèle que, sous l'empire du droit ancien, la Cour de cassation n'entend pas infléchir sa conception libérale de la résolution unilatérale pour s'inspirer des nouvelles garanties légales. Si l'arrêt se présente ainsi comme le chant du cygne de la résolution unilatérale sans formalités, depuis la réforme, il pourrait en revanche laisser présager que la Cour de cassation sera favorable au caractère supplétif des nouvelles formalités légales.

---

### Annexe 3 – Com., 7 fév. 2018, n° 16-20352, D. 2018, p. 537, note D. Mazeaud

**Cour de cassation**  
**chambre commerciale**  
**Audience publique du 7 février 2018**  
**n° de pourvoi : 16-20352**

ECLI :FR :CCASS :2018 :CO00181

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M<sup>me</sup> Mouillard, président**

SCP Bénabent, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Donne acte à la société Dalkia de ce qu'elle vient aux droits de la société Valmy énergies ;

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 12 octobre 2010, la société Constructions industrielles de la Méditerranée (la société CNIM) a procédé à des réparations sur une chaudière d'une centrale exploitée par la Société de cogénération de Tavaux (la société SCT), aux droits de laquelle est venue la société Valmy énergies ; que cette dernière a obtenu, après la survenance de nouvelles fuites, une expertise judiciaire qui a conclu qu'elles étaient imputables aux soudures effectuées par la société CNIM ; que la société Valmy énergies a assigné cette dernière en résolution du contrat, restitution et paiement de dommages-intérêts en réparation de ses préjudices matériels et de ses pertes d'exploitation ; que la société CNIM a demandé l'application de la clause limitative de réparation ;

Attendu que pour condamner la société CNIM à payer à la société Valmy énergies la somme de 761 253,43 euros à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, il n'y a pas lieu d'appliquer la clause limitative de responsabilité ;



Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Constructions industrielles de la Méditerranée à payer à la société Valmy énergies à titre de dommages-intérêts, la somme de 761 253,43 euros majorée des intérêts au taux légal à compter de la signification du jugement et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 20 avril 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Colmar ;

Condamne la société Dalkia aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Constructions industrielles de la Méditerranée la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du sept février deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour la société Constructions industrielles de la Méditerranée.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué, qui a prononcé la résolution judiciaire du contrat, d'avoir condamné la société CNIM à payer à la société SCT, à titre de dommages-intérêts, la somme de 761 253,43 €, ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, il n'y a pas lieu d'appliquer la clause limitative de responsabilité alléguée par la société CNIM, qui s'énonce dans les termes suivants : « Les obligations de CNIM sont limitativement comprise dans le présent document [conditions générales de vente] ainsi que dans la proposition Technique./Sauf pour ce qui est du paiement ou de la déduction des pénalités de retard et/ou de performance qui pourraient être prévues au contrat, CNIM Babcock Services ne sera en aucun manière tenu d'indemniser SCT Dalkia pour les pertes de revenu, d'usage, de production, augmentation des coûts de production ou à des tiers en relation avec l'exécution du Contrat./La responsabilité globale encourue par CNIM Babcock Services au titre de l'ensemble des obligations assumées en vertu du Contrat, y compris toutes restitutions, pénalités et dommages et intérêts, est strictement limitée à 100 % du Prix hors taxe/SCT Dalkia et ses assureurs renoncent à recouvrer contre CNIM Babcock Services et ses assureurs au-delà de ces exclusions et limites » ; que le jugement entrepris sera confirmé, la société Valmy ayant droit à la réparation intégrale de son préjudice ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE la résolution du contrat emporte son anéantissement rétroactif, de sorte que la société CNIM ne peut plus se prévaloir des stipulations contenues dans ce contrat, notamment quant à la limitation contractuelle de sa responsabilité vis-à-vis de la société SCT ;

ALORS QUE lorsqu'une inexécution contractuelle entraîne la résolution judiciaire du contrat, la réparation du préjudice causé par cette inexécution reste soumise à la clause limitative de responsabilité stipulée dans le contrat, laquelle vise par nature à régler les conséquences de cette inexécution, nonobstant l'anéantissement rétroactif du contrat ; qu'en déniaut à la société CNIM le droit de se prévaloir de la clause limitative de responsabilité stipulée dans le contrat conclu avec la société SCT, en raison de la résolution de ce contrat, tandis que cette résolution était sans incidence sur l'applicabilité de la clause, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1184 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. **Publication :**

**Décision attaquée :** cour d'appel de Nancy, du 20 avril 2016

**Titrages et résumés :** CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Résolution – Résolution judiciaire – Effets – Inexécution – Réparation des conséquences de l'inexécution du contrat – Sort des clauses limitatives de réparation – Détermination

En cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables

**Textes appliqués :**

articles 1134 et 1184 du code civil dans leur rédaction antérieure, à celle de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

## Le sort des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat

**Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)**

1. Si on s'en tient à l'écume de la législation et de la jurisprudence contemporaines, le sort des clauses de responsabilité semble d'une extrême fragilité.



Elles sont, d'abord, menacées, par les exceptions traditionnelles que la Cour de cassation a énoncées depuis des lustres, en décidant qu'elles étaient inefficaces en cas de faute dolosive ou de faute lourde du débiteur qui s'en prévaut.

Elles sont prohibées, dans les lois modernes spéciales d'indemnisation et sans doute en droit commun, en cas de préjudice corporel.

Elles ont été réputées non écrites quand elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur<sup>1</sup>, exception d'origine jurisprudentielle codifiée dans le nouvel article 1170 du code civil, étant entendu que le champ d'application de ce texte n'est pas réduit à ces seules clauses.

Elles sont présumées irréfragablement abusives quand elles sont stipulées dans un contrat de consommation et doivent, alors, être réputées non écrites. Elles pourront aussi recevoir ce même label quand elles sont insérées dans un contrat qui entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce à condition qu'elles aient été imposées au créancier, qu'elles ne soient pas compensées par une autre clause du contrat et évidemment qu'elles créent un déséquilibre contractuel significatif. Désormais, elles devront encore passer le test de l'article 1171 du code civil, quand elles seront stipulées dans un contrat d'adhésion, soumis au droit commun des contrats, tel qu'il émane des dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

2. Au regard de cette imposante liste d'exceptions, il n'est pas illégitime de se demander si la liberté contractuelle, que ces clauses expriment quant à l'aménagement de la responsabilité contractuelle, n'est pas, en droit positif, un trompe-l'œil et si les exceptions n'ont pas, lentement mais sûrement, absorbé ledit principe.

3. Pourtant, à y regarder de plus près, ces clauses ne semblent pas avoir, en dépit de la multitude et de l'importance des exceptions recensées, leur avenir derrière elles.

En premier lieu, si le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 10 mars 2017 aboutit tel qu'il est conçu en l'état, non seulement le principe de leur validité est maintenu en matière contractuelle, mais encore le champ d'application de ces clauses est étendu, puisque ce texte affirme qu'elles sont, en principe, valables en matière extracontractuelle.

En deuxième lieu, un récent arrêt<sup>2</sup>, judicieusement repéré par Laurent Leveneur, s'est prononcé en faveur de l'efficacité d'une clause de responsabilité qui semblait pourtant, *a priori*, promise à l'anéantissement. En l'espèce, il s'agissait d'une clause exonératoire de responsabilité, stipulée dans un contrat de dépôt. Aux termes de cette clause, la responsabilité du dépositaire était exclue au cas où les biens entreposés seraient détériorés. À la suite de l'incendie qui les avait détruits, le déposant réclamait une indemnisation et soutenait que la clause susvisée, que le dépositaire invoquait pour échapper à sa responsabilité, lui était inopposable parce qu'elle contredisait l'obligation essentielle de conservation, souscrite par son cocontractant. La Cour de cassation ne l'a pas entendu de cette oreille et a rejeté le pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel qui avait considéré que la clause était applicable. Elle a, en effet, décidé qu'« après avoir énoncé que doit être déclarée non écrite la clause ayant pour effet de neutraliser le caractère contraignant de l'obligation essentielle résultant d'un contrat en dispensant le débiteur d'exécuter son obligation, l'arrêt relève que la clause litigieuse, inscrite dans le cadre de relations contractuelles habituelles et équilibrées, a prévu une répartition entre les deux parties des risques encourus par les marchandises ; qu'ayant, ainsi, fait ressortir que la clause litigieuse ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle du contrat de stockage, la cour d'appel, (...) a retenu, à juste titre, que cette clause devait recevoir application ». On le comprend, la clause de non-responsabilité a trouvé grâce aux yeux de la Cour, parce que celle-ci ne se livre pas à une analyse micro contractuelle, qui consisterait à apprécier la validité de la clause isolément, en faisant abstraction de l'environnement contractuel dans lequel elle s'inscrit, mais à une analyse macro contractuelle. La vitalité de la clause est, en effet, appréciée, d'une part, au regard des autres clauses du contrat, d'autre part, en fonction du passé contractuel commun des contractants. Or il apparaît que cette clause avait pour fonction une répartition des risques encourus par les marchandises entreposées : si le dépositaire avait assumé le risque de détérioration de ces dernières, le coût de l'assurance souscrite aurait fatalement été répercuté sur le prix dû par le déposant<sup>3</sup>. La vitalité de la clause procédait donc de l'analyse de l'économie générale du contrat dans lequel elle était stipulée. Par ailleurs, la Cour relève que la clause s'inscrivait « dans le cadre de relations contractuelles habituelles et équilibrées ».

1. Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux, 145, chron. C. Larroumet, et 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre, et 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc ; CCC 1997. Comm. 24, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997. 333, obs. D. Mazeaud ; JCP1997. I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney, et II. 22881, obs. D. Cohen ; 29 juin 2010, n° 09-11.841, D. 2010. 1707, obs. X. Delpech, 1832, note D. Mazeaud, 2011. 35, obs. O. Gout, et 472, obs. B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages ; JCP 2010. 787, obs. D. Houtcieff ; JCP E 2010. 1790, obs. P. Stoffel-Munck

2. Com. 26 avr. 2017, n° 15-23.239, D. 2018. 371, obs. M. Mekki ; RTD civ. 2017. 851, obs. H. Barbier ; CCC 2017. Comm. 140, obs. L. Leveneur.

3. En ce sens, L. Leveneur, *eod. loc.*



En somme, la vitalité de cette clause de non-responsabilité s'imposait d'autant plus qu'elle avait été stipulée dans un « contrat structurellement équilibré »<sup>4</sup>, lequel jalonnait une relation contractuelle qui s'inscrivait dans la durée.

En troisième lieu, l'embellie dont ces clauses sont l'objet procède clairement de l'arrêt rendu, le 7 février 2018, par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

4. Deux sociétés ont conclu un contrat d'entreprise. À la suite d'une exécution défectueuse des obligations souscrites par l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage a exercé une action en résolution et une action en responsabilité. La résolution aux torts exclusifs de l'entrepreneur a été prononcée par les juges du fond qui ont, par ailleurs, retenu à sa charge l'indemnisation intégrale du préjudice subi par son cocontractant, en dépit de la clause limitative de réparation stipulée dans le contrat. Et si cette clause favorable à l'entrepreneur avait été désactivée par les juges du fond, c'est parce que « la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, il n'y a pas lieu d'appliquer la clause limitative de responsabilité ». La Cour de cassation a censuré cette décision avec une motivation parfaitement ciselée : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables, la cour d'appel a violé » les articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

5. Rendu au visa des règles antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016 (I), l'arrêt l'aurait-il été dans un sens identique si la Cour de cassation avait statué à la lumière des dispositions de celle-ci (II) ?

## I – Au visa des règles du droit antérieur

6. Est-il légitime qu'une clause qui aménage la responsabilité du débiteur en sa faveur survive à la résolution, laquelle emporte l'anéantissement rétroactif du contrat ?

Dans un premier mouvement, une réponse négative semble s'imposer. La résolution doit emporter dans la tourmente de la rétroactivité toutes les clauses qui composent le contrat, qu'il s'agisse de celles qui prévoient les prestations principales que les contractants se sont engagés à exécuter, de celles qui précisent sa durée, ou encore de celles qui aménagent, en cas de litige, son mode de règlement, la compétence d'attribution ou territoriale, la preuve du contrat, son interprétation, les sanctions de son inexécution, voire celles qui comportent des obligations post-contractuelles. Puisque le support de ces clauses disparaît pour le passé, elles doivent subir le même sort : les accessoires, les clauses, suivent le principal, le contrat. Elles sont donc fatalement elles aussi anéanties rétroactivement.

7. Pourtant, même en s'inscrivant dans une logique de rétroactivité<sup>5</sup>, le droit positif était, avant l'arrêt commenté, plus nuancé.

Certes, la Cour de cassation a déjà décidé, à plusieurs reprises, que les clauses limitatives de réparation ne survivent pas à la résolution du contrat dans lequel elles ont été stipulées, en raison de la rétroactivité de l'anéantissement qu'elle provoque<sup>6</sup>. Certes, pour une raison identique, elle a fait subir le même sort à la clause de non-concurrence<sup>7</sup>, ce qui ne va pas de soi, puisque, dans l'esprit des contractants, l'obligation qui résulte de la clause n'a de sens et de raison d'être que pour la période post-contractuelle. Cependant, la Cour de cassation a considéré que des clauses relatives aux litiges que peut engendrer le contrat demeurent applicables en dépit de la résolution du contrat qui en constituait la matrice<sup>8</sup>. De même, elle a décidé que les clauses pénales ont vocation à s'appliquer en dépit de la résolution du contrat, dans lequel elles sont insérées, et de son caractère rétroactif<sup>9</sup>.

8. La nouvelle règle énoncée par la Cour de cassation, qui aligne en cas de résolution le sort des clauses limitatives de réparation sur celui des clauses pénales, ne souffre, à la réflexion, aucune réserve.

4. Sur la distinction entre les contrats structurellement équilibrés et les contrats structurellement déséquilibrés, V. F. Zenati-Castaing et T. Revet, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats, PUF, 2014, *passim*. Pour une lecture du droit des clauses de responsabilité fondée, entre autres, sur la distinction entre ces contrats et les contrats structurellement déséquilibrés, V. S. Leveneur-Azémar, Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, LGDJ, 2017.

5. Pour une critique convaincante de cette logique, V. T. Genicon, RDC 2011. 431.

6. En ce sens, Com. 5 oct. 2010, n° 08-11.630, JCP 2011, n° 3, p. 63, obs. P. Grosser ; RDC 2011. 431, obs. T. Genicon ; 3 mai 2012, n° 11-17.779, D. 2012. 1719, note A. Etienney-de Sainte Marie, et 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2012. 527, obs. B. Fages ; JCP 2012. 901, obs. A. Hontebeyrie ; Civ. 3<sup>e</sup>, 20 juin 2012, n° 11-16.197, D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 622.

7. En ce sens, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 nov. 1989, n° 87-11.473, D. 1990. 335, obs. Y. Serra ; RTD civ. 1990. 473, obs. J. Mestre ; 6 mars 1996, n° 93-21.728, D. 1997. 97, obs. Y. Serra, et 321, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1996. 906, obs. J. Mestre.

8. En ce sens, pour une clause compromissoire, Com. 12 nov. 1968, Bull. civ. IV, n° 316 ; pour une clause attributive de compétence, Civ. 2<sup>e</sup>, 11 janv. 1978, n° 76-11.237 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 07-17.778 ; pour une clause de conciliation préalable, Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2003, n° 01-01.291, RDSS 2003. 633, obs. G. Mémeteau ; RTD civ. 2003. 499, obs. J. Mestre et B. Fages.

9. En ce sens, V. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2005, n° 04-11.223 ; Com. 22 mars 2011, n° 09-16.660, D. 2011. 1012, obs. X. Delpech, et 2179, note A. Hontebeyrie ; Rev. sociétés 2011. 626, note J. Moury ; RTD civ. 2011. 345, obs. B. Fages.





En effet, à l'image des clauses pénales, ces clauses, qui dérogent aux règles légales de la responsabilité contractuelle, aménagent les suites de l'inexécution du contrat. Tandis que les clauses pénales sanctionnent l'inexécution illicite du contrat en fixant un forfait dans l'intérêt du créancier, les clauses limitatives prévoient, dans le même cas de figure, un plancher d'indemnisation favorable au débiteur. Les unes comme les autres, on le comprend, aménagent donc les conséquences de l'inexécution du contrat, laquelle en constitue le fait générateur. Elles sont donc dotées d'une autonomie certaine par rapport au contrat dans lequel elles sont insérées, en ce sens que leur application dépend exclusivement de son inexécution, indépendamment du sort du contrat « souche ». L'inexécution constitue ainsi la condition nécessaire et suffisante de leur mise en jeu, quel que soit le sort du contrat dans lequel elles étaient stipulées. Dans son arrêt, la Cour de cassation ne dit rien d'autre lorsqu'elle affirme qu'« en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables ». De telles clauses comportent les prévisions des contractants quant à la réparation du préjudice causé par l'inexécution. Elles doivent donc jouer quand cette inexécution est avérée ; peu importe ce que devient le contrat à la suite de cette inexécution. La résolution, certes, anéantit les effets passés, si elle est rétroactive, et futurs du contrat, elle élimine les prestations essentielles du contrat, celles dans lesquelles s'incarneraient l'opération économique dont il était le support, un point c'est tout. Mais les clauses relatives aux suites, aux conséquences de l'inexécution, aux sanctions du contractant auquel l'inexécution est imputable, à l'évaluation du préjudice causé par cette même inexécution, ne doivent pas être affectées par la résolution. De même que le cumul entre la résolution et la responsabilité contractuelle, dont l'inexécution constitue le fait générateur commun, est possible, de même, malgré leur fait générateur identique, toutes les clauses qui sont relatives à la responsabilité contractuelle doivent jouer en dépit de la résolution.

9. Et peu importe, pour qu'il en soit ainsi, que la responsabilité soit prononcée aux torts exclusifs du débiteur ! Certes, dans un premier mouvement, le pouvoir donné au débiteur fautif, auquel la disparition du contrat est exclusivement imputable, de se prévaloir d'une clause limitative de réparation, semble lui permettre de s'en sortir à bon compte. Mais il ne s'agit de rien d'autre que l'application du droit commun applicable à ces clauses. Le débiteur peut opposer une telle clause, alors qu'un manquement contractuel lui est imputable. Ce qui ne revient pas, pour autant, à mépriser les intérêts du créancier. En effet, c'est uniquement si la résolution aux torts exclusifs a été prononcée en raison d'une faute non qualifiée du débiteur, à condition qu'elle revête tout de même un caractère suffisamment grave, que celui-ci pourra brandir la clause pour diminuer le montant de la réparation du préjudice subi par le créancier. En revanche, si la résolution aux torts exclusifs du débiteur résulte d'une faute dolosive ou d'une faute lourde, la clause sera neutralisée.

10. En définitive, donc, une faute simple du débiteur peut emporter la mise en jeu de sa responsabilité, mais il peut alors opposer au créancier la clause limitative de réparation. Lorsque sa faute est suffisamment grave, elle provoquera la résolution du contrat et la clause limitative de réparation aura aussi vocation à s'appliquer en faveur du débiteur. Et quand la faute sera dolosive ou lourde, elle pourra, *a fortiori*, entraîner la résolution du contrat, sans que le débiteur puisse alors se prévaloir d'une clause limitative de réparation, étant entendu que ces trois propositions valent évidemment aussi pour les clauses limitatives ou évasives de responsabilité. Reste simplement à tracer la frontière entre l'inexécution suffisamment grave pour emporter la résolution et la faute lourde qui provoque la neutralisation des clauses de responsabilité favorables au débiteur, l'une ne se confondant pas nécessairement avec l'autre.

Rendu au visa des règles du droit antérieur classiquement appliquées par la Cour au contrat litigieux en cours, l'arrêt suscite donc l'adhésion. Mais la Cour se serait-elle prononcée dans le même sens, si elle avait statué en s'éclairant à la lumière de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 », comme elle l'a déjà fait, à plusieurs reprises, depuis son entrée en vigueur<sup>10</sup>.

## II – À la lumière des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016

11. Le « nouvel » article 1230 du code civil dispose que : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ».

10. Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793, note B. Fauvarque-Cosson, 1149, obs. N. Damas, et 2018. 371, obs. M. Mekki ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thiolye, et 2018. 11, étude H. Jégou et J. Quiroga-Galdo ; AJ Contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier ; JCP 2017. 305, avis B. Sturlèse et obs. G. Pignarre et 325, obs. Y.-M. Serinet ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 sept. 2017, n° 16-12.906, D. 2017. 1911 ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier ; LEDC déc. 2017. 2, note O. Sabard ; Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, D. 2017. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry, 2007, note D. Mazeaud, et 2018. 371, obs. M. Mekki ; AJ Contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; Dr. soc. 2018. 170, étude R. Vatinet, et 175, étude Y. Pagnerre ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier ; CCC 2017. Comm. 238, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, p. 13, note M. Latina ; LEDC 2017, n° 10, p. 1, obs. S. Pellet ; JCP 2017. 1238, obs. N. Molfessis ; Com. 5 juill. 2017, n° 16-12.836, AJ Contrat 2017. 434 ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier.



Qu'en aurait-il alors été du sort de la clause limitative de réparation en l'espèce, si la Cour avait statué en s'éclairant à la lumière de ce texte nouveau ?

12. L'examen de la lettre de l'article révèle qu'il a été conçu en contemplation, d'abord, des clauses qui ont pour but d'aménager le règlement judiciaire des litiges, ensuite, si ce n'est essentiellement, tant la justice sans juge a le vent en poupe, de celles qui ont pour objectif de soustraire la résolution des litiges à l'intervention du juge étatique, enfin, des clauses qui imposent des obligations post-contractuelles, lesquelles ont vocation à perdurer en dépit de la résolution du contrat dans lequel elles étaient stipulées. Quant à ces dernières, le texte vise expressément les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

13. Reste à savoir si, malgré l'imprécision de la lettre du texte, dont rien ne permet de penser que la petite liste qu'il dresse est exhaustive, les clauses de responsabilité, en général, et les clauses limitatives de réparation, en particulier, entrent dans son champ d'application, auquel cas la règle énoncée par la Cour dans l'arrêt commenté deviendrait finalement superflue pour les contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

14. Il ne fait guère de doute que si elle s'était inspirée des dispositions de la réforme pour rendre son arrêt, la Cour aurait statué dans le même sens<sup>11</sup>. Sans trop étreindre, en effet, l'article 1230 a manifestement vocation à embrasser toutes les clauses de responsabilité dont le fait générateur réside dans l'inexécution et dont l'objectif est d'en aménager les conséquences, soit en faveur du créancier (clause pénale), soit en faveur du débiteur (clause évasive de responsabilité, clause limitative de responsabilité, clause limitative de réparation). En effet, ces clauses ont pour raison d'être d'organiser les effets que l'inexécution provoque et qui sont susceptibles de se produire postérieurement à la résolution ; elles ont donc une aptitude naturelle à survivre à l'anéantissement qu'emporte celle-ci : elles sont, dans l'esprit des parties, « destinées à produire effet même en cas de résolution ». Mieux, elles n'ont vocation à jouer qu'en cas d'inexécution, laquelle est à la fois source de résolution, si elle est suffisamment grave, et de responsabilité. Certes, la résolution emporte la disparition de toute obligation d'exécuter les prestations essentielles que le contrat anéanti avait engendrées, mais elle n'exerce aucune influence sur les clauses par lesquelles les contractants avaient prévu la gestion des risques inhérents à l'inexécution.

15. S'il restait l'ombre d'un doute pour fonder la règle retenue par l'arrêt commenté et induite de l'article 1230 du code civil, il suffirait de se reporter aux convaincantes explications de Thomas Genicon pour justifier le maintien des clauses limitatives de réparation et de toutes les clauses de responsabilité en dépit de la résolution du contrat dans lequel elles ont été stipulées. La résolution anéantit l'opération économique dont le contrat résolu était le support et, par conséquent, « la réalisation de l'opération économique portée par le contrat ne peut plus être envisagée dès lors que la résolution est décidée. Aucun des contractants ne peut être admis à obtenir en nature ce qu'il escomptait de cette opération ». Mais ce que ne peuvent plus réclamer les ex-contractants, c'est seulement l'exécution de l'opération économique dont le contrat résolu constituait le support. Or certaines clauses contractuelles ne participent « en aucune façon au déroulement de l'opération économique du contrat appréhendée dans sa réalisation idéale »<sup>12</sup>. Elles n'entretiennent pas, à proprement parler, de lien avec le projet économique dont le contrat constituait l'écrin juridique. Elles ne relèvent pas de l'exécution du contrat, elles s'inscrivent dans la perspective de son inexécution.

Tel est bien le cas des différentes clauses de responsabilité, notamment des clauses limitatives de réparation qui ne relèvent pas de l'exécution des prestations essentielles que les contractants s'étaient engagés à exécuter, mais régissent les conséquences de leur inexécution. En tant que telles, leur destin est donc indépendant de celui du contrat résolu.

**Mots clés :**

**CONTRAT ET OBLIGATIONS** \* Exécution \* Inexécution \* Résolution \* Clause limitative de réparation

11. En faveur d'une application de ce texte aux clauses limitatives de réparation, V. entre autres, F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations-Innovations-Perspectives*, Dalloz, 2016, spéc. n° 28.224 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 516. Moins catégorique, G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 577 s.

12. *Eod. loc.*, p. 437.



# Thème 9

## Responsabilité contractuelle

### Plan du thème

#### Section 1 – RESPONSABILITÉ LÉGALE

##### § 1. Mise en jeu de la responsabilité

###### *A. Conditions*

###### 1) Inexécution d'une obligation

*a) Principe de distinction des obligations de moyen et de résultat*

*b) Critères de distinction*

*c) Application au cas de l'obligation de sécurité*

*d) Application au cas de l'obligation médicale*

###### 2) Dommage

*a) Nécessité du dommage ?*

*b) Types de dommages*

*c) Prévisibilité du dommage*

###### 3) Lien de causalité

###### *B. Mise en œuvre*

###### 1) Mise en demeure

###### 2) Délai d'action

###### *C. Causes exonératoires*

##### § 2. Effets : la réparation

###### *A. Dommages-intérêts compensatoires*

###### *B. Dommages-intérêts moratoires*

## Section 2 – AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS

### § 1. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

*A. Obstacles par des législations spéciales*

*B. Obstacles par le droit commun*

1) Inefficacité de la clause : dol et faute lourde

*a) Dol*

*b) Faute lourde*

2) Clause réputée non écrite : atteinte à l'obligation essentielle et déséquilibre significatif

### § 2. Clauses pénales



# Responsabilité contractuelle

## Introduction

1. La **réforme** du droit des contrats ne contient pas de modification notable de la responsabilité contractuelle qu'elle se contente de recodifier à droit constant, en intégrant quelques interprétations jurisprudentielles. La Chancellerie a fait le choix idéologique de concevoir la question des dommages et intérêts consécutifs à l'inexécution du contrat comme un **type particulier de responsabilité**, de « même nature » que la responsabilité délictuelle<sup>1</sup>, comme le présente le projet Catala à l'initiative de certains auteurs<sup>2</sup>. Cette conception est celle que la jurisprudence a tissée au fil des décennies en construisant le régime de ces dommages et intérêts sur celui de la responsabilité délictuelle, aboutissant à la « responsabilité contractuelle » dont le terme n'a jamais existé dans le Code civil. Ce parti pris, qui n'est pas partagé par tous<sup>3</sup>, se révèle déjà dans le titre de la sous-section 5 qui lui est dédié, passant de l'historique section IV intitulée « des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » à « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat », ainsi que dans l'emploi du terme de « responsabilité extracontractuelle » pour désigner la responsabilité délictuelle. La responsabilité fait actuellement l'objet d'une **réforme autonome** qui comprend des dispositions communes aux deux types de responsabilité. Connue depuis le 29 avril 2016 avec une nouvelle version présentée le 13 mars 2017, cette réforme, en cours de finalisation, ne bouleverse pas les acquis de la responsabilité contractuelle malgré quelques innovations qui seront signalées au fur et à mesure dans le présent support<sup>4</sup>. Le mécanisme de la responsabilité contractuelle n'étant pas d'ordre public, doit être distingué le régime légal de la responsabilité (1) des aménagements conventionnels (2).

## Section 1 – RESPONSABILITÉ LÉGALE

2. La dernière sous-section relative aux sanctions de l'inexécution du contrat est consacrée à « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution », c'est-à-dire la responsabilité contractuelle légale (art. 1231 à 1231-7), dont la réécriture se contente de clarifier le droit positif en intégrant les interprétations jurisprudentielles. L'actualité jurisprudentielle se concentre sur la faute de la victime susceptible d'exonérer partiellement le débiteur.

### § 1. Mise en jeu de la responsabilité

#### A. Conditions

##### 1) Inexécution d'une obligation

3. L'inexécution doit porter sur une obligation contractuelle, que celle-ci soit expresse, implicite ou imposée par le juge (*cf.* Thème 7 n° 4 s.). Toute inexécution, qu'elle soit délibérée ou involontaire, partielle ou totale, permet d'engager la responsabilité du débiteur (dès lors qu'il y a, évidemment, un dommage et un lien de causalité). Ainsi « l'avocat, investi d'un devoir de compétence, est tenu d'accomplir, dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et

1. V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, sp. p. 31.

2. V. not. Viney G., Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité, JCP 2016, doctr. 99. Une proposition de loi réformant le droit de la responsabilité avait été déposée au Sénat le 9 juillet 2010 par le sénateur Béteille (texte n° 657, 2009-2010), s'inspirant de la réforme proposée par M. Catala, qui regroupait dans un même chapitre les responsabilités contractuelle et délictuelle (pour plus de détails, *cf.* article de Juillet Ch.), mais elle n'a jamais abouti.

3. Rémy Ph., La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997. 323. Le projet Terré a fait le choix de distinguer les dommages intérêts en cas d'inexécution du contrat de la responsabilité délictuelle.

4. Pour le reste, *cf.* Support Responsabilité délictuelle.



engage sa responsabilité civile professionnelle en omettant d'invoquer une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge, a des chances de la faire prospérer » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 2016**, n° 15-27.234).

4. L'inexécution peut être imputée au débiteur sans qu'il soit pour autant l'auteur direct du dommage : c'est ce que l'on appelle la **responsabilité contractuelle du fait d'autrui** (pour la constitutionnalité d'une telle responsabilité, *cf.* Cons. const. 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC, JCP 2016. 113, note Schiller). Toutefois, un lien certain doit exister entre le débiteur et l'auteur : il s'agit généralement d'un préposé (lorsqu'un employé est à l'origine d'une inexécution contractuelle, c'est l'employeur qui en est responsable vis-à-vis du créancier) ou d'une personne choisie par le débiteur pour exécuter sa propre obligation (cas d'un sous-contractant que le débiteur aurait lui-même choisi ; *cf.* également nouv. art. L. 221-15 du c. consom. V. ég. récemment pour une association confiant à une société la gestion de la surveillance et la sécurité des participants à la soirée organisée : **Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juin 2014**, n° 13-14843, D. 2015. 124, obs. Gout ; D. 2014. 1625, note Ménabé ; RTD civ. 2014. 663, obs. Jourdain ; JCP 2014. 744, obs. Bourdoiseau, et 919, note Bakouche ; CCC. 2014, comm. 210 obs. Leveneur). C'est plus par abus de langage que l'on parle de responsabilité du fait d'autrui dans la mesure où une faute est finalement reprochée au débiteur, celle du choix de son préposé ou son défaut de surveillance.



#### Actualité

Toutefois, lorsqu'un entrepreneur ne réalise pas les travaux qu'il lui incombait de réaliser et que ceux-ci sont confiés par le maître de l'ouvrage à un tiers, cet entrepreneur ne saurait voir sa responsabilité contractuelle engagée du fait des malversations imputables à l'entreprise tierce (**Civ. 3<sup>e</sup>, 8 nov. 2018**, n° 17-19823, PBI).

#### a) Principe de distinction des obligations de moyen et de résultat

5. La **réforme** ne formalise pas dans la loi la distinction jurisprudentielle classique entre les obligations de moyens et de résultat, mais celle-ci devrait continuer à perdurer puisqu'elle permet de circonscrire le contenu réel de l'obligation contractée en cas d'inexécution. Cette distinction est née en raison d'une apparente contradiction entre les anciens articles 1137 (repris en partie dans l'art. 1197) et 1147 C. civ (art. 1231-1), suscitant la question de savoir s'il était ou non nécessaire de prouver un comportement fautif du débiteur pour établir l'existence d'une inexécution (*cf.* Terré, Simler et Lequette, Les obligations, n° 577 s.). Cette difficulté a été résolue par la distinction des obligations de moyen et de résultat dont la différence réside dans le contenu obligatoire.

6. **L'obligation est de moyen** lorsque son contenu consiste à ce que tous les soins soient apportés par le débiteur pour que satisfaction soit donnée au créancier. Ainsi, l'obligation du médecin est de moyen, celui-ci devant faire tout son possible pour guérir ses patients (« *donner des soins consciencieux, attentifs... conformes aux données acquises de la science* », **Civ. 20, mai 1936**, Mercier, GAJC tome II n° 162). Cette idée est généralement traduite par la nécessité de prouver une « faute », appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire un comportement que n'aurait pas eu un « bon père de famille » placé dans les mêmes circonstances (anc. art. 1137, repris en partie au nouvel art. 1197). Parfois, dans des domaines particuliers, cette faute peut être spécifique ; ainsi, en matière de construction, la jurisprudence considère qu'à l'expiration de la responsabilité spéciale des constructeurs (art. 1792 s.), leur responsabilité peut encore être recherchée mais uniquement pour « faute dolosive », c'est-à-dire en ce domaine lorsque « de propos délibéré, même sans intention de nuire, il viole, par dissimulation ou par fraude, ses obligations contractuelles » (*cf.* dernièrement : **Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv 2017**, n° 15-22.772, D. 2017. 392, note Mazeaud ; RDI 2017. 155 obs. Malinvaud ; D. actu 2017, obs. Pelet)<sup>5</sup>.

5. La notion de « faute dolosive » en matière de construction est à distinguer de celle retenue en droit commun des contrats pour rendre inefficace les clauses limitatives de responsabilité (*cf. infra* n° 45). V. à ce propos : D. Mazeaud, D. 2017. 392.



**7. L'obligation est de résultat** lorsque son contenu consiste à atteindre un résultat : le seul fait que le résultat ne soit pas atteint suffit pour que l'obligation ne soit pas exécutée, peu importe que le débiteur ait ou non été diligent (par ex., l'obligation d'un entrepreneur qui effectue des travaux dans une maison consiste à réaliser et finir la réalisation promise et non à faire son possible pour y arriver ; ou encore l'obligation de ponctualité du transporteur ferroviaire : **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2016**, n° 14-28227, D. 2016 actu 27 janv. ; CCC 2016, comm. 87, obs. Leveneur : « *L'obligation de ponctualité à laquelle s'engage un transporteur ferroviaire constitue une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère ne pouvant lui être imputée* »). La preuve de l'inexécution est donc plus facile à apporter pour le créancier, et le débiteur ne pourra s'exonérer qu'en prouvant une cause étrangère.

**8.** Outre le fait que la distinction entre obligation de moyen et de résultat n'est pas toujours facile à mettre en œuvre dans les faits, la distinction s'est compliquée par la création de catégories intermédiaires. Ainsi, la jurisprudence a-t-elle découvert **l'obligation de résultat atténuée** ; celle-ci ne nécessite pas la preuve d'une faute (l'absence d'atteinte du résultat suffit), mais le débiteur peut s'exonérer en prouvant son absence de faute (mécanisme de la présomption simple de faute).

### Exemple

Un exemple traditionnel est celui du garagiste-réparateur ; dès lors que survient un dommage postérieurement à une réparation, la responsabilité du garagiste est engagée (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 fév. 2016, n° 14-29305, CCC 2016, comm. 110, obs. Leveneur), à charge pour lui de prouver son absence de faute ou un cas de force majeure (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1983, *Bull. civ. I*, n° 181, *RTD civ.* 1984. 119, obs. Rémy). Si pendant longtemps la Cour de cassation a considéré que cette obligation de résultat du garagiste emportait à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage (Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 263), la Cour de cassation semble considérer désormais que la causalité n'est pas présumée et doit être établie par le créancier (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2008<sup>6</sup>), c'est-à-dire, notamment, prouver que le dysfonctionnement ou la défectuosité existait antérieurement à l'intervention du garagiste ou lui est relié (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2012, n° 11-13.598, *RDC* 2012. 1200, obs. Deshayes, *RLDC* 2012, com. 4726, obs. Pouliquen, CCC 2012. comm. 199 obs. Leveneur. – Civ. 1<sup>re</sup>, 31 oct. 2012, n° 11-24324).

**9.** L'obligation peut encore être de **garantie** lorsque le débiteur garantit le résultat promis quoi qu'il arrive ; ainsi, aucune cause exonératoire n'est admise, pas même l'existence d'une force majeure. Si ces mécanismes sont généralement légaux (garantie des vices cachés dans la vente par ex.), rien n'empêche les parties de le prévoir contractuellement.

### b) Critères de distinction

**10.** Pour savoir si une obligation est de moyen ou de résultat, le juge vérifie d'abord quelle a pu être la **volonté des parties**, et lorsque le contrat est écrit, il vérifie le contenu précis des obligations à travers les différents engagements.

**11.** À défaut d'une position claire des parties, le juge doit trancher. Si deux critères essentiels ont été dégagés par la doctrine, on constate, à la lecture de la jurisprudence, que ces critères n'ont rien d'automatique ni de systématique. Le 1<sup>er</sup> critère est celui de **l'aléa** ; ainsi, lorsque le résultat escompté dépend d'un aléa, l'obligation sera plutôt de moyen (cas pour l'obligation du médecin). Le 2<sup>e</sup> critère est **le rôle actif de la victime** : plus la victime sera active, plus l'obligation sera de moyen (ex. de l'obligation des exploitants de télésiège : « *si l'obligation de sécurité pesant sur l'exploitant d'un télésiège est de résultat pendant le trajet, elle n'est plus que de moyens lors des opérations d'embarquement et de débarquement, en raison du rôle actif qu'y tiennent les usagers* » : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 110 ; D. 1998. 505 note Mouly). Pour une reprise récente de ce critère, cf. pour les exploitants de laser game (obligation

6. n° 06-18.350, D. 2008. AJ 1059 ; *RDC*. 2008. 757 obs. Carval. – Civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2001 et Com., 22 janv. 2002, *RTD civ.* 2002. 514, obs. Jourdain.



de moyen : **Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2015**, n° 14-17.813, CCC 2015, comm. 2, obs. Leveneur), de parcs à voitures (obligation de moyen : **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2015**, n° 14-21434, CCC 2016, comm. 32, obs. Leveneur), de parcours acrobatique dans les arbres (obligation de moyen : **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016**, n° 15-16.364), d'activité de saut à l'élastique (obligation de résultat : **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 nov. 2016**, n° 15-25.249, D. 2017. 198, note D. Mazeaud <sup>7</sup>), de salle d'escalade (obligation de moyen : **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2017**, n° 16-11.953, CCC 2017, comm. 70, obs. Leveneur), ou de création de site internet « clef en mains » (obligation de résultat : **Com. 17 mai 2017**, n° 15-17948, AJ Contrat 2017, p. 335).

### c) Application au cas de l'obligation de sécurité

**12.** À l'origine, lorsque cette obligation est née dans le transport de personnes, l'obligation n'était que de résultat (Civ., 21 nov. 1911, GAJC tome II n° 277 ; cf. Thème 7 n° 13 s.). Aujourd'hui, dans le cas du **transport par train**, l'obligation contractuelle de sécurité est de résultat entre le moment où le voyageur monte dans le train et le moment où il en descend (1<sup>er</sup> juill. 1969) ; dans l'enceinte de la gare, la responsabilité est délictuelle (**Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989** <sup>8</sup>).

**13.** Du transport par train, l'obligation de sécurité s'est ensuite étendue à **tout type de transport**, voire de déplacement (remonte-pente, télésiège, auto-tamponneuse). En s'étendant, l'obligation de sécurité a **perdu en intensité**, le juge considérant parfois qu'il s'agit d'une obligation de moyen et parfois de résultat, même si le choix réalisé ne semble pas toujours cohérent.

Ainsi, l'obligation de sécurité pesant sur l'exploitant d'un **télésiège** est « *de résultat pendant le trajet* », mais « *n'est plus que de moyens lors des opérations d'embarquement et de débarquement, en raison du rôle actif qu'y tiennent les usagers* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1998, Bull. civ. I, n° 110 ; D. 1998. 505 note Mouly).

En cas de promenade à **dos d'âne**, l'obligation de sécurité est de résultat (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 avr. 1967, Bull. civ. I, n° 148 ; JCP 1967. I. 15156 note Rodière), alors qu'elle est de moyen à dos de **cheval** (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1970, Bull. civ. I, n° 103, D. 1970. 421 note Rodière).

**14.** Désormais, l'obligation de sécurité dépasse largement le transport, sans s'y cantonner : sont également soumis à une telle obligation les vendeurs, fabricants ou restaurateurs. Les **vendeurs et fabricants** sont tenus d'une obligation de sécurité de résultat quant à leurs produits (« *le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; qu'il en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur ; que la cour d'appel qui retient souverainement que les cerceaux présentaient, en raison du principe même de leur conception, un risque d'accident, a par ce seul motif légalement justifié sa décision* », Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 43 ; D. 1995. 350 note Jourdain), alors que le **restaurateur** semble tenu d'une simple obligation de moyen quant à la sécurité de ses clients (« *le restaurateur est tenu d'observer dans l'aménagement, l'organisation et le fonctionnement de son établissement les règles de prudence et de surveillance qu'exige la sécurité de ses clients* », Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1995, Bull. civ. I, n° 129). Cf. dernièrement l'obligation de sécurité de résultat d'une assistante maternelle pour la sécurité des enfants (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 2010, n° 09-12.609). Peuvent encore être ajoutés les exploitants de toboggan aquatique tenus d'une obligation de sécurité de résultat (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2011, n° 09-72.325), les exploitants de domaine skiable tenus d'une obligation de moyen (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2010, n° 09-13.197, CCC. 2010. com. 151, obs. Leveneur), les exploitants de laser game tenus d'une obligation de moyen (Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2015, n° 14-17.813, CCC 2015, comm. 2, obs. Leveneur) comme les exploitants de parc à voitures (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2015, n° 14-21434, CCC 2016, comm. 32, obs. Leveneur), les associations sportives tenues d'une obligation de sécurité de moyen envers les sportifs exerçant une activité dans ses locaux (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, n° 10-23.528), les auto-écoles envers leurs élèves (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 oct. 2014, n° 13-20851), ou encore une association à l'égard des participants aux soirées organisées (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juin 2014, n° 13-14843, D. 2015. 124, obs. Gout ; D. 2014. 1625, note Ménabé ; RTD civ. 2014. 663, obs. Jourdain ; JCP 2014. 744, obs. Bourdoiseau, et 919, note Bakouche ; CCC. 2014, comm. 210 obs. Leveneur), toujours en raison du rôle respectivement passif ou actif de la victime. Plus récemment, il a

7. Reproduit en Annexe.

8. Bull. civ. I, n° 118 ; D. 1991. 1 note Malaurie ; RTD civ. 1989. 548 obs. Jourdain.





été admis qu'une association de danse folklorique était tenue à l'égard de ses membres d'une obligation de sécurité de moyens, mais que sa responsabilité ne pouvait être engagée que si le dommage d'un membre « constituait la réalisation d'un risque en lien avec l'activité pratiquée » (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2016, n° 15-27900, PB).



#### Attention

La sécurité d'un produit vendu tombe désormais dans le champ d'application de **la responsabilité du fait des produits défectueux** (seul le fabricant peut être poursuivi, et non le vendeur sauf cas exceptionnels, et sur le fondement de cette seule responsabilité spéciale). D'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes du 25 avril 2002, tout laisse penser que la responsabilité contractuelle ne peut plus s'appliquer, cette responsabilité spéciale devenant exclusive (sauf application des vices cachés dans la vente ou la responsabilité délictuelle). Cf. Support responsabilité délictuelle.



#### Actualité

Depuis surtout l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, se pose la question de l'avenir de la distinction des obligations de moyens et de résultats du fait qu'elle n'y est pas reprise. Si les avis doctrinaux divergent sur les conséquences à en tirer (maintien ou non maintien), ils sont plutôt unanimes sur la disparition de l'obligation contractuelle de sécurité lorsqu'est en cause un dommage corporel (ce qui est généralement le cas) du fait de l'art. 1233-1 proposé qui désigne la responsabilité délictuelle, avec quelques aménagements.

Art. 1233-1 (projet de réforme responsabilité) :

« Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.

Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle ».

#### d) Application au cas de l'obligation médicale

**15.** La responsabilité médicale est particulière et complexe, et ne seront abordés ici que les points essentiels (pour plus de précisions, cf. L. Aynès, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, *Defrénois* 2016, 8<sup>e</sup> éd., n° 321 à 326). Tout d'abord, de nature contractuelle, l'obligation du médecin était traditionnellement une **obligation de moyen (Civ., 20 mai 1936, Mercier, GAJC tome II n° 162, Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2005, n° 03-20.423)**, de laquelle était **exclu l'aléa thérapeutique** (ainsi, la survenance d'un risque accidentel inhérent à l'activité médicale n'est pas couverte par la responsabilité du médecin : « la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu », **Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 2000**<sup>9</sup>). Cependant, le **revirement** de jurisprudence en vertu duquel la responsabilité du médecin pour les fautes de soin ne serait **plus contractuelle mais fondée sur le code de santé publique**, indépendamment de la nature de l'obligation, évite de raisonner désormais en termes d'obligation de moyen ou de résultat, termes réservés à la responsabilité contractuelle (**Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010**<sup>10</sup>, cf. Thème 7, n° 10). La responsabilité reste fondée sur la faute prouvée du médecin (art. L. 1142-1 I al. 1 CSP. Pour un exemple récent, la faute n'étant pas prouvée : **Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2016, n° 15-25.348, CCC 2017 comm. 29, obs. Leveneur**).

9. GAJC tome II n° 163. – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2007, n° 05-20.974, D. 2008. 816, note Bacache ; RDC. 2008. 320, obs. Borghetti.

10. n° 09-13.591, D. 2010. 1522 note Sargos ; D. 2010. 2092, obs. Cl. Creton (panorama Cour de cass) ; D. 2010/4 p. 1235 obs. Borghetti ; JCP 2010. 788 note Porchy-Simon ; JCP 2010. 1015 n° 3 obs. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2010. 571 obs. Jourdain.



16. Certaines obligations pesant sur les médecins ont basculé dans le champ des **obligations de résultat**, restant, elles, apparemment des obligations contractuelles : tel est le cas lorsque le dommage provient d'un **défaut du matériel utilisé**. Ainsi, le chirurgien-dentiste est tenu d'une obligation de résultat quant à la fourniture d'une prothèse (« *si le chirurgien-dentiste est tenu d'une simple obligation de moyens quant aux soins qu'il prodigue, il est tenu à une obligation de résultat comme fournisseur de prothèse, devant délivrer un appareil sans défaut* », Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1988, Bull. civ. I, n° 319, Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-15.404) ; et de manière plus générale le médecin est tenu d'une « *obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1999<sup>11</sup>).



#### À noter

Cependant, cette jurisprudence traditionnelle qui impose une obligation de sécurité de résultat pour les matériels médicaux, comme les prothèses, pourrait être **remise en cause** par un arrêt du 12 juillet 2012. Déjà évoqué à propos de l'obligation d'information du médecin (cf. Thème 7, n° 10), cet arrêt soulevait une 2<sup>e</sup> question relative la responsabilité du chirurgien ayant posé une prothèse s'avérant défectueuse. La cour d'appel avait retenu la responsabilité du chirurgien sur le fondement de l'art. 1147 en ce qu'il est tenu « d'une obligation de sécurité de résultat quant aux choses qu'il utilise dans la pratique de son art ». Cet arrêt est alors cassé au visa de « l'art. 1147 du c. civ., ensemble les art. 1386-1 à 1386-18 du c. civ. portant transposition de la directive 85/374/CEE du 25 juill. 1985 » relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Se référant expressément à un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 21 déc. 2011 (CJUE 21 déc. 2011, Thomas Dutruex et Caisse primaire d'assurance maladie du Jura, C-495/10, D. 2012. 926, note Borghetti ; RTDE 2012. 681, obs. Aubert de Vincelles) qui décida que la responsabilité des prestataires de service de soins (comme les hôpitaux ou les médecins) ne relève pas, hormis les cas où ils sont eux-mêmes producteurs, du champ d'application de la directive, la 1<sup>re</sup> chambre civile en tire que la responsabilité de ces prestataires « ne peut dès lors être recherchée que pour faute lorsqu'ils ont recours aux produits, matériels et dispositifs médicaux nécessaires à l'exercice de leur art ou à l'accomplissement d'un acte médical ». Comme en l'espèce aucune faute n'avait été caractérisée par la cour d'appel, l'arrêt est cassé. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 11-17.510, D. 2012. 2277 note Bacache, D. 2013. 40, obs. Gout, JCP 2012. 1036, note Sargos, et 2066, obs. Stoffel-Munck.

Cet arrêt se présente donc comme un revirement de la jurisprudence déjà très critiquée.



#### Actualité

La fin de l'obligation de résultat pour la sécurité du matériel, telle qu'issue de l'arrêt du 12 juill. 2012 préc. semble limitée à la matière médicale puisque la Civ. 1<sup>re</sup> vient de reconnaître l'existence d'une « obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne le matériel utilisé » dans le cadre d'un stage de parapente (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janv 2017, n° 15-24696, JCP 2017 doct. 1174, obs. Bloch).

17. Enfin, concernant les **infections nosocomiales**, c'est-à-dire les infections contractées dans un établissement de soins, la jurisprudence a considéré que le médecin était tenu d'une **obligation de sécurité de résultat** dont il ne pouvait se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère (Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999<sup>12</sup>. – Civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 2009, n° 08-15.979). Mais encore faut-il que la victime prouve « *le caractère nosocomial de l'infection, fût-ce par présomptions graves, précises et concordantes* » (not. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2008, n° 07-13.791, RDC. 2009. 533 obs. Borghetti). La loi du **4 mars 2002** relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoit une responsabilité sans faute pour les infections nosocomiales contractées dans un établissement, service ou organisme de santé (art. L. 1142-1, I al. 2,

11. D. 2000. 117 note Jourdain ; JCP 2000. II. 10251 note Brun ; Defrénois 2000. 251 obs. Mazeaud.

12. D. 1999. 559 note Thouvenin ; JCP 1999. II. 10138, rapp. Sargos ; Defrénois 1999. 994 obs. Mazeaud.



CSP) dépassant les clivages entre responsabilité délictuelle et contractuelle, civile et administrative. En revanche, si l'infection nosocomiale est contractée chez un autre professionnel de santé (médecin de ville), la responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute prouvée (pour la constitutionnalité de cette différence jugée non contraire au principe d'égalité : Cons. const. 1<sup>er</sup> avril 2016, n° 2016-531, QPC, D. 2016. 1064, note Vauthier).

## 2) Dommage

### a) Nécessité du dommage ?

**18.** La doctrine et la jurisprudence ayant calqué les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution contractuelle sur les mécanismes de la responsabilité délictuelle (*cf. supra* n° 1), l'existence d'un préjudice est apparue normale, la réparation étant alors à sa mesure. Pourtant il apparaît des situations où une inexécution contractuelle peut bien être constatée, violant en cela la force obligatoire du contrat, mais sans qu'un dommage puisse être établi ; se pose alors la question de la possible indemnisation (anc. art. 1147 ou nouv. art. 1231-1 ne faisant d'ailleurs aucune allusion à un dommage), qui prendrait davantage la forme d'une exécution par équivalent que d'une réparation (*cf. Rémy Ph., La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD civ.* 1997. 323). Sur cette question, la position de la jurisprudence n'est pas limpide, et a donné lieu à des évolutions, voire des revirements qu'il est nécessaire de rappeler. En effet, si la réforme semble exiger désormais l'existence d'un dommage à réparer, le juge restera libre d'interpréter ces textes, à la lumière de son interprétation passée.

**19. Jusqu'à la réforme du droit des contrats**, la jurisprudence exigeait la preuve d'un dommage selon que l'obligation inexécutée était de faire ou de ne pas faire. Pour les **obligations de faire**, la preuve d'un dommage consécutif à l'inexécution était nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité contractuelle du débiteur. Un arrêt isolé avait admis une indemnisation sans dommage (cas d'un locataire ayant restitué en fin de bail le bien sans l'avoir entretenu, mais le bailleur n'en a subi aucun préjudice en raison de la destruction de l'immeuble ; il a été décidé que le bailleur pouvait être indemnisé pour l'inexécution par le preneur de ses obligations : **Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2002**, D. 2003. Somm. 458 obs. Mazeaud, *RTD civ.* 2002. 816 obs. Jourdain, *LPA* 2002 n° 230 p. 10 Stoffel Munck : « *l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »). Mais peu de temps après, la même chambre civile décida dans des circonstances analogues que la preuve d'un dommage est nécessaire (**Civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc. 2003**, *JCP* 2004. I. 163 n° 2 obs. Viney ; *RDC*. 2004. 280 obs. Stoffel Munck ; *RTD civ.* 2004. 295 obs. Jourdain : « *des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle* »).

**20.** Pour les **obligations de ne pas faire**, une jurisprudence plus récente a considéré que la preuve d'un dommage n'était plus nécessaire, en se fondant sur l'ancien article **1145 du C. civ** (« Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention »), bien que ce texte ait toujours été compris comme dispensant de la seule nécessité d'une mise en demeure (not. *Civ. 1<sup>re</sup>, 26 févr. 2002*, *Bull. civ.* I, n° 68 ; *Defrénois* 2002. 759, obs. Savaux ; *LPA* 18 nov. 2002, obs. Stoffel-Munck : « l'art. 1145 qui dispense de la formalité de mise en demeure lorsque le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire, ne dispense pas celui qui réclame réparation de la contravention à cette obligation d'établir le principe et le montant de son préjudice »). Pourtant, par un arrêt du 10 mai 2005, confirmé depuis, la Cour de cassation a cassé, au visa de l'article 1145, un arrêt d'appel qui refusait l'allocation de dommages-intérêts en raison de l'absence d'un préjudice établi par le créancier d'une obligation de non-concurrence inexécutée (**Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2005**<sup>13</sup>, *Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2007<sup>14</sup>. Dernièrement : **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010**<sup>15</sup>).*

13. n° 02-15.910, *Bull. civ.* I, n° 201 ; *Defrénois* 2005. 1247 ; *JCP* 2006. I. 111 n° 3 obs. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2005. 600, obs. Jourdain

14. n° 05-19.978, *Bull. civ.* I, n° 212 ; D. 2007. 2784 note Lisanti ; *JCP* 2007. I. 185 n° 3, obs. Stoffel-Munck.

15. n° 09-69.928, *RTD civ.* 2010. 781, obs. Fages.



**21. Avec la réforme du droit des contrats, et demain celle de la responsabilité civile**, la Chancellerie a clairement fait le choix de la **preuve d'un dommage** pour engager la responsabilité contractuelle, tant par le titre même de la sous-section 5 que par la volonté de lier les régimes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle (*cf. supra* n° 1). L'ancien article 1145 ainsi que la distinction des obligations de faire et de ne pas faire ayant disparu, il est fort probable que la jurisprudence exigera désormais la preuve d'un préjudice sur la base des nouveaux textes.



### Actualité

La jurisprudence, rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme, semble aller en ce sens de la nécessité d'un dommage.

**Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2017, n° 16-27551, CCC 2018, comm. 23, obs. Leveneur** : la Cour reproche à la cour d'appel d'avoir alloué des dommages et intérêts sur le seul fondement de la faute du débiteur, sans éléments probants quant au préjudice subi. Cassation au visa des anc. art. 1147 et 1149 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute, et que ne peuvent être alloués des dommages-intérêts que si le juge constate, lorsqu'il statue, qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

### b) Types de dommages

**22.** Comme pour la responsabilité délictuelle, le dommage en matière contractuelle doit être **certain** pour être réparable, ce qui exclut le dommage hypothétique mais permet la réparation de la **perte de chance** (pour un ex. par lequel la Cour de cassation précise les conditions de la perte de chance réparable : « **la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable** » : **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mars 2012**, n° 11-10935, JCP 2012. 2064, n° 5 obs. Stoffel-Munck, RDC. 2012. 813, obs. Carva, Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010, n° 09-69.195, D. 2 010. 2430, obs. Gallmeister). Celle-ci se mesure « à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 2013, n° 12-19.390, CCC 2013, comm. 177, obs. Leveneur). La perte de chance permet d'identifier des préjudices sans laquelle la responsabilité contractuelle ne pourrait être engagée ; ainsi, la perte subie par un vendeur d'immeuble pour la vente duquel le mesureur a fait une erreur conduisant le vendeur à rembourser une partie du prix à l'acquéreur, s'analyse en « une perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre », alors que le remboursement « ne constitue pas, par lui-même, un préjudice indemnisable » (**Civ. 3<sup>e</sup>, 28 janv. 2015**, n° 13-27397, RTDciv. 2015. 396, obs. Jourdain, D. 2015. 657, obs. Le Rudulier, note Rouvière ; JCP 2015, n° 216, note Viney ; CCC 2015, com. 82, obs. Leveneur).



### Actualité

Existe-t-il un seuil à partir duquel la perte de chance peut être réparable ? La réponse de la Cour de cassation n'est pas totalement linéaire. Par deux arrêts, l'un d'octobre et l'autre de décembre 2016, la 1<sup>re</sup> chambre civile a considéré que « toute perte de chance ouvre droit à réparation », même si la chance est « minime » (**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 2016**, n° 15-23.230, D. 2017. 46, note Traullé ; JCP 2016, doct. 257, obs. Bacache ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2016**, n° 16-12.686, JCP 2016, doct. 257, obs. Bacache), revenant ainsi à sa jurisprudence de 2013 (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2013, n° 12-14439, D. 2013. 619, note Bacache : « la perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable »). Pour un dernier arrêt semblant aller dans ce sens, sans référence au caractère minime : **Com., 20 sept. 2017**, n° 16-20905, CCC 2017, comm. 236, obs. Leveneur (« *le seul fait de ne pouvoir concourir impliquait la disparition actuelle et certaine d'une éventualité d'obtenir un résultat favorable et, toute perte de chance ouvre droit à réparation* »).

Pourtant, elle avait semblé revenir sur cette jurisprudence en 2014 en exigeant un « préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance *raisonnable* de succès » (Com., 30 avril 2014,



n° 12-22567, n° 13-16380 : D. 2015.124, obs. Brun ; JCP G 2014, 815, Borghetti ; JCP 2014, doct. 1323, obs. Stoffel-Munck ; RDC 2014. 610, note Deshayes).

L'avant-projet de réforme de la responsabilité n'apporte pas de clarification sur ce point puisqu'il définit la perte de chance réparable comme « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » (art. 1238 al. 1).

**23.** Tous types de dommages sont réparables sur le terrain de la responsabilité contractuelle (anc. art. 1149, nouv. art. 1231-2 C. civ) : dommage matériel (atteinte patrimoniale) ; dommage corporel (atteinte à l'intégrité physique, par ex. par l'inexécution d'une obligation de sécurité) ; dommage moral. La chambre commerciale a récemment rappelé que les personnes morales peuvent également invoquer un préjudice moral, ce qui fait l'objet d'une controverse en doctrine (Com., 15 mai 2012, n° 11-10.278, JCP 2012. 1012, note Wester-Ouisse (contre) ; Rev. sociétés 2012. 620, note Ph. Stoffel-Munck (pour), JCP 2012. 1224, n° 1 obs. Bloch, D. 2012. 2285, note Dondero. Cf. art. Wester-Ouisse et Stoffel-Munck dans la bibliographie).



#### Attention

Du fait de la **réforme de la prescription**, la distinction des préjudices devient indispensable pour déterminer le délai d'action. En effet, par exception au délai quinquennal de droit commun, le délai d'action pour un **dommage corporel** est de 10 ans à compter de la consolidation du dommage initial ou aggravé (art. 2226).

#### c) Prévisibilité du dommage

**24.** En vertu de l'ancien article 1150 C. civ, devenu l'article 1231-3, le débiteur n'est tenu de réparer que les dommages qui ont été prévisibles au moment de la formation du contrat (pour un rappel récent : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2016, n° 14-28227, D. 2016. 981, note Gauchon ; CCC 2016, comm. 87, obs. Leveneur). Ainsi, dans le cas d'un transport de colis, sa perte est un dommage raisonnablement prévisible, alors que la valeur du contenu ne l'est pas ; si le colis contenait des biens précieux, leur perte ne peut être un dommage prévisible. De même, la SNCF ne peut pas prévoir, lors de la conclusion du contrat, « que le terme du voyage en train n'est pas la destination finale des voyageurs et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien » (qu'ils n'ont pas exécutés du fait du retard de la SNCF : Civ. 1<sup>re</sup>, **28 avr. 2011**, n° 10-15.056, D. 2011. 1725 note Bacache ; D. 2012. Pan. 48 obs. O. G. ; D. 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; RTD civ. 2012. 547 obs. Jourdain ; JCP 2011 n° 752, note L. Bernheim-Van de Castele ; JCP 2011. Chron. 1333, obs. Stoffel-Munck n° 8 ; RDC. 2011. 1156, obs. Laithier ; RDC. 2011. 1163, obs. Viney ; CCC. 2011. Com. 154 obs. Leveneur). La SNCF ne peut pas non plus prévoir « l'impossibilité pour un avocat de pouvoir assister son client à la suite du retard du train » (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 sept. 2012, n° 11-13177, D. 2012. 2305, obs. Gallmeister ; *ibid.* 2013. 2432, obs. Kenfack). Mais c'est affaire de circonstance et d'appréciation souveraine des juges du fond (en effet, il a été jugé que le transporteur pouvait prévoir la valeur des biens transportés au regard du prix du transport, cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1998<sup>16</sup>).

**25.** En cas de **dol ou de faute lourde**, tous les dommages, même imprévisibles, deviennent réparables (anc. art. 1150, nouv. art. 1231-3). Alors que le droit antérieur à la réforme n'évoquait que le dol, la jurisprudence a développé la notion de faute lourde que la réforme a consacrée. Ces deux limites sont également celles qui permettent de ne pas appliquer les clauses limitatives de responsabilité (cf. *infra* n° 44 s.). Le dol est constitué par l'inexécution volontaire et intentionnelle du débiteur, alors que la faute lourde est une faute non intentionnelle que le juge définit comme « *un comportement d'une exceptionnelle gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à accomplir son obligation* » (Com., 3 avr. 1990, Bull. civ. IV, n° 108).

16. Bull. civ. I, n° 199 ; D. Affaires 1998. 1393 ; JCP 1999. II. 10010, note Rzepecki.





## Actualité

Pour un exemple (rare) d'inexécution dolosive permettant de réparer tous les dommages, même imprévisibles : **Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 2018**, n° 16-25522, CCC 2018, comm. 61, obs. Leveneur : « commet une faute dolosive le débiteur qui, de propos délibéré, se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, peu important qu'il n'ait pas une connaissance précise de l'étendue du dommage qu'il cause ».

### 3) Lien de causalité

**26.** L'exigence d'un lien de causalité entre le dommage et l'inexécution résulte de l'ancien article 1151 devenu l'article 1231-4, affirmant que les dommages-intérêts ne comprennent que « ce qui est **une suite immédiate et directe** de l'inexécution ». Les dommages réparables sont donc uniquement les « **dommages directs** ».

**27.** Comme pour la responsabilité délictuelle, la doctrine propose deux approches principales de la causalité : la **causalité adéquate** (ne retenir que les causes prépondérantes c'est-à-dire celles sans lesquelles le dommage ne se serait pas produit) et l'**équivalence des conditions** (toutes les causes sont équivalentes pour produire l'effet ; il suffit donc que le dommage puisse être rattaché par un lien quelconque à la faute du débiteur pour qu'il en soit responsable). Si la causalité adéquate est plutôt retenue en matière contractuelle, tout est affaire d'espèce.

## B. Mise en œuvre

### 1) Mise en demeure

**28.** Si la mise en demeure est une condition préalable à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle pour l'obtention de **dommages-intérêts moratoires** (c'est-à-dire ceux dus en cas de retard dans l'exécution, cf. anc. art. 1153 al. 3, nouv. art. 1231-6 al. 1), un débat s'est installé, avant la réforme, concernant les **dommages-intérêts compensatoires** (divergence entre la 1<sup>re</sup> chambre civile et la chambre commerciale). La Cour de cassation a alors dû trancher en considérant que dès lors que « **l'inexécution du contrat** » est « **acquise** » et a causé un préjudice au créancier, il y a lieu à dommages-intérêts sans qu'une mise en demeure soit nécessaire (**Ch. Mixte, 6 juill. 2007**<sup>17</sup>). Reste à savoir quand est « acquise » une inexécution ; tel semble être le cas lorsque l'exécution n'est plus possible.

**29.** La **réforme** a consacré cette position jurisprudentielle en exigeant par principe une mise en demeure préalable, comportant un « **délai raisonnable d'exécution** » (nouv. art. 1231), sauf si l'inexécution est « **définitive** », terme reprenant plus clairement la jurisprudence de la Chambre Mixte. L'exigence d'une mise en demeure s'inscrit dans le mouvement général de la réforme qui instaure une mise en demeure systématique préalable à toutes les sanctions de l'inexécution (cf. Thème 8 n° 5). Il est cependant regrettable que la limite du caractère définitif de l'inexécution ne soit pas reprise plus largement, au-delà du seul cas de responsabilité contractuelle.

### 2) Délai d'action

**30.** La **réforme de la prescription** en date du 17 juin 2008 modifie le délai de prescription de droit commun, et donc le délai d'action pour agir en responsabilité. De 30 ans à compter de la conclusion du contrat, ce délai est passé à 5 ans avec un point de départ flottant défini comme le « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant » d'exercer son action (art. 2224 C. civ). Appliqué à l'action en responsabilité contractuelle, il faut considérer que le délai de **5 ans** court à compter du jour où le créancier de l'obligation inexécutée a connu ou aurait dû **connaître** les conditions

17. D. 2007. 2642 note Viney ; JCP 2007. II. 10175, note Mekki ; *Defrénois* 2007. 1442, obs. Savaux ; *RDC* 2007. 1115, obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2007. 787, obs. Jourdain.



de fond permettant l'exercice de l'action, c'est-à-dire, la connaissance de l'inexécution et du dommage. Il reviendra donc au juge, au cas par cas, de déterminer le moment de connaissance réelle, ou présumée, de ces éléments (Pour un point de départ dérogatoire concernant « l'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice », incluant donc les avocats, cf. art. 2225. V. ég. les délais dérogatoires, comme par ex. le délai d'action du professionnel qui agit contre un consommateur : le délai est alors réduit à 2 ans. Cf. nouv. art. L. 218-2 C. conso. Ne pas oublier également que le délai est de 10 ans pour les dommages corporels, indépendamment de la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité).



### À noter

Sur le point de départ du délai de prescription en matière de responsabilité contractuelle, deux arrêts rendus par la chambre commerciale ont décidé que « la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ». **Com., 9 juillet 2009**, n° 08-10.820, Rev. Dt banc nov. 2009 com. 186, obs. Crédot et Samin ; *RTD civ.* 2009. 728 obs. Jourdain ; **Com., 26 janv. 2010**<sup>18</sup>. Ainsi, le dommage résultant d'un manquement au devoir de conseil dû à l'assuré sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins se réalise au moment du refus de garantie opposé à l'assuré (**Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mai 2017**, n° 16-17754, CCC 2017, comm. 164, obs. Leveneur).

On peut rattacher cette question du point de départ de la prescription au débat sur la responsabilité contractuelle et la nécessité ou non d'un dommage : si un dommage est nécessaire, alors il semblerait logique de faire partir le délai quinquennal de sa connaissance, réelle ou supposée ; mais s'il ne l'est pas, alors seule la connaissance de l'inexécution devrait être prise en compte.



### Actualité

Concernant l'application de l'article 2225 relatif à l'action en responsabilité s'appliquant aux avocats, qui fait partir le délai de 5 ans de la fin de la mission, un arrêt du 14 janvier 2016 apporte des précisions importantes sur le sens à donner à la « fin de la mission ». La mission semble ne pas se comprendre globalement mais pour chaque acte de représentation, dont la fin ouvrira un délai de prescription pour une action en responsabilité le concernant : « l'action en responsabilité contre un avocat au titre d'une faute commise dans l'exécution de sa mission d'interjeter appel se prescrit à compter du prononcé de la décision constatant l'irrecevabilité de l'appel (...) ». **Civ. 1<sup>er</sup>, 14 janv. 2016**, n° 14-23200, JCP 2016. 325, note Klein ; CCC 2016, comm. 86, obs. Leveneur.

**31.** Il ne faut pas oublier que cette réforme met en place un **délai butoir de 20 ans** « à compter du jour de la naissance du droit » d'action (art. 2232), à l'exclusion notamment des dommages corporels. Cet article donnera lieu à une interprétation jurisprudentielle à venir pour déterminer le moment précis de la naissance d'un droit. Pour la plupart des auteurs, il devrait s'agir du jour de l'apparition du dommage, ce qui calquerait encore davantage la responsabilité contractuelle sur la délictuelle.

### C. Causes exonératoires

**32.** Le débiteur de l'obligation inexécutée peut **totale**ment **s'exonérer** en prouvant l'existence d'un cas de force majeure. C'est ce que réaffirme le nouvel article 1231-1 du Code civil qui reprend l'ancien article 1147. Au passage a été supprimée toute référence à la cause étrangère ou au cas fortuit, absorbés par la notion unique de force majeure. Présentant à juste titre la force majeure de manière autonome, détachée de la seule responsabilité contractuelle, la réforme l'a déplacée en chapeau des sanctions de

18. n° 08-18.354, D. 2010. 934 note J. Lasserre Capdeville ; *RDC* 2010/4 p. 843 obs. Borghetti.



l'inexécution du contrat sur lesquelles elle peut également avoir une incidence (sur la notion de force majeure et ses conséquences, se reporter au Thème 8, n° 7 s.).



### Actualité

L'avant-projet de réforme de la responsabilité réintègre les notions de cas fortuit, fait du tiers ou de la victime en considérant, tant pour la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle, qu'elles sont « totalement exonératoires s'ils revêtent les caractères de la force majeure (art. 1253 al. 1). La définition de la force majeure est distinguée en matière contractuelle et extracontractuelle (art. 1253 al. 2 et 3), l'avant-projet renvoyant à la réforme du droit des contrats, art. 1218 du c. civ., pour la définition en matière contractuelle.

**33.** Demeure la question de l'**exonération partielle** de responsabilité, que la réforme du droit des contrats n'aborde pas et pour laquelle il faut se reporter à la jurisprudence<sup>19</sup>. La question se pose essentiellement lorsqu'une **faute du créancier** (faute de la victime en matière de responsabilité délictuelle) a également contribué à la réalisation du dommage. Traditionnellement, et par identité à la responsabilité délictuelle, le fait du créancier emporte exonération totale ou partielle selon qu'il revêt ou non les caractères de la force majeure (*cf.* pour le contrat médical : « *Seule une faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité* », **Civ., 17 janv. 2008**<sup>20</sup>. V. ég. pour rappel à propos de la responsabilité de la commune tenue de fournir une eau propre à la consommation : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2012, n° 11-26.814, CCC 2013, com. 26, obs. Leveneur).

**34.** Mais en 2008, la Cour de cassation a rendu deux arrêts très importants relatifs à l'**obligation de sécurité de résultat du transporteur**, considérant dans ce cas, et dans ce cas seulement, que seule l'exonération totale est possible si les caractères de la force majeure sont établis, sans pouvoir invoquer, à défaut, d'exonération partielle (**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2008**<sup>21</sup>). À peine rendu, cet arrêt fut suivi quelques mois plus tard par un autre rendu en chambre mixte dont le sens reste confus (**Ch. Mixte, 28 nov. 2008**<sup>22</sup>). Une telle jurisprudence a finalement été abandonnée (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 déc. 2019, n° 18-13840, PB) en raison de l'entrée en vigueur le 3 décembre 2019 du Règlement (CE) n° 1370/2007 du 23 octobre 2007.



### À noter

Dans l'arrêt du **13 mars 2008**, il s'agissait du passager d'un train descendu sur le quai de la gare qui décida finalement de remonter alors que le train commençait à rouler ; le voyageur tomba alors sous le wagon et se fit sectionner la jambe. Alors que la cour d'appel condamne la SNCF à réparer la moitié du préjudice en raison de la faute de la victime, la Cour de cassation casse au visa de l'art. 1147 : « *le transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat envers un voyageur ne peut s'en exonérer partiellement et la faute de la victime, à condition de présenter le caractère de la force majeure, ne peut jamais emporter qu'exonération totale* ».

Les auteurs s'accordent à considérer qu'il faut limiter cette position au seul domaine mentionné dans l'arrêt, c'est-à-dire les obligations de sécurité de résultat du transporteur (pas toutes les obligations de sécurité, ni toutes celles de résultat). Cet arrêt témoigne d'une certaine sévérité pour les transporteurs et particulièrement la SNCF pour laquelle la Cour de cassation admet rarement l'existence d'une force majeure (généralement faute d'imprévisibilité). S'agirait-il d'un arrêt de provocation comme le fut en son temps l'arrêt Desmares ? (*cf.* responsabilité délictuelle)

19. Cette question sera certainement traitée dans le cadre de la réforme à venir sur la responsabilité civile.

20. n° 06-20.107, *JCP* 2008. I.186 n° 4, obs. Stoffel-Munck ; Resp. civ. ass. mars 2008, comm. 110 obs. Radé.

21. n° 05-12.551, *JCP* 2008. II. 10085, note Grosser ; *D.* 2008. 1582, note Viney ; *RTD civ.* 2008. 312, obs. Jourdain ; *RDC* 2008. 743 Mazeaud, 763 Viney.

22. n° 06-12.307, *D.* 2009. 461 note Viney ; *JCP* 2009. II. 10011 note Grosser, *RDC* 2009. 487 obs. Génicon.





L'arrêt rendu en **chambre mixte le 28 novembre 2008** s'avère d'une interprétation difficile. Un adolescent a été mortellement blessé en tombant sur la voie après avoir ouvert l'une des portes du wagon et alors qu'il effectuait une rotation autour de la barre d'appui. La cour d'appel admit l'exonération partielle de la SNCF. Alors que le pourvoi tentait de faire admettre l'exonération totale de la SNCF, il fut rejeté : « *le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat, ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la faute d'imprudence de la victime que si cette faute, quelle qu'en soit la gravité, présente les caractères de la force majeure ; qu'ayant relevé que les portes du train ne comportaient pas de système de verrouillage interdisant leur ouverture de l'intérieur lorsque le train était en marche et que la SNCF et son personnel naviguant étaient parfaitement informés de cette absence de système de verrouillage sur ce type de matériel, qu'il n'était pas imprévisible que l'un des passagers, et notamment l'un des nombreux enfants et adolescents qui empruntent ce train régulièrement pour faire le trajet entre leur domicile et leurs établissements scolaires, ouvre ou tente d'ouvrir l'une des portes des voitures dont le mécanisme quasi automatique est actionné par une simple poignée qu'il suffit de tourner de 45° environ et que l'ouverture intempestive par un passager d'une porte donnant sur la voie est évitable, notamment par la présence d'agents de contrôle à même d'intervenir dans tout le train sans se heurter comme en l'espèce au blocage des portes de communication, la cour d'appel a pu retenir que la faute de la victime, n'étant ni imprévisible ni irrésistible pour la SNCF, ne présentait pas les caractères de la force majeure et en a déduit à bon droit que celle-ci n'était pas fondée à prétendre s'exonérer de sa responsabilité* ».

L'interprétation de cet arrêt est délicate. Faut-il tirer du rejet alors que la cour d'appel a prononcé l'exonération partielle, une remise en cause implicite de l'arrêt du 13 mars 2008 ? Une telle interprétation serait hasardeuse puisque la Cour de cassation ne répond qu'à la question posée portant exclusivement sur les caractères de la force majeure et l'exonération totale.

Certains auteurs voient ici la naissance d'une nouvelle faute de la victime qui pourrait exonérer totalement le transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat : une faute qualifiée qui serait intentionnelle, proche de la faute inexcusable dans les accidents de la circulation (not. Grosser, JCP 2009. II. 10011). Mais c'est là une interprétation peut être divinatoire puisqu'elle est tirée d'une interprétation *a contrario* de la référence faite à la « faute d'imprudence » par la Cour de cassation.

Un arrêt rendu en 2015 sème le trouble dans les conséquences de la faute de la victime. Alors qu'il semblait acquis depuis 2008 que la faute de la victime ne peut exonérer partiellement le transporteur tenu d'une obligation de résultat, la 1<sup>re</sup> chambre civile vient de l'admettre dans le cas d'un transport fluvial (un voyageur d'un bateau s'est blessé en touchant la voute d'un pont sous lequel il passait). Alors que la cour d'appel avait admis une exonération partielle du transporteur en raison de la faute de la victime, le pourvoi invoquait la jurisprudence de 2008, ce qui n'empêcha pas son rejet : « après avoir relevé que M. X..., qui ne pouvait ignorer les précautions particulières imposées par le passage du bateau sous le pont, avait effectué un geste imprudent, la cour d'appel a ainsi caractérisé une faute de la victime ayant contribué à la réalisation du dommage ; qu'ayant retenu que cette faute ne constituait pas un cas de force majeure pour le transporteur, elle en a exactement déduit que le droit à réparation de la victime devait être limité dans une proportion qu'elle a appréciée dans l'exercice de son pouvoir souverain ». Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 2015, n° 14-13440, D. 2015. 1137, note Mazeaud ; JCP 2015. Doctr. 1409, n° 7, obs. Bloch ; Gaz. Pal. 3-4 juin 2015, p. 17, note Paulin ; Gaz. Pal. 21-22 oct. 2015, p. 13, obs. Jaouen ; RTD civ. 2015. 628, obs. Jourdain ; CCC 2015, comm. 165, obs. Leveneur.

Deux interprétations sont possibles : le maintien de la jurisprudence de 2008 mais limité au transport ferroviaire, excluant donc le fluvial de l'espèce ou l'abandon de la jurisprudence de 2008 (lire utilement les commentaires de P. Jourdain, RTDciv. 2015. 628).

A mettre en parallèle avec la responsabilité délictuelle, et notamment Civ. 2<sup>e</sup>, 13 mars 2016 (n° 15-12.217, D. 2016. 766, note N. Rias, et 1396, obs. H. Kenfack ; RCA 2016. Comm. 174, obs. S. Hocquet-Berg ; JCP 2016. 1117, obs. C. Bloch) qui admet une exonération partielle de la responsabilité délictuelle de la SNCF du fait de la faute de la victime (cf. support Responsabilité délictuelle).





### Actualité

Dans un arrêt à la motivation enrichie en date du 11 décembre 2019, la première chambre civile a décidé de mettre fin à la jurisprudence précitée de 2008 et d'admettre que le transporteur ferroviaire puisse se prévaloir de la faute de la victime, même si celle-ci ne revêt pas les caractères de la force majeure.

Elle a ainsi décidé que « *Selon une jurisprudence constante, rendue au visa du dernier de ces textes, le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat, ne peut s'exonérer de sa responsabilité contractuelle en invoquant la faute d'imprudence de la victime que si cette faute, quelle qu'en soit la gravité, présente les caractères de la force majeure (1<sup>re</sup> Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 05-12.551, Bull. 2008, I, n° 76 ; Ch. mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12.307, Bull. 2008, I, n° 3). (...) Toutefois, aux termes du premier, sans préjudice du droit national octroyant aux voyageurs une plus grande indemnisation pour les dommages subis, la responsabilité des entreprises ferroviaires relative aux voyageurs et à leurs bagages est régie par le titre IV, chapitres I, III et IV, ainsi que les titres VI et VII de l'annexe I du règlement n° 1371/2007. (...) Et selon le deuxième, le transporteur est responsable du dommage résultant de la mort, des blessures ou de toute autre atteinte à l'intégrité physique ou psychique du voyageur causé par un accident en relation avec l'exploitation ferroviaire survenu pendant que le voyageur séjourne dans les véhicules ferroviaires, qu'il y entre ou qu'il en sorte et quelle que soit l'infrastructure ferroviaire utilisée. Il est déchargé de cette responsabilité dans la mesure où l'accident est dû à une faute du voyageur. (...) Ces dispositions du droit de l'Union, entrées en vigueur le 3 décembre 2009, sont reprises à l'article L. 2151-1 du code des transports, lequel dispose que le règlement n° 1371/2007 s'applique aux voyages et services ferroviaires pour lesquels une entreprise doit avoir obtenu une licence conformément à la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen. (...) Il en résulte que le transporteur ferroviaire peut s'exonérer de sa responsabilité envers le voyageur lorsque l'accident est dû à une faute de celui-ci, sans préjudice de l'application du droit national en ce qu'il accorde une indemnisation plus favorable des chefs de préjudices subis par la victime. (...) Il y a lieu, en conséquence, de modifier la jurisprudence précitée » (n° 18-13840, PB).*



### Actualité réforme

L'avant-projet de réforme de la responsabilité introduit des dispositions sur la faute de la victime en adoptant une voie médiane mais encore différente de la jurisprudence actuelle : cette faute peut être partiellement exonératoire, mais en cas de dommage corporel « seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle ».

Avant-projet, art. 1254 : « Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonératoires lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage. En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle. »

## § 2. Effets : la réparation

### A. Dommages-intérêts compensatoires

**35.** Les dommages-intérêts compensatoires ont pour fonction d'indemniser la victime du préjudice subi par l'inexécution. Ils sont **souverainement évalués** par les juges du fond, au jour où ils statuent et le principe est celui de la **réparation intégrale (Com., 8 nov. 2017, n° 16-13307, D. 2017. 2533** : « le juge doit assurer la réparation intégrale du préjudice prévisible en l'estimant au jour où il s'est réalisé et en l'actualisant au jour de sa décision »).



36. Contrairement à certains droits étrangers, le juge français se refuse pour le moment à faire peser sur le créancier de l'obligation inexécutée une obligation de **minimiser son dommage** (c'est-à-dire pour le créancier faire tout ce qui est en son pouvoir pour limiter les conséquences dommageables de l'inexécution du débiteur ; la part du dommage réparable serait alors celle qu'il n'a pas pu minimiser) : peu importe qu'il s'agisse de la responsabilité délictuelle (**Civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2003**, n° 01-13.289, *D.* 2003. 2326 note Chazal ; *RTD civ.* 2003. 716 obs. Jourdain : « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »), ou contractuelle (**Civ. 3<sup>e</sup>, 10 juill. 2013**, n° 12-13.851, *RDC* 2014. 27, note Deshayes. – Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mai 2009, n° 08-16002, *RDC*. 2 010. 52 obs. Laithier).



#### À noter

Une amorce tend peut-être à se dessiner pour reconnaître en matière contractuelle une obligation de minimiser son dommage, au moins lorsqu'il s'agit d'un préjudice matériel. Tel semble être l'enseignement d'un arrêt de la 2<sup>e</sup> chambre civile. Alors que la cour d'appel refuse d'indemniser un assuré de son préjudice matériel tiré de la cessation d'une assurance automobile au motif qu'il n'établit pas que le refus de l'assureur l'ait empêché d'utiliser le véhicule en s'adressant à un autre assureur, la Cour de cassation casse au visa de l'art. 1147 en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir « caractérisé la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel ». Par cet arrêt, la 2<sup>e</sup> chambre civile considère que peut être constitutif d'une faute le fait d'aggraver son préjudice matériel. **Civ. 2<sup>e</sup>, 24 nov. 2011**, n° 10-25635, *D.* 2012. 141 note Adida-Canac ; *JCP* 2012. 170, note Rebeyrol.



#### Actualité

L'avant-projet de réforme de la responsabilité propose d'introduire une obligation de minimiser son dommage.

Avant-projet, art. 1263 : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».

### B. Dommages-intérêts moratoires

37. Les dommages-intérêts moratoires sont ceux qui réparent l'inexécution d'une obligation portant sur le paiement d'une somme d'argent : dès lors que l'obligation a un tel objet, l'inexécution est automatiquement sanctionnée par une allocation de dommages-intérêts qui est forfaitaire et qui prend la forme d'intérêts de retard (moratoire), calculés en fonction de la somme due (anc. art. 1153, nouv. art. 1231-6).

38. Ils répondent à 4 règles énoncées dans l'ancien art. 1153, repris au nouvel article 1231-6 : ils sont **automatiques** sans avoir à prouver un préjudice particulier autre que le retard ; le **point de départ** des intérêts est la mise en demeure ; le **taux** des intérêts est en principe le taux légal, sauf convention contraire ; la réparation d'un **autre préjudice** que le retard est subordonnée à une double preuve, celle de l'existence d'un préjudice indépendant du retard et celle de la mauvaise foi du débiteur (c'est-à-dire que le débiteur a eu conscience du tort qu'il allait causer au créancier en ne payant pas à l'échéance).

39. La condamnation à des dommages-intérêts emporte intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement (nouv. art. 1231-7, anc. art. 1153-1).



#### Actualité

Sans changement sur le fond, ces dispositions sont transposées par la réforme sur la responsabilité civile dans des articles communs aux deux types de responsabilité (art. 1280).





## Mémo

La **réforme du droit des contrats** ne modifie pas la substance des règles relatives à la responsabilité contractuelle. Elle la conçoit dans les mêmes termes que la responsabilité délictuelle dont la **réforme à venir comportera des mesures communes aux deux types de responsabilité**.

La mise en jeu de la responsabilité contractuelle doit répondre à **trois conditions** :

1. **L'inexécution d'une obligation contractuelle**, fait générateur de responsabilité :

- la distinction des **obligations de moyen et de résultat** permet de mesurer cette inexécution ;
- pour réaliser la distinction, le juge utilise plusieurs **critères**, sans automatisme : la volonté des parties, l'existence d'un aléa et le rôle actif du créancier ;
- les applications sont très diverses et sont particulièrement symptomatiques pour **l'obligation de sécurité et l'obligation médicale**, pour lesquelles les variations jurisprudentielles témoignent des limites de la distinction.

2. L'existence d'un **dommage** subi par le créancier.

- Calquant encore davantage la responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle, la réforme va dans le sens d'une exigence systématique d'un préjudice. L'avenir dira si les juges vont conserver leur jurisprudence qui exclut la preuve d'un préjudice pour l'inexécution des obligations de ne pas faire.

- Seul le dommage **prévisible** est réparable, sauf dol ou faute lourde.

3. L'existence d'un lien de causalité entre le dommage et l'inexécution, ce qui est traduit par la nécessité d'un **dommage direct**, seul réparable.

Pour mettre en œuvre la responsabilité, le créancier doit au préalable **mettre en demeure** le débiteur de s'exécuter, sauf si l'inexécution est définitive.

Une fois ces conditions remplies, le créancier peut **s'exonérer totalement** de sa responsabilité en invoquant une **force majeure**.

La réforme n'aborde pas la question de **l'exonération partielle** pour laquelle il faut se reporter à la jurisprudence. Si celle-ci, en principe, considère que la faute de la victime peut exonérer partiellement le débiteur, un arrêt du **13 mars 2008** l'a exclu lorsque le débiteur est un **transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat**. Cette position pourrait être remise en cause depuis un arrêt du 16 avril 2015.

La mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur se traduit par une allocation de **dommages-intérêts** :

- ces dommages-intérêts sont **moratoires** en cas de retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent. Une **mise en demeure** est alors nécessaire puisqu'elle fait courir les intérêts.

- ces dommages-intérêts sont **compensatoires** dès lors qu'ils réparent un préjudice autre que le retard de paiement d'une somme d'argent. La réparation est intégrale et les dommages-intérêts sont souverainement évalués par les juges du fond.

## Section 2 – AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS

40. Les règles de la responsabilité contractuelle n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres d'aménager leur responsabilité. Les moyens pour y parvenir sont très divers (clauses sur les préjudices réparables, les causes exonératoires, les délais d'actions, etc.) mais celles qui font l'objet du plus grand contentieux sont les clauses qui limitent le montant de la réparation du créancier. Sur ces questions, la **réforme** du droit des contrats n'a fait que reprendre le droit positif à droit constant, lui-même repris dans de nouveaux articles dans le cadre de la réforme de la responsabilité civile (avant-projet, art. 1281 s.).



## § 1. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

41. Si le **principe** est celui de leur **validité**, il existe de nombreuses règles permettant de les remettre en cause, qu'il s'agisse du droit spécial ou du droit commun.

### A. Obstacles par des législations spéciales

42. Pour certains contrats spéciaux, la loi peut interdire des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ainsi en est-il pour la responsabilité spéciale des constructeurs (art. 1792-5 C. civ), ou pour les contrats de transports terrestres (clauses exonératoires interdites, art. L. 133-1 C. com.). Le régime spécial de la garantie des vices cachés inclut également des dispositions particulières sur les clauses limitatives de responsabilité auxquelles ne s'applique pas le régime de droit commun (C. civ. art. 1645, cf. Com., 19 mars 2013, n° 11-26.566, JCP 2013. 705, note Pillet ; RDC 2013. 967, obs. Le Bourg et Quezel-Ambrunaz ; CCC 2013, comm. 129, obs. Leveneur ; D. 2013. 1947, note Hontebeyrie ; JCP 2013. 1291, obs. Stoffel-Munck).

43. C'est surtout la législation sur **les clauses abusives** qui peut s'appliquer dès lors que le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur ou non professionnel (cf. Thème 5 n° 17 s.). S'ajoute encore la mise en jeu de la responsabilité délictuelle du commerçant qui soumettrait son partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif au titre de l'ancien article **L. 442-6 I 2° devenu l'article L. 442-1, I, 2°** du code de commerce (cf. Thème 5 n° 31 s.).



#### À noter

**Le décret du 18 mars 2009** précisant les listes de clauses présumées abusives considère que sont nécessairement abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* » (**art. R. 212-1 6°**). Alors que l'ancien art. R. 132-1 (datant de 1978) limitait l'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité aux seuls contrats de ventes, le présent décret généralise l'interdiction à tous les contrats.

### B. Obstacles par le droit commun

#### 1) Inefficacité de la clause : dol et faute lourde

44. L'ancien article 1150 devenu l'article 1231-3 du Code civil est la première limite aux clauses limitatives de responsabilité en permettant de les rendre **inapplicables** lorsque le comportement du débiteur est constitutif d'un dol ou d'une faute lourde.

##### a) Dol

45. Le débiteur commet une faute dolosive lorsque **délibérément il se refuse à exécuter son obligation**, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire (l'avant-projet de réforme de la responsabilité supprime la notion de dol et ne retient que celle de « faute intentionnelle » pour plus de clarté, cf. art. 1283). Il est suffisant que le débiteur ait eu la certitude de provoquer le dommage par son action ou son inaction. Un exemple classique est celui du surbooking dans les avions (Paris, 15 sept. 1992, D. 1993. 98 note Delebecque). Est également considérée comme dolosive la **violation délibérée d'une clause du contrat** (contrat de transport où figurait une clause interdisant la sous-traitance, ce que viola le transporteur ; jugé que la faute du transporteur était dolosive empêchant l'application de la clause limitative de responsabilité : **Com., 4 mars 2008**<sup>23</sup>).

23. n° 07-11.790, CCC. 2008 n° 172 obs. Leveneur ; JCP 2008. II. 10079 note Guignard.





## Actualité

Dans un arrêt récent, la troisième chambre civile laisse entendre que constitue aussi une faute dolosive la violation par un contractant de ses obligations contractuelles par dissimulation ou par fraude (Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juil. 2018, n<sup>o</sup> 17-19701, PB).

### b) Faute lourde

**46.** L'assimilation de la faute lourde à la faute dolosive est issue de la jurisprudence puisque l'ancien article 1150 ne comportait que la référence au dol, qu'a consacré le nouvel article 1231-3 (cf. avant-projet de réforme de la responsabilité, art. 1282). La jurisprudence définit la faute lourde comme « *un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* » (Com., 3 avr. 1990, *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 108). Cette définition, traditionnelle, est considérée comme **subjective**, c'est-à-dire qu'elle prend en compte la personne et le comportement du débiteur lors de l'exécution du contrat.

**47.** Cette définition, qui perdure aujourd'hui, a connu quelques rebondissements à partir des années 90. En effet, le juge a ajouté à cette époque une autre définition considérée alors comme **objective** : ce n'était plus le comportement du débiteur qui était en cause, mais le type d'obligation inexécutée. Ainsi, était devenue une faute lourde le fait de ne pas exécuter une **obligation essentielle** du contrat, rendant inapplicable la clause limitative (par ex. Com., 9 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 142 : « *en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée, le manquement constaté constituait à la charge (du débiteur) une faute lourde rendant inopposable à son cocontractant la limitation de responsabilité dont (il) se prévalait* »). L'atteinte à l'obligation essentielle était alors sanctionnée à travers la faute lourde. Ces deux définitions, objective et subjective, ont coexisté jusqu'à un arrêt rendu en chambre mixte le 22 avril 2005 et limitant la définition de la faute lourde à sa seule définition subjective (**Mixte, 22 avr. 2005**<sup>24</sup>). Pour une confirmation avec l'arrêt Faurecia 2 : **Com., 29 juin 2010**<sup>25</sup>. V. ég. récemment Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, n<sup>o</sup> 13-21980 : D. 2015. 124, obs. O. Gout ; D. 2015. 188, note V. Mazeaud ; CCC 2015, comm. 3, obs. L. Leveneur). Ce retour à une faute lourde subjective se comprend depuis que, par le 1<sup>er</sup> arrêt Chronopost, l'atteinte à l'obligation essentielle a pris son autonomie sur le fondement de la cause sans nécessiter le recours à la faute lourde (**Com., 22 oct. 1996**, *GAJC* tome II n<sup>o</sup> 157).

**48.** La Cour de cassation admet assez difficilement des fautes lourdes qui doivent rester d'une « *exceptionnelle gravité* ». Ainsi, n'est pas une faute lourde le fait, pour un transporteur, de s'endormir au volant et de s'engager involontairement sur une bretelle d'autoroute et de renverser sa cargaison (Com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n<sup>o</sup> 08-15.015). En revanche constitue une faute lourde le fait pour un transporteur de remettre le pli transporté à une autre adresse que celle prévue (Com., 10 mars 2009<sup>26</sup>), ou pour la SNCF de laisser des wagons de marchandises immobilisés pendant plusieurs heures sous des averses exceptionnelles annoncées par les bulletins météorologiques (Com., 16 nov. 2010, n<sup>o</sup> 09-69.823, CCC. 2011. Com. 24, obs. Leveneur), ou encore pour une entreprise de négliger « *avec désinvolture, de manière flagrante et répétée, ses obligations pendant plusieurs mois en ne livrant pas le matériel dans les délais convenus et en fournissant un matériel présentant des défauts de conformité constitutifs de risques pour la sécurité* » (**Com., 13 sept 2016**, n<sup>o</sup> 15-10.376, *AJ Contrat* 2016. 491).

### 2) Clause réputée non écrite : atteinte à l'obligation essentielle et déséquilibre significatif

**49.** Les deux nouveaux articles intégrés dans le Code civil par la **réforme** qui permettent de réputer non écrites les **clauses qui déséquilibrent le contrat** (nouv. art. 1170 et 1171) ont vocation à s'appliquer

24. D. 2005. Pan. 2844, obs. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2005. II. 10066, note Loiseau (1<sup>re</sup> esp.) ; *Dr. et patr.* oct. 2005, p. 36, étude Viney ; *RDC* 2005. 673, obs. Mazeaud, et 753, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 2005. 604, obs. Jourdain, et 779, obs. Mestre et Fages.  
25. n<sup>o</sup> 09-11.841, *D.* 2010. 1821 note D. Mazeaud ; *D.* 2011. Pan. 35, obs. O. Gout ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. Fages ; *JCP* 2010. 787 note D. Houtcieff ; *JCP E* 2010 1790 note P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010/4 p. 1220 obs. Laithier, et p. 1253 obs. Deshayes.  
26. n<sup>o</sup> 08-15.457, *RDC*. 2009. 1044 obs. Carval, *JCP* 2009. 248 n<sup>o</sup> 12 obs. Stoffel Munck.



particulièrement aux clauses limitatives de responsabilité, même si leur champ est évidemment bien plus large. C'est d'ailleurs dans le cadre de ces clauses qu'est née la jurisprudence relative à **l'obligation essentielle** avec l'arrêt *Chronopost* (**Com., 22 oct. 1996**<sup>27</sup>). À partir de cet arrêt, l'atteinte à l'obligation essentielle est devenue un moyen autonome pour éradiquer une clause limitative de responsabilité sur le fondement de la cause (anc. art. 1131). **Le fondement sera désormais celui du nouvel article 1170** (cf. Thème 5 n° 12 s.).



### Actualité

L'avant-projet de réforme de la responsabilité reprend cette jurisprudence qu'elle consacre directement en mettant sur le même plan la faute dolosive, la faute lourde et la contradiction à l'obligation essentielle (cf. art. 1282). Si cette disposition est confirmée, une clause limitative qui contredirait l'obligation essentielle pourra être directement remise en cause par cette nouvelle disposition sans avoir besoin de passer par l'article 1170 du Code civil.

**50.** La jurisprudence *Chronopost* a également mis en lumière une distinction faite par la jurisprudence entre les clauses qui contiennent un **plafond de responsabilité d'origine conventionnelle ou d'origine réglementaire**. Sans que sa position apparaisse très cohérente, la Cour de cassation n'appréhende pas la validité des clauses limitatives de responsabilité de la même manière selon que le plafond mentionné est d'origine conventionnelle ou réglementaire. Si le **plafond est d'origine conventionnelle**, alors la clause limitative peut être combattue tant sur le fondement du dol et de la faute lourde, que sur celui de l'atteinte à l'obligation essentielle (**Com., 30 mai 2006**<sup>28</sup> ; **Com., 5 juin 2007**<sup>29</sup>). Mais si le **plafond est d'origine réglementaire**, alors la clause ne peut être combattue que sur le fondement du dol et de la faute lourde (Mixte, 22 avr. 2005, préc. *supra* n° 47. **Com., 21 févr. 2006**, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; *RDC*. 2006. 694 obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006. 322 obs. Jourdain : « *la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* »). Rien n'empêche cette jurisprudence de perdurer au lendemain de la réforme.



### À noter

C'est encore l'affaire *Chronopost* de 1996 qui a mis en lumière cette distinction.

Alors que l'arrêt de 1996 réputait non écrite la clause limitative de responsabilité, devait s'appliquer le droit commun pour déterminer le régime de la responsabilité contractuelle. Or, il s'est avéré que le contrat de transport proposé par la société *Chronopost* relève **d'un « contrat-type » d'origine réglementaire** qui fixe un plafond de responsabilité, cette fois d'origine réglementaire, ne pouvant être tenu en échec que par une faute lourde du transporteur (même aff. que 1996 : **Com., 9 juill. 2002**<sup>30</sup>).

On s'est alors demandé s'il était possible de définir la faute lourde de manière objective, comme une atteinte à l'obligation essentielle (cf. *supra* n° 47), de manière à éradiquer le plafond réglementaire. C'est alors qu'est intervenu l'arrêt rendu en **Chambre Mixte, du 22 avril 2005** (cf. *supra* n° 47) qui a défini la faute lourde de manière exclusivement subjective : « *attendu qu'il résulte de l'article 1150 du Code civil et du décret du 4 mai 1988 portant approbation du contrat-type pour le transport public terrestre de marchandises applicable aux envois de moins de trois tonnes pour*

27. *GAJC Tome 2* n° 157 ; *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *D.* 1997. 121, note Sériaux ; *Defrénois* 1997. 333, obs. Mazeaud ; *D.* 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; *CCC*. 1997 n° 24, obs. Leveneur.

28. *Bull. civ. IV*, n° 132 ; *D.* 2006. 2288 note Mazeaud ; *D.* 2006. Pan. 2646 obs. Fauvarque-Cosson ; *CCC*. 2006 n° 183 obs. Leveneur ; *RDC*. 2006. 1075 obs. Laithier.

29. n° 06-14.832, *D.* 2007. 1720, obs. X. Delpech, *JCP* 2007. II. 10145 note Houtcieff.

30. *Bull. civ. IV*, n° 121, *D.* 2002. Somm. 2836, obs. Delebecque ; *D.* 2003. Somm. 457, obs. Mazeaud ; *JCP* 2002. II.10176, note Loiseau et Billiau ; *ibid.* I. 184, n° 14 s., obs. Rochfeld.



*lesquels il n'existe pas de contrat-type spécifique que, si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret ».*

**51.** À cette traditionnelle éradication des clauses limitatives de responsabilité qui portent atteinte à l'obligation essentielle du débiteur, s'ajoute désormais, avec la réforme (art. 1171), la possibilité de réputer non écrite la clause si elle **déséquilibre** de manière significative les droits et obligations du contrat, à la condition qu'il s'agisse d'un **contrat d'adhésion** (ce qui était le cas pour Chronopost puisque la clause était, et est toujours, contenue dans les conditions générales). Ce recours aura un intérêt lorsque le plafond de responsabilité ne sera pas dérisoire au point de vider l'obligation de sa subsistance, mais qu'il sera suffisamment faible pour déséquilibrer le contrat (cf. Thème 5 n° 14).

## § 2. Clauses pénales

**52.** Une clause pénale est celle par laquelle les parties déterminent elles-mêmes un montant forfaitaire, fixé par avance dès la conclusion du contrat, des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution (anc. art. 1226 à 1233, nouv. art. 1231-5). Il s'agit d'une clause comminatoire dont le but est d'inciter le débiteur à exécuter son obligation, raison pour laquelle le montant forfaitaire peut s'avérer supérieur au préjudice réellement subi. La qualification est contrôlée par le juge en fonction des éléments contractuels (par ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2008<sup>31</sup> ; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 2011, n° 10-10.376 ; RDC. 2011. 817, obs. Laithier ; LEDC 2011 n° 3 p. 3 obs. Pillet). Est ainsi une clause pénale celle majorant le taux des intérêts contractuels en cas de défaillance de l'emprunteur (**Com., 5 avril 2016**, n° 14-20.169, D. 2016 actu 2 mai 2016) ou une clause d'astreinte conventionnelle (**Civ. 2<sup>e</sup>, 3 sept. 2015**, n° 14-20.431, JCP 2015, doct. 1261, n° 12, obs. Grosser, JCP G 2015, 1130, Dagorne-Labbe ; RTDciv. 2016. 102, obs. Barbier ; RDC 2016. 30, note Viney).

**53.** La clause s'applique **automatiquement**, du seul fait de l'inexécution, sans recours au juge (par ex. Civ. 1<sup>e</sup>, 28 nov. 2007, n° 05-10.010 : « la clause pénale, sanction du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution »), mais elle doit être précédée d'une **mise en demeure** sauf inexécution définitive (nouv. art. 1231-5 al. 5. Sur la mise en demeure, cf. Thème 8 n° 5 s.). Elle **survit à la caducité de l'acte** qui la contient puisque devant précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janv. 2011, n° 10-10.038, LEDC 2011 n° 3 p. 3, obs. M. Latina, Com., 22 mars 2011, n° 09-16.660, D. 2011. 2179 note Hontebeyrie ; RDC. 2011. 826, obs. Savaux).

**54.** En raison d'abus pouvant donner lieu à des montants forfaitaires manifestement excessifs ou dérisoires, le législateur en 1975 a permis au juge de réviser le montant des clauses pénales **manifestement excessif ou dérisoire**, par rapport au préjudice réellement subi (anc. art. 1152, nouv. art. 1231-5 al. 2. V. récemment : Com., 20 déc. 2017, n° 16-18280, CCC 2018, comm. 42, obs. Leveneur), ce qu'il peut faire même d'office. S'il s'agissait à l'époque d'une disposition exceptionnelle en droit des contrats en raison du pouvoir conféré au juge sur l'équilibre du contrat voulu par les parties, elle est aujourd'hui plus généralement admise et considérablement renforcée par la réforme qui admet plus largement l'éradication de clauses du contrat (cf. Thème 5, n° 10 s.). La **réforme** a apporté un élément nouveau et précisé un deuxième : le juge peut diminuer la pénalité en cas d'exécution partielle, et ces pouvoirs du juge sont d'ordre public (nouv. art. 1231-5 al. 3 et 4).

31. n° 07-13.989, JCP 2009. II. 10016, note Dagorne-Labbe.







## Mémo

Les parties sont libres d'aménager contractuellement la mise en œuvre de leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution. Parmi les différents moyens, deux types de clauses sont traditionnels et permettent de limiter le montant de la réparation due à titre de dommages-intérêts : les clauses limitatives ou exonératoires et les clauses pénales.

Le régime de ces clauses n'a pas été spécifiquement modifié par la **réforme** qui se contente de préciser le droit positif.

Les **clauses limitatives ou exonératoires** de responsabilité sont par principe **valables**, mais il existe plusieurs fondements permettant de ne pas les appliquer :

- la législation spéciale sur les **clauses abusives du code de la consommation** : si le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel, toutes les clauses limitatives ou exonératoires de réparation au profit du professionnel sont réputées non écrites et présumées abusives de manière irréfragable (art. R. 132-1 6°, C. cons.) ;
- la législation spéciale de **l'article L. 442-1, I 2° du code de commerce** ;
- le droit commun du **dol** et de **la faute lourde** : si le débiteur n'a pas exécuté son obligation de manière délibérée (dol) ou si son comportement s'avère d'une exceptionnelle gravité dénotant son inaptitude à exécuter le contrat (faute lourde définie exclusivement subjectivement depuis Mixte, 22 avr. 2005), la clause ne s'applique pas ;
- le nouveau droit issu de la **réforme (pour rappel)** : si l'obligation inexécutée est une **obligation essentielle** et que la clause limitative de responsabilité la vide de sa substance, elle est réputée non écrite, autrefois sur le fondement de la cause (arrêt Chronopost), désormais sur le nouvel art. 1170 ; si la clause limitative a pour effet de **déséquilibrer significativement** les droits et obligations d'un contrat d'adhésion, la clause est réputée non écrite (nouv. art. 1171).

Les **clauses pénales**, à la différence des clauses limitant la réparation, ne mentionnent pas un plafond de réparation, mais un montant **forfaitaire** à titre de dommages-intérêts dus automatiquement par le débiteur qui n'exécute pas son obligation.

Le montant forfaitaire, prévu dès la conclusion du contrat, peut être **révisé par le juge** en cas de montant manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice réellement subi, ou en cas d'exécution partielle.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### Lectures générales

---

RÉMY Ph., La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, *RTD civ.* 1997. 323.

TUNC A., La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, *JCP* 1945. I. 449.

### Lectures thématiques

---

#### *Obligation de sécurité transports*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989**, Bull. civ. I, n° 118 ; D. 1991. 1 note Malaurie ; *RTD civ.* 1989. 548 obs. Jourdain.

**Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1998**, Bull. civ. I, n° 110 ; D. 1998. 505 note Mouly.

#### *Obligation médicale*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012**, n° 11-17.510, D. 2012. 2277 note Bacache, D. 2013. 40, obs. Gout, *JCP* 2012. 1036, note Sargos, et 2066, obs. Stoffel-Munck.

#### *Domage*

**Civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc. 2003**, *RTD civ.* 2004. 295 obs. Jourdain ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2005**, n° 02-15.910, Bull. civ. I, n° 201 ; Defrénois 2005. 1247 ; *JCP* 2006. I. 111 n° 3 obs. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2005. 600, obs. Jourdain.

**Perte de chance : Com., 30 avril 2014**, n° 12-22567, n° 13-16380 : D. 2015.124, obs. Brun ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 2016**, n° 15-23.230, D. 2017. 46, note Traullé ; *JCP* 2016, doct. 257, obs. Bacache.

#### *Exonération, faute créancier*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2008**, n° 05-12.551, *JCP* 2008. II. 10085, note Grosser ; D. 2008. 1582, note Viney ; *RTD civ.* 2008. 312, obs. Jourdain ; *RDC* 2008. 743 Mazeaud, 763 Viney ; **Ch. Mixte, 28 nov. 2008**, n° 06-12.307, D. 2009. 461 note Viney ; *JCP* 2009. II. 10011 note Grosser, *RDC* 2009. 487 obs. Génicon ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 2015**, n° 14-13440, D. 2015. 1137, note Mazeaud ; *JCP* 2015. Doctr. 1409, n° 7, obs. Bloch ; *Gaz. Pal.* 3-4 juin 2015, p. 17, note Paulin ; *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 2015, p. 13, obs. Jaouen ; *RTD civ.* 2015. 628, obs. Jourdain ; *CCC* 2015, comm. 165, obs. Leveneur.

#### *Clause limitative responsabilité, faute lourde*

**Mixte, 22 avr. 2005**, D. 2005. Pan. 2844, obs. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2005. II. 10066, note Loiseau (1<sup>re</sup> esp.) ; *Dr. et patr. oct.* 2005, p. 36, étude Viney ; *RDC* 2005. 673, obs. Mazeaud, et 753, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 2005. 604, obs. Jourdain, et 779, obs. Mestre et Fages.

#### *Clause limitative responsabilité, plafonds*

**Com., 30 mai 2006**, Bull. civ. IV, n° 132 ; D. 2006. 2288 note Mazeaud ; D. 2006. Pan. 2646 obs. Fauvarque-Cosson ; *CCC* 2006 n° 183 obs. Leveneur ; *RDC* 2006. 1075 obs. Laithier ; **Com., 21 févr. 2006**, Bull. civ. IV, n° 48 ; *RDC* 2006. 694 obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006. 322 obs. Jourdain.



## II. Pour aller plus loin

---

### *Généralités*

BOUTONNET M., SINTEZ C., THIBIERGE C., Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile !, *D.* 2016. 2414.

KNETSCH J., L'eupéanisation de la responsabilité civile : mythe ou réalité ?, *D.* 2017. 18.

SAVAUX E., La fin de la responsabilité contractuelle ? *RTD civ.* 1999. 1.

VINEY G., *La responsabilité contractuelle en question*, Mélanges Ghestin LGDJ, 2001, p. 921.

« Exécution du contrat en nature ou par équivalent » (actes de colloque), *RDC.* 2005/1.

### *Sur les conditions de la responsabilité*

ALT-MAES F., La réparation du défaut d'information médicale. – Métamorphose et effets pervers, *JCP* 2013. Doctr. 547.

JOURDAIN P., L'obligation de sécurité, *GP.* 1993. Doctr. 1171.

LAMBERT-FAIVRE Y., Fondement et régime de l'obligation de sécurité, *D.* 1994. Chron. 81.

PORCHY-SIMON, Plaidoyer pour une construction rationnelle du droit du dommage corporel, *D.* 2011. 2742.

STOFFEL-MUNCK Ph., Le préjudice moral des personnes morales, *in* Mélanges Letourneau, Dalloz, 2007, p. 959.

WESTER-OUISSÉ V., Le préjudice moral des personnes morales, *JCP* 2003.I.145 ; Les méandres de la perte de chance en matière médicale, *RLDC* janv. 2013, n° 100 p. 17.

« Feu l'arrêt Mercier ? », *RDC.* 2011. 335 s., (série d'articles, rubrique « débats »).

### *Sur la cause étrangère*

BOUCARD H., Article 1218 du projet de réforme : la force majeure contractuelle, *RDC* 2015. 779.

MEKKI M., La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *RLDC* juill.-août 2006, p. 17.

MOURY J., Force majeure : éloge de la sobriété, *RTD civ.* 2004. 471.

### *Sur la réparation*

CARVAL S., Les intérêts compensatoires. La réparation de la dimension temporelle des préjudices économiques, *D.* 2017. 414.

DESHAYES O., L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français, *in* Les mutations du droit des contrats (Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 nov. 2009), *RDC* 2010/3 p. 1139.

LE GALLOU C., Inexécution contractuelle, minimisation du dommage et clause pénale en droit anglais : récentes précisions, *RLDC* 2015 n° 129.

ROUVIÈRE F., La distinction entre restitution et indemnisation, *D.* 2015. 657.

VINEY G., L'indemnisation due en cas de manquement par le médecin à son devoir d'information, *JCP* 2014, 553.

### *Sur la prescription*

LECUYER H. et BRENNER Cl., La réforme de la prescription, *JCP* 2009. 146.

VINEY G., Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile, *RDC* 2009. 493 s.



### *Sur les clauses limitatives de responsabilité et les clauses pénales*

BERNARD B., Les clauses limitatives de réparation dans la réforme (art. 1170) : continuité ou remaniement ?, *Droit et patrimoine* 2016, n° 256.

LAITHIER Y.-M., L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *in* Les mutations du droit des contrats (Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 nov. 2009), *RDC* 2010. 1091.

MALINVAUD Ph., De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité, *Mélanges Terré*, Dalloz, 1999.

« Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif » *RDC* 2008/3, « Débats », série d'articles, p. 979 à 1045.

### *Sur les projets de réforme*

ANCEL P., Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats, *RDC*. 2006. 105.

FAURE-ABBAD M., La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *D.* 2007. 165.

JUILLET Ch., La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, *D.* 2011. 259.

LARROUMET C., L'intensité de l'obligation dans la responsabilité contractuelle. Avant-projet de réforme de la responsabilité civile, *JCP* 2016. 1031.

LE TOURNEAU Ph., Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, *D.* 2007. 2180.

MEKKI M. (dir.), Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis, *LGDJ*, coll. Forum, 2016.

RIAS N., L'amende civile : une fausse bonne idée ? À propos de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, *D.* 2016. 2072.

VEYRE L., Quel avenir pour les clauses et contrat excluant ou limitant la réparation ?, *CCC* 2016 étude 13.

JOURDAIN P., Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ?, *JCP* 2016. 909.

VINEY, G., L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile, *D.* 2016. 1378.

WALTZ-TERACOL B., Regard critique sur les causes d'exonération de la responsabilité. À propos de l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile, *D.* 2017. 16.

Débats *RDC* 2016. 770 : Pour une réforme ambitieuse de la responsabilité contractuelle (séries d'articles).

### III. Aperçu des publications récentes

---

DISSAUX N., Quelles réformes pour la responsabilité civile ?, *AJ Contrat* 2017, p. 169

DISSAUX N., Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution, *AJ Contrat* 2017, p. 205

BORGHETTI J.-S., Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : *D.* 2017, p. 770.

MALAURIE-VIGNAL M., Réforme de la responsabilité civile, entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative, *CC* 2017, repère 10

DREYER E., La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, *D.* 2017.1136



- CARVAL S., Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, *JCP* 2017, 401
- JUEN E., Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français. Présentation d'un régime, *RTD civ.* 2017. 565
- HOUSSIN M., Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales, *D.* 2018. 366
- GRAZIANI F., La généralisation de l'amende civile : entre progrès et confusions. Commentaire de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, *D.* 2018. 428
- VARAINE L., L'incidence des avantages perçus par la victime d'un dommage sur l'évaluation du préjudice indemnisable, *D.* 2018. 741
- « Le juge et le droit de la responsabilité civile : bilan et perspectives », rubrique Débats, *RDC* 2017. 687 et s.



# Annexes

**Annexe 1** – BORGHETTI J.-S., Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : D. 2017, p. 770

**Annexe 2** – Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janv 2017, n° 15-24696, JCP 2017 doctr. 1174, obs. Bacache

---

## **Annexe 1** – BORGHETTI J.-S., Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : D. 2017, p. 770.

**Recueil Dalloz**

**Recueil Dalloz 2017 p. 770**

**Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017.**

**Jean-Sébastien Borghetti, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)**

L'essentiel

La Chancellerie vient de rendre public un projet de réforme de la responsabilité civile, qui fait suite à l'avant-projet d'avril 2016 et constitue une nouvelle étape dans la deuxième phase de la réforme du droit des obligations. Ce nouveau texte ne marque aucune rupture par rapport à l'avant-projet et témoigne surtout d'une volonté de confirmer les acquis de la jurisprudence. Il intègre cependant un certain nombre de modifications, inspirées par les nombreuses réactions qu'avait suscitées l'avant-projet, et qui vont globalement dans le sens d'une amélioration de la qualité technique de la réforme projetée.

1. Alors que l'on pouvait croire le processus de réforme de la responsabilité civile au point mort, à quelques semaines d'importantes échéances électorales, le garde des Sceaux, M. Jean-Jacques Urvoas, a présenté le lundi 13 mars 2017, à l'Académie des sciences morales et politiques, un nouveau projet de réforme. Celui-ci fait évidemment suite à l'avant-projet publié en avril 2016 et à la consultation que la Chancellerie avait organisée sur ce premier texte<sup>1</sup>. Une étape de plus est ainsi franchie sur le chemin de la réforme du droit de la responsabilité, dont le terme paraît toutefois encore lointain. Le projet qui vient d'être publié, en effet, doit encore être soumis à une consultation interministérielle, avant d'être envoyé pour avis au Conseil d'État. Ce n'est qu'après que celui-ci se sera prononcé que le gouvernement pourra adopter officiellement un projet de loi, susceptible d'être inscrit à l'ordre du jour du Parlement – puisqu'il paraît acquis que cette deuxième partie de la réforme du droit des obligations ne se fera pas par ordonnance, contrairement à la première. Dans le meilleur des cas, il faudra donc encore plusieurs mois avant qu'une réforme de la responsabilité civile ne puisse être votée.

2. Le projet de réforme qui vient d'être publié se situe, sans surprise, dans la continuité de l'avant-projet de 2016, même s'il comporte onze articles supplémentaires<sup>2</sup> et si seuls vingt-neuf des soixante-douze articles du texte initial n'ont subi aucun changement. La plupart des modifications apportées au texte précédent ont en effet une portée limitée, qu'elles soient d'ordre purement formel ou linguistique<sup>3</sup>, ou qu'il s'agisse d'ajustements techniques. De manière significative, les changements les plus importants concernent les points sur lesquels l'avant-projet se

---

1. V. notre présentation de ce texte, L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Vue d'ensemble de l'avant-projet, D. 2016. 1386 ; L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Commentaire des principales dispositions, D. 2016. 1442

2. Six d'entre eux sont la reprise des nouveaux articles du code civil consacrés à la réparation du préjudice écologique : V. *infra*, n° 27. Trois de ces nouveaux articles résultent par ailleurs de la division d'articles de l'avant-projet : l'art. 1233-1 reprend l'al. 2 de l'art. 1233 de l'avant-projet, l'art. 1257-1 reprend l'al. 2 de l'art. 1257 de l'avant-projet et l'art. 1267-1 reprend, en l'étendant, la règle qu'énonçait l'art. 1277, al. 3, de l'avant-projet. En revanche, contrairement à l'avant-projet, le projet ne prévoit pas de modifier l'art. 1603 c. civ. (V. *infra*, note 16).

3. V. not. les art. 1238, 1239, 1241, 1249, al. 1<sup>er</sup>, 1250, 1251, 1253, al. 1<sup>er</sup>, 1272, al. 1<sup>er</sup>, 1280 et 1282 (anc. art. 1283 de l'avant-projet).



montrait le plus audacieux, à savoir la soumission du dommage corporel aux seules règles de la responsabilité extracontractuelle<sup>4</sup>, l'étendue de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers<sup>5</sup>, l'amende civile<sup>6</sup> et la prise en compte de la faute de la victime conductrice en matière d'accidents de la circulation<sup>7</sup>. À chaque fois, la nouvelle version se situe en retrait par rapport à la précédente, réduisant l'écart avec le droit positif et renforçant par là même l'aspect conservateur du texte<sup>8</sup>. Comparé à l'avant-projet, le projet de mars 2017 ne marque donc ni changement de philosophie, ni bouleversement de fond. Il confirme que l'ambition de la Chancellerie est avant tout d'opérer une (re-)codification du droit existant, et notamment de la jurisprudence.

3. L'examen des principaux changements apportés au texte de 2016 n'en vaut pas moins la peine, s'agissant d'un projet d'une telle importance. La manière la plus simple d'y procéder est de suivre l'ordre du projet, qui reprend exactement celui de l'avant-projet. La seule différence significative dans la structure du texte tient à l'introduction d'un nouveau chapitre consacré aux « clauses relatives à la responsabilité », qui reprend des dispositions précédemment incluses dans le chapitre consacré aux effets de la responsabilité<sup>9</sup>. Le projet, qui couvre le nouveau sous-titre II (« La responsabilité civile ») du titre III du livre III du code civil, comprend donc six chapitres, consacrés respectivement aux dispositions liminaires, aux conditions de la responsabilité, aux clauses d'exonération et d'exclusion de la responsabilité, aux effets de la responsabilité, aux clauses relatives à la responsabilité et aux principaux régimes spéciaux.

## Chapitre I<sup>er</sup> – Dispositions liminaires

4. Ce chapitre, composé de trois articles seulement, traite des rapports entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle. Il contenait en outre, dans l'avant-projet, une disposition relative à la cessation de l'illicite (anc. art. 1232), désormais déplacée dans le chapitre consacré aux effets de la responsabilité<sup>10</sup>, ce qui renforce la cohérence de ce premier chapitre.

5. L'article 1233, réduit à un seul alinéa, affirme le principe du « non-cumul » des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, exactement dans les mêmes termes que le faisait l'avant-projet. Le non-cumul est donc présenté comme une interdiction de l'option en faveur de la responsabilité extracontractuelle en cas de contrat entre les parties, comme si cette responsabilité était toujours sous-jacente. Cette formulation prend, à notre avis, inutilement parti sur la justification technique de la règle du non-cumul et se concilie en outre difficilement avec l'interdiction des clauses excluant ou limitant la responsabilité pour faute en matière extracontractuelle, qui suggère que cette responsabilité serait d'ordre public. Mieux vaudrait donc, nous semble-t-il, prévoir simplement que, entre parties au contrat, les règles propres à la responsabilité extracontractuelle sont inapplicables à la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat<sup>11</sup>.

6. Alors que l'avant-projet, de manière quelque peu maladroite, présentait la « décontractualisation » du dommage corporel<sup>12</sup> comme une exception à la règle du non-cumul, en en traitant dans un second alinéa de l'article 1233, le projet lui consacre une disposition autonome, l'article 1233-1. S'il confirme que « les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat » (al. 1<sup>er</sup>), le nouvel article apporte une exception à cette règle novatrice, en prévoyant que « la victime peut invoquer les dispositions expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle » (al. 2). Le souci de protection des victimes qui sous-tend cette exception se comprend très bien, mais elle risque d'avoir une portée limitée en pratique, rares étant les contrats qui prévoient explicitement à la charge du débiteur une obligation de protéger l'intégrité physique du créancier<sup>13</sup>. En revanche, le nouveau texte ne prévoit pas de combler la lacune

4. V. *infra*, n° 6

5. V. *infra*, n° 7

6. V. *infra*, n° 23

7. V. *infra*, n° 31

8. Cette orientation du projet ne pourra évidemment que décevoir ceux qui regrettaient déjà la trop grande prudence de l'avant-projet ; V. not., M. Fabre-Magnan, Un projet à refaire, RDC 2016. 782, et, de manière plus nuancée, G. Viney, L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile, D. 2016. 1378.

9. Le projet contient en outre un art. préliminaire (1232) relatif aux rapports entre les dispositions des premiers chapitres et les régimes spéciaux, sur lequel, V. *infra*, n° 30.

10. V. *infra*, n° 22.

11. V., sur ce pt, nos obs. in L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, JCP 2016, suppl. au n° 30-35, p. 15, nos 5 s.

12. Sur laquelle, V. not., J. Knetsch, Le traitement préférentiel du dommage corporel, JCP 2016, suppl. au n° 30-35, p. 9, nos 10 s.

13. Ce qui rend moins cruciale la question de savoir si la responsabilité fondée sur la violation d'une disposition expresse du contrat est de nature contractuelle ou extracontractuelle. La rédaction du texte suggère d'adopter la première branche de l'alternative, mais retenir la seconde permettrait de préserver l'unité de la responsabilité en cas de dommage corporel.



pourtant incontestable que présente la règle dans sa formulation actuelle<sup>14</sup>, et qui résulte de ce que le créancier victime d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat ne pourra pas en demander réparation à son débiteur lorsque celui-ci aura fait exécuter le contrat par un tiers non-préposé, comme il a en principe le droit<sup>15</sup>. Or ce cas de figure est très fréquent en pratique et le sera encore plus à l'avenir, avec le recul du salariat et le développement de ce que l'on nomme parfois « l'uberisation » de l'économie. Il est donc à notre sens indispensable, si l'on veut conserver le principe d'une décontractualisation du dommage corporel, de prévoir ce qui constitue en substance un nouveau cas d'imputation du dommage causé par autrui, en vertu duquel, en cas de dommage corporel, le débiteur répond comme de son fait propre de l'inexécution du contrat par celui qu'il s'est substitué dans l'exécution.

7. L'article 1234, enfin, traite de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers. Son alinéa 1<sup>er</sup> reprend quasiment sans modification<sup>16</sup> ce qui constituait l'intégralité de cet article dans l'avant-projet, prévoyant en substance que l'inexécution du contrat n'est une source de responsabilité extracontractuelle pour le débiteur à l'égard des tiers que lorsque cette inexécution constitue en même temps un fait générateur de responsabilité extracontractuelle. Ce texte vient fort opportunément casser la jurisprudence *Bootshop*<sup>17</sup> et restaurer la solution traditionnelle, qu'appliquent sans états d'âme la plupart des droits étrangers. Malheureusement, le projet bat ici en retraite par rapport à l'avant-projet, en apportant à cette règle une exception qui risque de la vider de sa substance. Il ajoute, en effet, à l'article 1234 un second alinéa, qui dispose : « Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ». La solution de l'arrêt *Bootshop* se trouve donc maintenue au profit des « tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat », avec cette seule différence que, lorsqu'ils invoquent un manquement contractuel qui ne constitue pas en même temps un fait générateur de responsabilité extracontractuelle (c'est-à-dire en pratique une faute), ces tiers devront se placer sur le terrain contractuel, ce qui permettra au débiteur de leur opposer les éventuelles limitations ou exclusions de responsabilité acceptées par le créancier.

8. Cette solution, quoiqu'inspirée par la doctrine la plus autorisée<sup>18</sup>, nous paraît malvenue. Elle revient en substance à conférer à certains tiers la qualité de créancier, puisqu'elle leur permet d'exiger l'équivalent, sous forme de dommages-intérêts, de l'avantage que leur aurait procuré la bonne exécution du contrat. Ces tiers disposent même dans certains cas d'une option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, faveur qui est pourtant refusée aux véritables créanciers, c'est-à-dire à ceux qui ont payé le prix du contrat. Comment justifier cela, alors même que ces tiers disposent déjà le plus souvent, pour le même dommage, d'une autre action contractuelle, liée cette fois à un contrat qu'ils ont eux-mêmes conclu<sup>19</sup> ? La prétendue restriction aux tiers intéressés est, par ailleurs, très problématique. Outre le fait que le législateur n'assumerait pas ses responsabilités en ne définissant pas la notion d'« intérêt légitime à la bonne exécution du contrat », le risque est que tout tiers subissant un dommage du fait de l'inexécution du contrat puisse exciper d'un tel intérêt. L'article 1235 du projet définit, en effet, le préjudice réparable comme la lésion d'un intérêt licite, ce qui, sauf à entrer dans de byzantines distinctions entre les intérêts licites et les intérêts légitimes, pourrait conduire à déduire l'existence d'un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat du seul fait que l'absence de bonne exécution cause au tiers un dommage<sup>20</sup>. Mieux vaudrait donc sur ce point en revenir à la solution de l'avant-projet, qui avait le mérite de contenir la singulière tendance du droit français à violer le principe de l'effet relatif du contrat, pourtant réaffirmé par le nouvel article 1199 du code civil.

14. V. Vue d'ensemble de l'avant-projet, préc., n° 38.

15. Dans ce cas, en effet, aucune des hypothèses d'imputation du dommage causé par autrui prévues par le projet ne permet d'obliger le débiteur à répondre du fait de celui qu'il s'est substitué dans l'exécution du contrat.

16. Il supprime simplement l'étonnante référence au caractère direct de la causalité entre le manquement contractuel et le dommage subi par le tiers ; V., sur ce pt, nos obs., *in* L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, préc., n° 22.

17. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. ass. plén., n° 9 ; BICC 1<sup>er</sup> déc. 2006, note et rapp. M. Assié, concl. A. Giarizzo ; D. 2006. 2484, obs. I. Gallmeister, 2825, note G. Viney, 2007. 1827, obs. L. Rozès, 2897, obs. P. Jourdain, et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007. 295, obs. N. Damas ; RDI 2006. 504, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier, 115, obs. J. Mestre et B. Fages, et 123, obs. P. Jourdain ; JCP 2006. II. 10181, comm. M. Billiau, 10132, comm. A. Giarizzo, et 2007. I. 115, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 269, obs. D. Mazeaud, 279, obs. S. Carval, et 379, obs. J.-B. Seube.

18. V. M. Bacache, *Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers*, D. 2016. 1454.

19. Très souvent, en effet, le tiers est intéressé à la bonne exécution du contrat parce qu'il a conclu avec le créancier un sous-contrat. L'ajout de cet alinéa à l'art. 1234 explique au demeurant que le projet ne prévoit pas, contrairement à l'avant-projet, de consacrer à l'art. 1603 c. civ. les actions directes en responsabilité contractuelle en cas de chaîne de vente, puisque ces actions directes seraient englobées dans les actions contractuelles prévues par l'art. 1234.

20. La distinction du dommage et du préjudice pourrait aussi être invoquée pour tenter de parer une telle dérive, mais cette distinction, par ailleurs tout à fait pertinente, se révèle assez fuyante en cas d'inexécution du contrat et lorsque le dommage causé est immatériel, ce qui est en général le cas du dommage invoqué par le tiers.





## Chapitre II – Les conditions de la responsabilité

9. Les modifications apportées à ce chapitre sont beaucoup plus limitées et consistent pour une grande part en des retouches formelles, dont il ne paraît pas utile de donner ici le détail. Les trois dispositions relatives à la responsabilité contractuelle (section 3), en particulier, n'ont subi aucune altération significative. Quelques changements doivent cependant être signalés, aussi bien dans la section 1, relative aux dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, que dans la section 2, consacrée aux règles propres à la responsabilité extracontractuelle.

10. La section 1 traite du préjudice réparable et du lien de causalité. Dans la définition du premier, à l'article 1235, la référence au caractère personnel ou collectif de l'intérêt lésé a été supprimée. Si cela n'interdit pas formellement de voir dans la lésion d'un intérêt collectif un préjudice dont une personne physique ou morale peut demander réparation, comme le fait parfois aujourd'hui le juge, cela a au moins le mérite de ne pas inciter celui-ci à le faire, ce qui paraît d'autant plus opportun que les nouvelles dispositions sur le préjudice écologique permettent désormais de prendre en charge les atteintes à ce qui constitue l'un des intérêts collectifs les plus importants, à savoir l'environnement<sup>21</sup>.

11. S'agissant du lien de causalité (qui n'est toujours pas défini), l'article 1240 confirme, en cas de dommage corporel causé par un membre non identifié d'un groupe, le principe d'une responsabilité solidaire des membres de ce groupe à l'égard de la victime. Les conditions d'application de la règle sont modifiées (al. 1<sup>er</sup>), mais de manière si subtile que l'on peut s'interroger sur les effets concrets de cette modification. Plus intéressant est l'ajout d'un second alinéa, qui prévoit que « les responsables contribuent entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage ». Appliquée à l'hypothèse particulière du contentieux du diéthylstilbestrol (DES), cette règle vient évidemment entériner le principe d'une contribution à la dette de chacun des producteurs fondée sur sa part du marché, solution déjà adoptée par certains des juges du fond mais à l'égard de laquelle la Cour de cassation paraît jusqu'ici réticente<sup>22</sup>. L'intérêt de la règle dépasse cependant largement cette hypothèse, ne serait-ce que parce qu'elle marque un pas supplémentaire dans la prise en compte des probabilités pour l'appréciation de la causalité.

12. La section 2 du chapitre II traite, quant à elle, des faits générateurs de responsabilité extracontractuelle (faute, fait des choses et troubles anormaux de voisinage) et de l'imputation du dommage causé par autrui, c'est-à-dire des cas de responsabilité du fait d'autrui. L'article 1242 définit désormais la faute comme « la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence et de diligence ». La « prescription légale » se trouve ainsi substituée à « la règle de conduite imposée par la loi », dont il était question dans la précédente version du texte. La nouvelle formule paraît plus large et susceptible d'englober toute violation d'une règle législative ou réglementaire, même s'il ne s'agit pas explicitement d'une règle de conduite. Le projet suggère en outre opportunément l'introduction d'un article 1242-1 définissant la faute de la personne morale, dont la teneur est reprise des projets Catala (art. 1353) et Terré (art. 7, al. 1<sup>er</sup>).

13. En ce qui concerne la responsabilité sans faute, le projet n'apporte pratiquement aucun changement au texte antérieur<sup>23</sup>. La rédaction de l'article 1244 relatif aux troubles anormaux de voisinage a été légèrement modifiée, mais elle continue étonnamment d'exclure la responsabilité de l'occupant sans titre. La définition du dommage réparable reste en outre assez alambiquée et la rédaction du second alinéa peut toujours être interprétée comme donnant au juge judiciaire le pouvoir de remettre en cause une autorisation administrative, ce qui ne correspond sans doute pas à l'intention des rédacteurs du texte.

14. Les articles relatifs à l'imputation du dommage causé par autrui ont, eux aussi, subi peu de modifications. La responsabilité pour faute présumée de celui qui assume à titre professionnel une mission de surveillance d'autrui a toutefois été étendue à celui qui organise ou contrôle l'activité d'autrui, toujours à titre professionnel (art. 1248). Sont vraisemblablement visées avant tout les associations sportives, aujourd'hui soumises à une responsabilité de plein droit pour les dommages causés par leurs membres dans le cadre des activités qu'elles organisent, mais qui paraissaient n'être concernées par aucun des cas de responsabilité du fait d'autrui prévus par l'avant-projet. Par ailleurs, s'agissant de l'imputation au commettant du fait du préposé, alors que l'avant-projet permettait au commettant d'échapper à sa responsabilité s'il établissait que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant, le projet écarte cette cause d'exonération et prévoit à sa place que le commettant n'est pas responsable s'il prouve la collusion du préposé et de

21. V. *infra*, n° 27.

22. V. récemment, Versailles, 14 avr. 2016, n° 16/00296, JCP 2016. 1117, n° 8, obs. P. Stoffel-Munck ; RCA 2016. Comm. 254, note S. Hocquet-Berg ; RDC 2017. 36, obs. J.-S. Borghetti.

23. À l'art. 1243, la précision selon laquelle les dispositions relatives au fait des choses sont applicables au fait des animaux a été supprimée, vraisemblablement parce que la solution s'évince déjà de l'art. 515-14 c. civ., qui prévoit que « sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».



la victime (art. 1249, al. 3). Le nouveau texte est évidemment plus restrictif et profite à la victime. Peut-être, cependant, serait-il plus conforme à l'esprit du droit positif de ne pas exiger la preuve d'une telle collusion et de prévoir simplement que le commettant n'est pas responsable s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que l'auteur du dommage exerçait en qualité de préposé l'activité à l'occasion de laquelle il a causé le dommage.

### Chapitre III – Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

15. Ce chapitre n'a fait l'objet d'aucune modification significative sur le fond, si ce n'est un léger durcissement de la définition de la force majeure en matière extracontractuelle<sup>24</sup>. Sa présentation a cependant été améliorée. À l'article 1254, relatif à la faute de la victime, la règle spéciale applicable au dommage corporel a été clairement séparée de la règle ordinaire et fait désormais l'objet d'un alinéa autonome. S'agissant des clauses d'exclusion de la responsabilité, les faits justificatifs et l'acceptation des risques, précédemment regroupés dans l'article 1257, sont maintenant envisagés dans deux articles distincts (art. 1257 et 1257-1). Le nouvel article 1257 ne mentionne plus explicitement, par ailleurs, les différents faits justificatifs, mais se contente de renvoyer aux articles 122-4 à 122-7 du code pénal, ce qui est discutable, car cela pourrait laisser entendre que l'autorisation de l'autorité légitime, visée à l'article 122-4, al. 1<sup>er</sup>, constitue une cause d'exonération de responsabilité civile, ce qui n'est normalement pas le cas et ne correspond certainement pas à l'intention de la Chancellerie<sup>25</sup>.

### Chapitre IV – Les effets de la responsabilité

16. Amputé des dispositions sur les clauses relatives à la responsabilité, mais augmenté de celles traitant de la réparation du préjudice écologique, le chapitre consacré aux effets de la responsabilité est toujours celui qui contient le plus grand nombre d'articles. Indépendamment des corrections de forme, qui concernent notamment les deux premiers articles, posant respectivement le principe de la réparation intégrale (art. 1258) et celui de la coexistence de la réparation en nature et de la réparation sous forme de dommages-intérêts (art. 1259), ce chapitre a fait l'objet d'un certain nombre d'ajustements dont les conséquences pratiques sont loin d'être négligeables. La plupart concernent la première section, intitulée « principes », la seconde, qui traite des règles particulières à la réparation des préjudices résultant de certaines catégories de dommages, demeurant beaucoup plus stable<sup>26</sup>.

17. La première sous-section de la première section traite de la réparation en nature. Comme l'avant-projet, le projet admet ce mode de réparation en matière contractuelle, nonobstant les risques de chevauchement avec l'exécution en nature<sup>27</sup>, mais il neutralise une partie au moins de ces risques en alignant les obstacles à la réparation en nature sur ceux que l'article 1221 nouveau du code civil pose à l'exécution en nature, à savoir l'impossibilité ou la disproportion manifeste entre le coût de la mesure pour le responsable et son intérêt pour la victime (art. 1261, al. 1<sup>er</sup>).

18. En ce qui concerne la réparation sous forme de dommages-intérêts (sous-section 2), un alinéa est ajouté à l'article 1262, qui prévoit que, en cas de dommage corporel, la victime peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale. Ce texte appelle évidemment une interprétation *a contrario*, en vertu de laquelle, hors le cas d'un dommage corporel, tout chef de préjudice existant mais non inclus dans la demande initiale ne peut faire l'objet d'une demande subséquente, ce qui laisse entendre que, pour déterminer la chose qui a été jugée, il faut se référer au dommage dont il a été demandé réparation, et non aux divers chefs de préjudice qui peuvent en résulter<sup>28</sup>.

19. Toujours en ce qui concerne les dommages-intérêts, le projet étend le champ d'application de l'article 1263, qui prévoit une réduction de l'indemnisation de la victime lorsqu'elle n'a pas pris de mesures raisonnables propres à éviter l'aggravation de son préjudice. Alors que l'avant-projet limitait de manière contestable ce devoir de « minimisation » du préjudice (et non du dommage) à la matière contractuelle, le projet dispose simplement qu'il s'applique

24. Alors que l'avant-projet définissait la force majeure comme « l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences par des mesures appropriées », l'art. 1253, al. 2, précise désormais que cet événement doit en outre échapper au contrôle du défendeur, reformulant ainsi l'exigence traditionnelle d'extériorité.

25. Il a, par ailleurs, été ajouté à l'art. 1255 la précision selon laquelle la faute de la victime n'a pas d'effet exonératoire sauf si elle revêt les caractères de la force majeure, ce qui permet d'éviter toute ambiguïté.

26. Les dispositions consacrées aux conventions portant sur la réparation, qui formaient une troisième section du chapitre dans l'avant-projet, en ont été séparées pour former le nouveau chapitre consacré aux clauses relatives à la responsabilité.

27. V. Vue d'ensemble de l'avant-projet, préc., n° 47.

28. V., dans le même sens, l'art. 1262, al. 2, qui prévoit que, en cas d'aggravation du dommage postérieure au jugement, la victime peut demander un complément pour le préjudice qui en résulte.



« sauf en cas de dommage corporel », ce qui paraît préférable<sup>29</sup>. En outre, la réduction est désormais présentée comme étant de droit en cas de passivité induite de la victime, alors qu'elle consistait pour le juge une simple faculté dans la précédente version du texte. La nouvelle rédaction paraît ici encore préférable, car elle facilite l'application extrajudiciaire de la règle.

20. L'article 1264, quant à lui, affirme toujours le principe de libre disposition des dommages-intérêts par la victime, mais sans plus lui apporter l'exception que prévoyait l'avant-projet en cas de « circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique ». La suppression de cette exception nous paraît regrettable, car elle aurait pu s'avérer utile notamment lorsque les dommages-intérêts visent à permettre la remise en état d'un bien et sont supérieurs à la valeur de celui-ci avant le dommage. Il est vrai, toutefois, que l'affectation des dommages-intérêts par le juge se justifie avant tout en cas d'indemnisation d'une atteinte à un intérêt collectif ; or le projet est sur ce point heureusement en retrait par rapport à l'avant-projet<sup>30</sup>.

21. L'article 1265, relatif à l'incidence de la pluralité de responsables (sous-section 3), se trouve lui aussi modifié. Ce qui concerne l'obligation à la dette (principe de solidarité) est plus clairement distingué de ce qui concerne la contribution à celle-ci, grâce à la division de l'article en deux alinéas. Surtout, s'agissant de cette contribution, le projet introduit le principe d'une répartition de la charge de la dette entre les coresponsables fondée sur le rôle causal du fait générateur imputable à chacun d'eux, combiné, le cas échéant, avec la gravité de la faute commise. L'alinéa 2 dispose ainsi : « Si toutes ou certaines d'entre [les personnes responsables d'un même dommage] ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales ». Même si la répartition de la causalité entre les différents faits générateurs peut être chose difficile, le critère de la causalité est intéressant, ne serait-ce que parce qu'il se prête à une prise en compte des probabilités<sup>31</sup>. Le texte a en outre l'intelligence de prévoir une règle de répartition par défaut.

22. Le projet traite ensuite, à l'article 1266, de la cessation de l'illicite (sous-section 4), reprenant la disposition que l'avant-projet avait placée en tête des dispositions liminaires. Il restreint opportunément l'application du mécanisme à la matière extracontractuelle<sup>32</sup>, mais maintient la faculté d'appréciation du juge<sup>33</sup>. Surtout, il écarte l'option envisagée par l'avant-projet d'une restriction du mécanisme aux seuls cas où le dommage ou le trouble illicite auquel est exposé le demandeur résulterait d'un comportement fautif. Dans la nouvelle version du texte, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou à faire cesser un trouble illicite, même si le risque de dommage ne trouve pas sa source dans un fait ou une situation illicite. Cela nous paraît créer un vrai risque d'interférence judiciaire dans l'exercice d'activités licites, que le discernement des juges ne permettra peut-être pas toujours d'éviter.

23. Le déplacement de la disposition relative à la cessation de l'illicite entraîne une modification de celle consacrée à l'amende civile, qui fait désormais l'objet de l'article 1266-1 (sous-section 5). Le mécanisme imaginé par l'avant-projet est conservé dans sa substance, mais plusieurs des défauts du texte initial ont heureusement été corrigés<sup>34</sup>. Le choix fondamental d'une amende civile, plutôt que de dommages-intérêts punitifs, est sans surprise confirmé. S'il peut s'expliquer par le souci de respecter le principe de réparation intégrale, il trouve sans doute sa justification la plus convaincante dans la difficulté qu'il y aurait, en l'absence d'action de groupe, à décider de l'attribution des dommages-intérêts punitifs lorsque le comportement antisocial du défendeur a causé des dommages à plusieurs victimes. Le champ d'application de l'amende civile, tout d'abord, a été opportunément restreint à la matière extracontractuelle<sup>35</sup>. En ce qui concerne les conditions du prononcé de l'amende (al. 1<sup>er</sup>), l'étrange exigence d'une faute lourde délibérée a été heureusement remplacée par celle, plus compréhensible, d'une faute commise délibérément en vue d'obtenir un gain ou une économie, c'est-à-dire d'une « faute lucrative » délibérée. Le nouveau texte précise en outre que l'amende civile peut être prononcée à la demande de la victime mais aussi du ministère public, ce dont il se déduit que le juge ne peut soulever d'office cette question. Le plafond de l'amende

29. Même s'il eût été envisageable d'aller un peu plus loin encore et de n'exclure ce devoir que lorsque les mesures envisageables sont de nature à porter atteinte à l'intégrité physique de la victime ; V. not., en ce sens, F. Leduc, Les règles générales régissant la réparation du dommage, JCP 2016, suppl. au n° 30-35, p. 36, n° 20.

30. V. *supra*, n° 10.

31. V. *supra*, n° 11. Malheureusement, la nouvelle rédaction du texte ne permet toujours pas de donner une solution satisfaisante au cas dans lequel plusieurs personnes répondent du même fait générateur, tout en entretenant avec lui des rapports différents ; V., sur ce pt, nos obs. ss Civ. 1<sup>re</sup>, 26 nov. 2014, n° 13-18.819, D. 2015. 405.

32. V. Vue d'ensemble de l'avant-projet, préc., n° 45.

33. V. not., sur ce pt, les regrets de C. Bloch, La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile, JCP 2016, suppl. au n° 30-35, p. 5, n° 14 s.

34. V. Commentaire des principales dispositions, préc., n° 47 à 50.

35. V. Vue d'ensemble de l'avant-projet, préc., n° 48.



civile est, par ailleurs, abaissé, modification qui paraît là encore raisonnable (al. 3 et 4). Le nouvel article 1266-1 précise enfin que l'amende n'est pas assurable (al. 6), ce qui se comprend d'autant mieux que les victimes, n'ayant pas vocation à toucher des dommages-intérêts dépassant la valeur de leurs préjudices, ne risquent pas de pâtir de cette règle.

24. Les changements sont moins importants dans la section 2 du chapitre IV et concernent pour l'essentiel les règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel (sous-section 1). L'avant-projet affirmait déjà que les règles de cette sous-section étaient applicables aux décisions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le débiteur de l'indemnisation (art. 1267). Cela suggérait qu'elles avaient un caractère d'ordre public, mais le projet lève sur ce point toute ambiguïté, en ajoutant un article 1267-1, qui prévoit que toute stipulation contraire aux dispositions de cette sous-section est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime. Se trouve ainsi généralisée la règle que formulait précédemment l'article 1277, alinéa 3, au sujet des seules dispositions relatives au recours des tiers payeurs (art. 1273 à 1277, qui ne subissent par ailleurs aucune modification).

25. À l'article 1268, les conditions de prise en compte des prédispositions de la victime se trouvent très légèrement modifiées<sup>36</sup>. L'article 1270 confirme opportunément le recours à un barème médical unique pour mesurer le déficit fonctionnel, mais précise que cela ne concerne que le déficit après consolidation. Surtout, le projet entérine la possibilité que certains préjudices extrapatrimoniaux soient évalués selon un « référentiel indicatif d'indemnisation », c'est-à-dire forfaitairement, imposant simplement que ce référentiel, établi par décret en Conseil d'État, soit réévalué tous les trois ans. S'agissant de l'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, enfin (art. 1272), qui se fait normalement sous forme de rente (al. 1<sup>er</sup>), le projet vient préciser le texte antérieur en imposant que la conversion éventuelle de la rente en capital, déjà prévue, se fasse selon une table déterminée par voie réglementaire « fondée sur un taux d'intérêt prenant en compte l'inflation prévisible et actualisée tous les trois ans suivant les dernières évaluations statistiques de l'espérance de vie publiées par l'Institut national des statistiques et des études économiques » (al. 2). Le texte prend ainsi position sur un point important, mais à propos duquel la Cour de cassation avait refusé de se prononcer<sup>37</sup>.

26. Les deux articles sur les règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage matériel (sous-section 2) demeurent pratiquement inchangés<sup>38</sup>. De même, l'article 1280, unique disposition consacrée à la réparation des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent, ne fait l'objet d'aucune modification substantielle (sous-section 4).

27. La sous-section 3, qui traite des règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage environnemental et qui avait été laissée vide dans l'avant-projet, se trouve, en revanche, désormais composée de six articles (art. 1279-1 à 1279-6), reprenant quasiment exactement les nouveaux articles 1246 à 1252 du code civil, issus de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016<sup>39</sup>. Il conviendrait pourtant, idéalement, d'amender aussi bien l'intitulé de cette section que le vocabulaire employé dans ces nouvelles dispositions. Ce qu'elles nomment « préjudice écologique » correspond en effet, d'après les catégories conceptuelles utilisées par le projet, à un dommage, et non à un préjudice. En outre, ces dispositions organisent uniquement la réparation du dommage environnemental proprement dit, et non celle des préjudices qui en résultent.

## Chapitre V – Les clauses portant sur la responsabilité

28. Le projet contient donc un nouveau chapitre consacré aux clauses portant sur la responsabilité, composé de quatre articles précédemment rattachés au chapitre IV. Sur le fond, ces quelques dispositions comportent peu de modifications par rapport à celles que l'avant-projet consacrait aux « conventions portant sur la responsabilité ». Les principes posés sont les mêmes : autorisation de principe de ces clauses, sauf en matière de dommage corporel, et,

36. Alors que l'avant-projet disposait que les prédispositions de la victime devaient être ignorées, pour la mesure des préjudices, dès lors qu'elles n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable, le projet prévoit plus simplement que les prédispositions ne sont pas prises en compte « lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable », reprenant ainsi la formule couramment utilisée par la Cour de cassation. Cela permet notamment d'écarter la prise en compte des prédispositions lorsque celles-ci s'étaient déjà manifestées avant la survenance du fait dommageable, mais seulement par l'apparition d'une affection autre que celle provoquée ou révélée par ce fait.

37. V. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 déc. 2015, n° 14-27.243, D. 2016. 350, note S. Porchy-Simon, et 2187, obs. M. Bacache ; RCA 2016. 74, obs. H. Groutel ; JCP 2016. 152, note P. Brun.

38. Il est simplement précisé que la somme versée en cas d'atteinte à un bien corporel, représentant le coût de la remise en état ou du remplacement du bien, ne doit pas tenir compte de la plus-value inhérente à la réparation, le cas échéant (art. 1278, al. 1<sup>er</sup>).

39. Le projet ne reprend cependant pas l'art. 1251 nouv. c. civ., qui prévoit que constituent un préjudice réparable « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences », car la règle qu'il pose est déjà formulée de manière générale à l'art. 1237. Le projet modifie en outre la rédaction de l'art. 1252 nouv. c. civ., relatif à l'action en prévention ou cessation du dommage, afin de renvoyer à l'art. 1266.



en matière extracontractuelle, uniquement pour ce qui concerne la responsabilité sans faute<sup>40</sup>. L'article 1281 précise simplement que ces règles s'appliquent non seulement aux clauses ayant pour objet de limiter la responsabilité, mais aussi à celles qui ont simplement cet effet. En matière de responsabilité contractuelle, la précision selon laquelle la partie à laquelle la clause est opposée doit en avoir eu connaissance avant la formation du contrat a été à juste titre supprimée (art. 1282, anc. art. 1283), car elle vaut en fait pour toute clause contractuelle<sup>41</sup>. Dans le même esprit, la mention selon laquelle la clause limitant ou excluant la responsabilité extracontractuelle doit avoir été acceptée de manière non équivoque a, elle aussi, été supprimée (art. 1283, anc. art. 1282).

29. Puisque le choix a été fait de consacrer un chapitre aux causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité<sup>42</sup>, il nous semble que les dispositions sur les clauses limitant ou excluant la responsabilité pourraient y être rattachées, afin de former un chapitre unique portant sur les exonérations, exclusions ou limitations de la responsabilité. Cela permettrait de simplifier la structure du projet et pourrait être l'occasion, accessoirement, de préciser les rapports entre l'acceptation des risques et les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en matière de responsabilité extracontractuelle<sup>43</sup>. L'actuel article 1284, consacré aux clauses pénales et demeuré inchangé, pourrait alors être déplacé dans la section du chapitre II consacré aux dispositions propres à la responsabilité contractuelle.

## Chapitre VI – Les principaux régimes spéciaux de responsabilité

30. Le projet a maintenu le choix, selon nous contestable, de traiter de la responsabilité du fait des accidents de la circulation et du fait des produits défectueux à part des autres cas de responsabilité sans faute, dans un chapitre spécial consacré aux régimes spéciaux<sup>44</sup>. Il cherche toutefois à corriger les difficultés d'articulation entre « droit commun » et régimes spéciaux qui avaient pu être relevées dans l'avant-projet. À cette fin, il introduit au tout début du sous-titre consacré à la responsabilité civile, avant le chapitre I<sup>er</sup>, une nouvelle disposition (art. 1232), qui se veut en quelque sorte l'équivalent, pour la responsabilité, du nouvel article 1105, alinéa 3, du code civil relatif aux contrats, et qui dispose : « Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent sous réserve des dispositions propres aux régimes spéciaux »<sup>45</sup>. Il eût à vrai dire été envisageable de placer ce nouveau texte au début du chapitre VI, mais le choix de le mettre en exergue de l'ensemble du sous-titre traduit sans doute l'idée que la règle qu'il pose vaut en fait pour tous les régimes spéciaux de responsabilité, y compris ceux qui n'ont pas vocation à figurer dans le code civil. L'introduction de cette nouvelle disposition paraît opportune en son principe, notamment parce qu'elle lève toute ambiguïté quant à la possibilité de combiner les règles sur l'imputation du dommage causé par autrui avec celles des régimes spéciaux, et notamment du régime des accidents de la circulation<sup>46</sup>.

31. En ce qui concerne celui-ci (section 1), le projet maintient l'extension des règles issues de la loi Badinter aux accidents de trains et tramways<sup>47</sup>. En revanche, sans doute à l'invitation des assureurs, il renonce à aligner exactement la protection de la victime conductrice sur celle de la victime non-conductrice en cas de dommage corporel, ce qui se traduit par une modification de l'article 1287<sup>48</sup>. La possibilité d'une réduction du droit à réparation du

40. Cette dernière règle ne va au demeurant pas de soi. Pourquoi, en effet, la possibilité de limiter ou écarter la responsabilité pour faute simple est-elle admise en matière contractuelle, mais non en matière extracontractuelle ?

41. L'art. 1282 précise, en revanche, que les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, ce qui nous paraît répéter inutilement l'art. 1170 nouv. c. civ.

42. Sur ce choix, V. Commentaires des principales dispositions, préc., nos 33 et 34.

43. V., sur ce pt, nos obs., Le comportement de la victime, in L.-F. Pignarre (dir.), La réforme du droit de la responsabilité, à paraître, Faculté de droit et de sciences politiques de Montpellier.

44. V. Commentaires des principales dispositions, préc., n° 59.

45. L'absence de mention du chap. V est peut-être un oubli, lié à l'introduction récente de ce nouveau chapitre, mais peut aussi s'expliquer par le fait que les régimes spéciaux sont d'ordinaire d'ordre public.

46. Elle ne résout cependant pas toutes les difficultés d'articulation qui pourraient surgir entre les régimes spéciaux et le « droit commun » de la responsabilité. L'applicabilité aux deux régimes spéciaux du chap. VI des causes d'exclusion de la responsabilité prévues au chap. III est ainsi douteuse. L'est également l'applicabilité à la responsabilité du fait des produits défectueux de l'exonération pour force majeure (art. 1253) ou de la règle de contribution à la dette fixée à l'art. 1265, al. 2.

47. Est, en revanche, supprimée, à l'art. 1285, la mention, qui figurait dans l'avant-projet, selon laquelle les dispositions spéciales relatives aux accidents de la circulation sont seules applicables contre le conducteur ou le gardien d'un véhicule impliqué dans un tel accident. Sans doute a-t-elle été jugée inutile. Pourtant, en l'absence de disposition générale sur l'organisation du concours entre les différents cas de responsabilité extracontractuelle (comp. art. 19, al. 2, projet Terré), il ne paraissait pas superflu d'affirmer l'exclusivisme de ce régime spécial, du moins dans la perspective du maintien de la solution jurisprudentielle actuelle (dont l'intérêt peut cependant être discuté). La règle désormais posée à l'art. 1232 ne nous paraît pas impliquer, en effet, qu'un demandeur soit privé de la possibilité d'agir contre un même demandeur sur le fondement d'un fait générateur « de droit commun » et sur celui d'un régime spécial.

48. Le projet divise, par ailleurs, en deux alinéas l'ancien al. 1<sup>er</sup> de cet article, afin de distinguer plus clairement le principe de l'inopposabilité à la victime de sa faute, d'une part, de la prise en compte, par exception, de la faute inexcusable de la victime cause exclusive de l'accident, d'autre part.



conducteur est rétablie, mais subordonnée à une faute inexcusable de sa part (al. 3)<sup>49</sup>. Compte tenu de la définition très restrictive que la Cour de cassation donne de cette faute, les victimes conductrices devraient tout de même voir leur sort considérablement amélioré par rapport à ce qu'il est aujourd'hui<sup>50</sup>. Cela étant, dans la mesure où le projet prévoit déjà que, en cas de dommage corporel, seule une faute lourde de la victime peut entraîner une exonération partielle du responsable (art. 1254, al. 2), il serait peut-être plus simple d'appliquer cette règle y compris aux victimes conductrices en cas d'accident de la circulation. Cela n'amoindrirait pas considérablement leur protection en comparaison de ce que prévoit le projet et permettrait d'éviter que se développent des distinctions byzantines relatives aux différentes catégories de fautes de la victime.

32. Les dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux ne font, quant à elles, l'objet que de quelques ajustements techniques (section 2). Le projet confirme le maintien de l'exonération pour risque de développement (art. 1298, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> ; sauf pour les dommages causés par un produit de santé à usage humain : art. 1298-1), ce qui devrait permettre d'éviter de rouvrir la discussion sur ce sujet polémique. Il est désormais précisé à l'article 1289 que les dispositions de ce régime spécial sont d'ordre public, ce qui fait écho à la règle posée à l'article 1285 en matière d'accidents de la circulation<sup>51</sup>. Surtout, le projet supprime les points de divergence entre l'avant-projet, d'une part, et la directive européenne 85/374/CEE du 25 juillet 1985 (en ce qui concerne la prise en compte de la faute de la victime)<sup>52</sup> ou l'interprétation qu'en fait la Cour de justice de l'Union européenne (en ce qui concerne le concours entre le régime spécial et les autres régimes de responsabilité)<sup>53</sup>, d'autre part.

---

## Annexe 2 – Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janv 2017, n° 15-24696, JCP 2017 doct. 1174, obs. Bacache

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 11 janvier 2017**

**n° de pourvoi : 15-24696**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C100054

Non publié au bulletin

**Rejet**

**M<sup>me</sup> Batut (président), président**

SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Odent et Poulet, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 2 juillet 2015), que, le 19 juin 1998, M<sup>me</sup> X... a été victime d'un accident de parapente lors d'un stage organisé par la société AD plus ; qu'elle l'a assignée, ainsi que l'assureur de celle-ci, la société Axa Global Risks, aux droits de laquelle vient la société Axa corporate solutions (l'assureur), en réparation de son préjudice ;

---

49. Le droit à réparation du conducteur est évidemment exclu, tout comme celui des victimes non-conductrices, lorsque sa faute inexcusable a été la cause exclusive de l'accident (al. 2). Le projet renonce, par ailleurs, à étendre aux conducteurs la protection particulière dont bénéficient les victimes non conductrices « super-privilégiées » (al. 4).

50. À moins que le souci de « responsabiliser » les conducteurs ou de limiter la hausse du coût de l'assurance automobile ne conduise la jurisprudence à assouplir sa conception de la faute inexcusable. Une manière pour le législateur de parer l'éventualité d'un tel effet secondaire de la réforme consisterait à donner une définition de la faute inexcusable, le cas échéant en consacrant celle que donne aujourd'hui la Cour de cassation.

51. L'al. 1<sup>er</sup> de cet art. dispose en outre désormais que la responsabilité du producteur est de plein droit, précision superflue mais qui permet là aussi d'harmoniser la rédaction avec celle de l'art. 1285, et accessoirement des art. 1243, 1244, 1246, 1247 et 1249.

52. L'art. 1299 écarte l'application à la responsabilité du fait des produits défectueux de l'art. 1254, al. 2, qui subordonne l'exonération du responsable à une faute lourde de la victime en cas de dommage corporel, ce qui serait contraire au texte de la directive. On peut en revanche regretter qu'ait été maintenue en l'état la rédaction de l'art. 1295, qui ne prévoit de responsabilité solidaire entre les coresponsables qu'en cas d'incorporation d'un produit dans un autre, alors que l'art. 5 de la directive applique la solidarité à tous les cas de coresponsabilité du fait des produits.

53. L'art. 1299-3 (anc. art. 1299-4) entérine l'interprétation de l'art. 13 de la directive par la CJUE et supprime la référence inutile au maintien de la responsabilité pour faute du producteur. De même, l'art. 1299-1 (anc. art. 1299-2), relatif au « délai butoir » de dix ans, supprime opportunément la réserve de la faute du producteur.



Sur le moyen unique du pourvoi principal et le moyen unique du pourvoi incident de la société AD plus, pour partie rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que l'assureur et la société AD plus font grief à l'arrêt de déclarer cette dernière partiellement responsable du préjudice subi par M<sup>me</sup> X..., alors, selon le moyen :

1°/ lorsque le pratiquant joue un rôle actif lors de l'exercice d'une activité sportive, l'organisateur n'est débiteur que d'une obligation de sécurité de moyens, laquelle s'apprécie strictement dès lors que l'activité en cause est dangereuse ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que l'accident en parapente subi le 19 juin 1998 par M<sup>me</sup> X..., au cours d'un stage organisé par la société AD plus, « ne s'était pas produit en cours d'instruction, mais à l'occasion d'un vol libre qu'elle a effectué en solo, bénéficiant toutefois du matériel et de l'assistance par radio des moniteurs de la société AD plus », M<sup>me</sup> X... ayant « délibérément accepté de participer à une activité sportive dont elle connaissait les risques, répondant à une pratique responsable, après avoir suivi une formation adéquate ; qu'au cours de ce vol, elle disposait d'une autonomie certaine, étant seule à même d'effectuer les manœuvres nécessaires à son évolution, à son orientation, et en dernier lieu à son atterrissage » ; que la cour d'appel a également constaté que les moniteurs de la société AD plus avait dispensé une formation adéquate, suivant des principes pédagogiques bien définis, ayant permis à M<sup>me</sup> X... d'acquérir un niveau de pilotage suffisant pour effectuer un premier vol en solo ; qu'elle a encore relevé que le matériel fourni à M<sup>me</sup> X... « était de bonne qualité, récent, correctement entretenu, et qu'il avait été testé au départ du vol, au cours duquel il a d'ailleurs fonctionné » ; que pour néanmoins retenir la responsabilité de la société AD plus dans la survenance de l'accident, la cour d'appel a jugé qu'en application de l'article L. 221-1 du code de la consommation, cette dernière était tenue à une obligation de sécurité de résultat s'agissant du matériel ; qu'en statuant de la sorte, quand il résultait de ses propres constatations que l'accident s'était produit au cours d'un vol effectué en solo par M<sup>me</sup> X..., laquelle dirigeait le parapente après avoir suivi une formation jugée adéquate par les moniteurs de la société AD plus, en pleine connaissance des risques inhérents à cette activité, de sorte que l'obligation de sécurité à laquelle était soumise la société AD plus était de moyens renforcée et non de résultat, obligation à laquelle la société AD plus était réputée avoir satisfait dès lors qu'elle établissait avoir pris les moyens de nature à sécuriser le vol et à éviter l'accident, la cour d'appel a violé les articles 1147 et L. 221-1 du code de la consommation ;

2°/ que l'article L. 221-1 du code de la consommation, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits litigieux, disposait que les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement d'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société AD plus avait fourni à M<sup>me</sup> X... une voile récente et une radio mise en service en juin 1998, soit quelques semaines seulement avant l'accident, et de réputation très fiable ; qu'elle a également constaté que « le matériel fourni était de bonne qualité, récent, correctement entretenu, et qu'il avait été testé au départ du vol, au cours duquel il a d'ailleurs fonctionné » ; qu'il résulte également des énonciations de l'arrêt que M<sup>me</sup> X... effectuait un vol en parapente seule, après avoir suivi une formation adaptée et en pleine connaissance des risques impliqués par cette activité ; qu'en jugeant, néanmoins, que la société AD plus était débitrice d'une obligation de résultat quant à la sécurité du matériel mis à disposition des participants, et que la panne radio de quelques secondes ayant précédé l'accident subi par M<sup>me</sup> X... caractérisait un manquement de la société AD plus à cette obligation de sécurité de résultat, quand il résultait de ses propres constatations que cette panne s'était révélée imprévisible, la cour d'appel a violé l'article L. 221-1 du code de la consommation ;

3°/ que l'organisateur d'une activité sportive qui utilise des appareils ou produits défectueux dont il n'est pas le producteur et cause, de ce fait, des dommages au bénéficiaire de la prestation, n'est responsable qu'en cas de faute ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société AD plus avait fourni à M<sup>me</sup> X... une voile récente et une radio mise en service en juin 1998, soit quelques semaines seulement avant l'accident, et de réputation très fiable ; qu'elle a également relevé que « le matériel fourni était de bonne qualité, récent, correctement entretenu, et qu'il avait été testé au départ du vol, au cours duquel il a d'ailleurs fonctionné » ; qu'en jugeant, néanmoins, que la société AD plus était débitrice d'une obligation de résultat quant à la sécurité du matériel mis à disposition des participants, et que la panne radio de quelques secondes ayant précédé l'accident subi par M<sup>me</sup> X... caractérisait un manquement de la société AD plus à cette obligation de sécurité de résultat, quand la société AD plus n'était tenue que d'une obligation de sécurité de moyens, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil ;

4°/ que constitue une cause étrangère tout événement imprévisible et irrésistible ; qu'est irrésistible l'événement qui n'aurait pu être évité par la mise en œuvre de mesures adéquates au moment où il s'est produit ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société AD plus avait fourni à M<sup>me</sup> X... une voile récente et une radio mise en service en juin 1998, soit quelques semaines seulement avant l'accident, et de réputation très fiable ; qu'elle a également constaté que « le matériel fourni était de bonne qualité, récent, correctement entretenu et qu'il avait été testé au départ du vol, au cours duquel il a d'ailleurs fonctionné » ; que, pour, néanmoins, retenir la responsabilité de la société AD plus dans la survenance de l'accident subi par M<sup>me</sup> X..., la cour d'appel a estimé que la panne de radio



survenue juste avant l'accident était imprévisible mais qu'elle n'avait pas été irrésistible, dans la mesure où sa cause technique était demeurée inconnue ; qu'en statuant de la sorte, quand il résultait de ses propres constatations que la panne de la radio avait été imprévisible pour la société AD plus, que sa cause n'avait pu être déterminée lors de l'instruction et qu'elle n'avait duré que quelques secondes avant l'accident subi par M<sup>me</sup> X..., ce dont il résultait qu'elle avait été irrésistible et présentait les caractéristiques de la cause étrangère de nature à exonérer la société AD plus de toute responsabilité, la cour d'appel a violé les articles 1147 et L. 221-1 du code de la consommation ;

5°/ que la mise en jeu de la responsabilité contractuelle suppose rapportée la preuve d'une inexécution contractuelle en lien direct et certain avec le dommage allégué ; qu'en l'espèce, pour retenir l'existence d'un lien de causalité entre la panne de la radio reliant M<sup>me</sup> X... au moniteur, la cour d'appel a relevé que l'expert judiciaire avait évoqué « le trouble de M<sup>me</sup> X..., peut-être dû à l'absence de liaison radio pendant quelques secondes à la fin du vol, trouble à l'origine du retard dans l'exécution de la manœuvre de virage à droite », et que « cette observation, qui rejoint clairement l'affirmation de la victime elle-même, peut se comprendre d'un point de vue objectif : si tout le vol s'était effectué sans instruction des moniteurs, M<sup>me</sup> X... eût certainement été capable d'effectuer les manœuvres utiles pour progresser sans danger : mais, à l'inverse, ayant reçu des instructions précises sur son attitude, son itinéraire, le plan de vol ayant été modifié en cours de vol, par les moniteurs au sol, elle s'attendait légitimement à être ainsi guidée jusqu'au bout, et par manque d'expérience, troublée par la panne soudaine et inopportune de la radio, elle n'a pas su réagir correctement en prenant elle-même les décisions adaptées au bon moment ; que cela est objectivement compréhensible d'une personne qui effectue son premier vol solo » ; qu'en statuant par de tels motifs dubitatifs et contradictoires, impropres à caractériser l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre la panne de radio et l'accident, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1147 et 1149 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir, à bon droit, retenu que le contrat formé entre la personne qui participe à un stage de parapente et le professionnel qui l'organise met à la charge de celui-ci une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne le matériel utilisé pour exécuter sa prestation, la cour d'appel a relevé que la radio attribuée par la société AD plus à M<sup>me</sup> X... lors de son vol en solo avait connu une panne inexplicée, dont la soudaineté avait troublé l'intéressée pendant la phase d'atterrissage, ce dont elle a exactement déduit que le manquement du professionnel à son obligation de sécurité de résultat était à l'origine du dommage dont l'irrésistibilité de la cause n'était pas établie ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa deuxième branche, ne peut être accueilli pour le surplus ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de M<sup>me</sup> X... :

Attendu que M<sup>me</sup> X... fait grief à l'arrêt de dire qu'elle a concouru à la production de son préjudice, alors, selon le moyen :

1°/ que ne peut être qualifiée de faute l'attitude du parapentiste débutant dont les manœuvres de vol lui sont données par radio et qui tarde à effectuer un virage, car il ne reçoit plus les instructions du moniteur chargé de le faire atterrir ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que M<sup>me</sup> X... effectuait son premier vol en solo, qu'elle était guidée par radio et qu'elle avait commis une erreur de pilotage lors du dernier virage, car, à ce moment, elle n'avait plus reçu les instructions du moniteur pour atterrir, l'équipement radio étant tombé en panne ; qu'en relevant ces éléments et en jugeant néanmoins que M<sup>me</sup> X... avait commis des fautes qualifiées de « majeures et évidentes » aux motifs inopérants qu'elle disposait d'une formation, qu'elle avait effectué un vol en quasi-autonomie et qu'elle avait répété plusieurs fois les procédures, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1147 du code civil ;

2°/ que ne peut être qualifié de faute le comportement qui aurait été adopté par une personne, raisonnable et avisée, placée dans la même situation ; qu'en affirmant que M<sup>me</sup> X... avait commis des fautes évidentes et majeures, tandis qu'elle relevait que son attitude « était objectivement compréhensible d'une personne qui effectuait son premier vol solo », ce dont il ressortait qu'un individu placé dans la même situation aurait eu le même comportement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que M<sup>me</sup> X... avait reçu une formation adaptée, déjà effectué un vol en quasi-autonomie et répété plusieurs fois les procédures d'atterrissage, la cour d'appel a pu en déduire que l'erreur de pilotage qu'elle avait commise était, nonobstant la panne de radio l'ayant troublée pendant la phase d'atterrissage, constitutive d'une faute ayant concouru à la production de son préjudice ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Axa corporate solutions aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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

**Décision attaquée : cour d'appel de Chambéry, du 2 juillet 2015**

**Mireille Bacache**





## 4. Responsabilité contractuelle

### A. – Responsabilité contractuelle de droit commun

9. – **Résurgence de l'obligation de sécurité de résultat à raison du matériel utilisé.** – Les prestataires de services sont-ils tenus à une obligation de sécurité de résultat quant aux choses qu'ils utilisent pour exécuter leurs prestations ? La question suscite depuis plus de 20 ans les flux et les reflux de la Cour de cassation. On se souvient d'abord de l'arrêt dit « du cerceau brisé » qui avait un temps laissé croire à l'introduction d'une responsabilité contractuelle du fait des choses calquées sur le modèle de la responsabilité du fait des choses de l'ancien article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil (*Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, n° 93-13.075 : JurisData n° 1995-000181 ; Bull. civ. I, n° 43 ; JCP G 1995, I, 3853, obs. G. Viney*). Mais la multiplication des occasions de confirmations manquées ne tarda pas à dissiper les espoirs ou les craintes suscités par cet arrêt isolé (*G. Viney, La responsabilité contractuelle du fait des choses : un avenir incertain : JCP G 1996, I, 3944, n° 6*). La question ressurgit pourtant quelques années plus tard en matière médicale, lorsque la Cour de cassation imposa aux professionnels de santé une obligation de sécurité de résultat quant aux matériels qu'ils utilisent (*Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1999, n° 98-10.010 : JurisData n° 1999-003920 ; Bull. civ. I, n° 300 ; JCP G 2000, II, 10251, note Ph. Brun ; D. 2000, p. 117, note P. Jourdain. – Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 2003, n° 00-15.572 : JurisData n° 2003-017447 ; Bull. civ. I, n° 40. – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2007, n° 05-20.974 : JurisData n° 2007-041473 ; Bull. civ. I, n° 366 ; D. 2008, p. 816, note M. Bacache*). Mais alors que le Conseil d'État lui avait emboîté le pas (*CE 9 juill. 2003, Marzouk, n° 220437 : JurisData n° 2003-065726 ; Lebon, p. 338*) et que la Cour de justice l'avait jugée compatible avec la directive du 25 juillet 1985 (*CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-495/10, CHU Besançon*), cette jurisprudence a finalement été abandonnée par un arrêt remarqué du 12 juillet 2012 où, poussant jusqu'au bout la logique de l'accessoiriété du produit par rapport à l'acte médical, la Cour de cassation en a déduit que la responsabilité des professionnels de santé ayant recours à des produits, matériels et dispositifs médicaux nécessaires à l'accomplissement de l'acte médical ne peut être recherchée que pour faute (*Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 11-17.510 : JurisData n° 2012-015717 ; JCP G 2013, 484, n° 7, obs. et réf. citées. – Contra CE 25 juill. 2013, n° 339922, Falempin : JurisData n° 2013-015783 ; Lebon ; JCP G 2014, 568, n° 5, obs. et réf. citées*). La responsabilité de plein droit à raison du matériel utilisé n'ayant jamais eu l'occasion de jouer qu'en matière médicale, l'on pouvait penser que ce revirement de jurisprudence sonnait en pratique le glas de cette obligation circonstanciée de sécurité de résultat. Un arrêt récent montre que ce n'est pas tout à fait le cas. En l'espèce, une stagiaire réalisant son premier vol en solo au cours d'un stage de parapente avait manqué son atterrissage après avoir été troublée par une courte panne de la radio la reliant à son moniteur. Ayant été blessée, elle engagea la responsabilité de l'organisateur. S'agissant d'un vol réalisé en quasi-autonomie, l'organisateur n'était tenu, au titre de sa prestation de services, qu'à une simple obligation de moyens. À défaut de pouvoir lui reprocher de faute, la stagiaire faisait valoir qu'indépendamment de l'obligation de sécurité de moyens pesant sur l'organisateur au titre de sa prestation de services, celui-ci était également tenu d'une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne le matériel utilisé pour exécuter sa prestation. La cour d'appel l'avait suivie (tout en opérant un partage de responsabilité pour tenir compte de sa faute dans l'atterrissage). La Cour de cassation l'approuve : « le contrat formé entre la personne qui participe à un stage de parapente et le professionnel qui l'organise met à la charge de celui-ci une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne le matériel utilisé pour exécuter sa prestation » (*Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janv. 2017, n° 15-24.696, inédit : JurisData n° 2017-000720*). L'arrêt révèle d'une part que la jurisprudence qui avait reconnu à la charge des professionnels de santé une obligation de sécurité de résultat pour le matériel utilisé n'était pas propre à la matière médicale et qu'elle a donc vocation à s'appliquer à tout prestataire de services, par ailleurs, tenu à une simple obligation de sécurité moyens. Il confirme, d'autre part et symétriquement, que le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation en 2012 est propre à la matière médicale et n'a pas vocation à s'étendre aux autres prestataires de services. La portée pratique de la solution ne doit cependant pas faire illusion tant l'espace laissé à cette obligation de sécurité de résultat à raison du matériel utilisé par les prestataires de services (autres que de santé) paraît étroit. Le domaine sportif lui offre certainement un terrain d'expression, comme l'illustre cet arrêt. Il n'est pas sûr qu'il y en ait d'autres... à moins que la Cour de cassation ne revire à nouveau en matière médicale. À suivre donc.



# Thème 10

## Effet relatif du contrat

### Plan du thème

#### Section 1 – SIGNIFICATION

§ 1. Effet obligatoire à l'égard des parties

§ 2. Opposabilité aux tiers

*A. Contrat opposé aux tiers*

*B. Contrat invoqué par les tiers*

#### Section 2 – CAS PARTICULIERS

§ 1. Simulation

§ 2. Groupe de contrats

*A. Chaînes de contrats*

*B. Ensembles contractuels*

§ 3. Cession de contrat

*A. Conditions de la cession*

*B. Effets de la cession*

1) Rapports entre le cédant et le cédé

2) Rapports entre le cédé et le cessionnaire

# Effet relatif du contrat

## Introduction

1. La **réforme** se contente de reprendre en les clarifiant les dispositions du Code civil de 1804 relatives à l'effet du contrat à l'égard des tiers, appelé communément l'effet relatif du contrat. Le présent fascicule fait le choix de présenter la **cession de contrat** dans le cadre de l'effet relatif, même si cette question peut également relever de la force obligatoire du contrat. C'est là certainement l'une des plus grandes nouveautés de la réforme.

## Section 1 – SIGNIFICATION

### § 1. Effet obligatoire à l'égard des parties

2. L'ancien article 1165 du Code civil a été clarifié par la réforme dont le sens initial se trouve désormais scindé en deux articles (art. 1199 et 1200). Le premier sens de l'ancien article 1165 et repris au nouvel article 1199 est d'affirmer que le contrat n'a d'effet obligatoire qu'entre les parties : ainsi, seules les parties, et non des tiers, peuvent se voir imposer une obligation ou peuvent être titulaires d'un droit issu du contrat.

Les notions de « tiers » et de « parties » sont donc essentielles pour déterminer les personnes susceptibles d'avoir des droits et des obligations tirés du contrat. Par « **parties** », il faut comprendre non seulement les personnes mêmes qui ont **donné leur consentement** au contrat, mais également leurs **héritiers** ou ayants cause à titre universel ainsi que les **cessionnaires** dans le cadre de la cession d'un droit ou d'une cession de contrat (*cf.* cession de créance et cession de contrat, *infra*). Les tiers seront donc tous les autres.

3. Si là est le principe, il existe des exceptions ou des aménagements, c'est-à-dire des cas où des tiers peuvent tenir un droit né du contrat. Tel est le cas notamment avec la promesse de porte-fort ou la stipulation pour autrui (*cf.* Thème n° 11). Par ailleurs certains tiers peuvent tenir certains droits d'un contrat qu'ils n'ont pourtant pas conclu dès lors que ce contrat s'inscrit dans un groupe de contrats (*cf. infra* n° 15 s.).

### § 2. Opposabilité aux tiers

4. Là est le deuxième sens de l'effet relatif des contrats. Que les tiers au contrat ne soient pas obligés par lui, n'empêche pas le contrat d'avoir un certain effet sur les tiers ; le contrat leur est malgré tout opposable, ce qu'exprime désormais clairement le nouvel article 1200. L'opposabilité du contrat au tiers signifie que les tiers ne peuvent pas ignorer l'existence du contrat : ils ne peuvent y porter atteinte (le contrat constitue une réalité qui doit être respectée, il peut donc leur être opposé) (A) et ils peuvent, dans une certaine mesure, s'en prévaloir et l'invoquer à leur profit (B).

#### A. Contrat opposé aux tiers

5. Les parties peuvent opposer le contrat aux tiers afin de s'assurer qu'ils n'y portent pas atteinte. Si le contrat porte sur **la transmission d'un droit réel**, l'opposabilité est évidente puisqu'elle est inhérente au droit réel, opposable à tous et donc au tiers. Là n'est pas une particularité du contrat, mais du droit réel transmis, permettant au titulaire de l'opposer à tous (et donc de bénéficier du droit de suite, sauf les réserves particulières liées notamment aux biens meubles).

6. Si le contrat porte **sur un droit de créance**, l'opposabilité au tiers signifie que le créancier de l'obligation peut exiger des tiers qu'ils ne compromettent pas l'exécution de l'obligation par le débiteur. C'est ce qu'exprime le nouvel article 1200 alinéa 1<sup>er</sup> : « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ». Ce respect par les tiers des obligations nées du contrat se manifeste en jurisprudence



par la mise en jeu de **la responsabilité pour faute des tiers, pour avoir favorisé l'inexécution de son obligation par le débiteur**. Ainsi, les tiers doivent s'abstenir de tout acte qui pourrait compromettre l'exécution du contrat, sinon, ils se rendraient responsables sur le terrain délictuel du préjudice né de l'inexécution du contrat envers le créancier de l'obligation inexécutée (art. 1382 C. civ). Ainsi, une clause de non-concurrence peut être opposée par son créancier au tiers qui a embauché, en connaissance de cause, le débiteur de l'obligation de non-concurrence, afin d'engager sa responsabilité délictuelle (le créancier de l'obligation inexécutée peut alors agir contre son débiteur sur le terrain contractuel et contre le tiers sur le terrain délictuel ; si la demande porte sur les mêmes préjudices, la condamnation des deux sera *in solidum*, et si les préjudices sont distincts la condamnation sera également distincte). Pour une illustration originale : responsabilité délictuelle d'un tiers, venu visiter un appartement sous une fausse identité, à l'égard de l'agent immobilier du fait que la vente a été finalement conclue directement par le mandant, privant ainsi l'agent de la commission prévue dans son contrat avec le mandant : Ass. Plén., 9 mai 2008 <sup>1</sup>).

### **B. Contrat invoqué par les tiers**

7. Par principe, n'étant ni débiteur ni créancier, les tiers ne peuvent invoquer à leur profit des dispositions d'un contrat auquel ils ne sont pas parties (pour un rappel en matière de contrat de vente suivi d'un contrat de transport : « *le contrat de vente et le contrat de transport étant indépendants, le transporteur ne peut se prévaloir des effets de la vente* » Com., 21 sept. 2010, n° 09-14.031 ; Com., 5 oct. 2010 <sup>2</sup>). Cependant, il est admis en jurisprudence depuis longtemps que les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par le contrat (Com. 22 oct. 1991, n° 89-20.490, *Bull. civ. IV*, n° 302 ; D. 1993. 181, note Ghestin ; *RTD civ.* 1992. 90, obs. Mestre), situation qui leur est souvent défavorable. C'est cette règle que le nouvel article 1200 alinéa 2 a consacrée. Ce préjudice subi par le tiers peut provenir de la **bonne exécution du contrat** (pour un ex. rare : Com., 18 déc. 2012, n° 11-25567, D. 2013. 746, note Boffa), ou, plus fréquemment, de son inexécution. Ce dernier cas, où les tiers **victimes de l'inexécution** d'un contrat auquel ils ne sont pas parties demandent réparation sur le terrain délictuel, a donné lieu à une jurisprudence particulièrement abondante ces dernières années (action dirigée contre le débiteur de l'obligation inexécutée). Les exemples sont nombreux : faute d'un entrepreneur dans la construction d'un immeuble qui cause un dommage au voisin ; défaut de surveillance d'un malade hospitalisé qui se suicide causant ainsi un dommage par ricochet à son conjoint et ses enfants, ou rupture abusive d'un contrat qui cause de ce fait un préjudice à un tiers (Com. 20 oct. 2015, n° 14-20.540, *RTD civ.* 2016. 117, obs. Barbier).

8. Puisqu'il s'agit d'action d'un tiers, l'action ne peut être que délictuelle. Mais la question qui se pose est celle de savoir si le fait générateur de responsabilité délictuelle est constitué de la seule inexécution contractuelle (comme pour le créancier) ou s'il faut établir en plus que cette inexécution est constitutive d'une faute délictuelle à son égard. **La première chambre civile et la chambre commerciale** avaient des **positions très différentes** : la première chambre considérait que la seule preuve d'une inexécution contractuelle suffisait dès lors qu'elle avait été la source d'un dommage pour le tiers (par ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 2000, n° 99-12.135, *Bull. civ. I*, n° 221, *RTD civ.* 2001. 146, obs. Jourdain : « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve* ») alors que la chambre commerciale était plus restrictive en considérant que la victime doit prouver que l'inexécution contractuelle présente à son égard les caractéristiques d'une faute délictuelle (par ex. : Com., 5 avr. 2005, n° 03-19.370, *Bull. civ. IV*, n° 81 ; *RDC*. 2005. 687 obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2005. 602, obs. Jourdain : « *un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui* »).

1. n° 07-12.449, D. 2008. 1412, note Thomat-Raynaud ; *RTD civ.* 2008. 485, obs. Jourdain.

2. n° 09-69.925, *JCP. G* 2011. 63 n° 15, obs. Barthez.



**9. Dans un arrêt très important et très controversé** (pour les éléments du débat, cf. GAJC tome II n° 177), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché en faveur de la 1<sup>re</sup> chambre civile en considérant que « **le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage** » (Ass. Plén., 6 oct. 2006<sup>3</sup>). Depuis cet arrêt, toutes les chambres se sont ralliées à cette position (Com., 6 mars 2007, D. 2007. 1078, obs. E. Chevrier ; Com., 21 oct. 2008<sup>4</sup> ; Civ. 2<sup>e</sup>, 7 févr. 2008, n° 06-13.755 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juill. 2007<sup>5</sup> ; Civ. 3<sup>e</sup>, 22 oct. 2008<sup>6</sup>, Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juill. 2010, n° 09-67516, D. 2 010. 1 941 ; RLDC 201 n° 76, Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2010, n° 09-69129. Dernièrement : Com. 20 oct. 2015, n° 14-20.540, RTDciv. 2016. 117, obs. Barbier).



### Actualité

L'arrêt d'assemblée plénière du 6 oct. 2006 est sujet à interprétation dans la mesure où il ne dit pas si toute faute contractuelle est nécessairement une faute délictuelle ou si elle peut l'être à certaines conditions. Plusieurs arrêts rendus par la Chambre commerciale et la 3<sup>e</sup> chambre civile laissent penser, sans être nécessairement en contradiction avec l'arrêt d'assemblée plénière de 2006, que l'identité des deux fautes n'est pas nécessairement automatique :

**Com. 18 janv. 2017**, n° 14-16.442, AJ contrat 2017, p. 191, JCP 2017 doctr. 1174, obs. Stoffel-Munck ; D. 2017. 1036, note D. Mazeaud : à la suite d'une cession d'actions, « *saisie d'une demande de la société fondée sur la responsabilité délictuelle des cédants en raison d'un manquement aux engagements souscrits par eux envers les cessionnaires dans l'acte de cession et du dommage qui en était résulté pour elle, sans qu'il soit établi ni même allégué que ce manquement contractuel constituait une faute quasi-délictuelle à son égard, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société n'était pas fondée à se prévaloir d'une violation des stipulations contractuelles de l'acte de cession* ».

**Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2017**, n° 16-11203, CCC 2017, comm. 163 Leveneur ; AJ Contrat 2017, p. 377, note Chénéde ; D. 2017. 1225, note D. Houtcieff : « *des motifs tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle* ».

Quant à la Civ. 1<sup>re</sup>, elle semble souffler le chaud et le froid...

**Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2016**, n° 15-17.033, D. 2017. 341, note Lachièze ; JCP 2016, doctr. 257 obs. Bloch ; CCC 2016. Comm. 247, obs. Leveneur : tout manquement contractuel n'est pas nécessairement une faute délictuelle pour des tiers, comme en l'espèce où la Cour de cassation n'a pas retenu les dispositions spéciales des obligations pesant sur les agences de voyages qui ne sont opposables qu'au seul cocontractant (en l'espèce la responsabilité de plein droit de l'art. L. 211-16 du code du tourisme). Est retenu, par substitution de motif, le manquement contractuel consistant en la violation de l'obligation de conseil (à propos d'un voyageur décédé dans le cadre d'un voyage à risque).

**Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2017**, n° 16-14.096, RDC 2017. 425, note Borghetti, JCP 2017, chron. 1174, obs. Stoffel-Munck : « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »

Face à de telles circonvolutions jurisprudentielles laissant présager que des divergences pourraient réapparaître entre les différentes chambres, la Cour de cassation a choisi de réaffirmer sa jurisprudence dite *Bootshop* dans un arrêt rendu en assemblée plénière le 13 janvier 2020 (n° 17-19963, PBRI).

Dans cet arrêt à la motivation enrichie, la Haute juridiction précise ainsi qu' « *aux termes de l'article 1165 susvisé, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. (...) Il résulte*

3. n° 05-13.255, GAJC tome II n° 177 ; D. 2006. 2825, note Viney ; RTD civ. 2007. 115, obs. Mestre et Fages ; RTD civ. 2007. 123, obs. Jourdain ; RDC. 2007. 269, note Mazeaud ; JCP 2007. I. 115, n° 4, obs. Stoffel-Munck.

4. n° 07-18.487, JCP 2009. I. 123 n° 6, obs. Stoffel-Munck, RDC. 2009. 506 obs. Borghetti.

5. n° 06-15.776 ; Bull. civ. III, n° 122 ; RTD civ. 2007. 562, obs. Fages ; D. 2007. 2901, obs. Jourdain.

6. n° 07-15.692, JCP 2009. I. 123 n° 7, obs. Stoffel-Munck.



de ce texte que les contrats, opposables aux tiers, ne peuvent, cependant, leur nuire. (...) Suivant l'article 1382 susvisé, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (...) Le manquement par un contractant à une obligation contractuelle est de nature à constituer un fait illicite à l'égard d'un tiers au contrat lorsqu'il lui cause un dommage. (...) Il importe de ne pas entraver l'indemnisation de ce dommage. (...) Dès lors, le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement. »

10. Cette solution n'est pas sans soulever des difficultés et des incohérences. Non seulement elle ouvre un contentieux qui pourrait s'avérer sans limites (pour un ex. cf. Com., 21 oct. 2008, préc.), mais également le tiers pourrait voir ses préjudices mieux réparés que ceux du créancier de l'obligation inexécutée (en raison particulièrement de l'absence de limite au dommage prévisible et de l'inopposabilité au tiers des clauses limitatives de responsabilité qui pourraient se trouver dans le contrat). Sur ce point, à la différence du projet Terré (art. 125 al. 2), la réforme du droit des contrats reste muette<sup>7</sup>.



### Mémo

L'effet relatif des contrats a pour premier sens de **limiter l'effet obligatoire du contrat aux parties contractantes** : seules les parties sont créancières et débitrices d'une obligation née du contrat.

Aux parties contractantes, il faut assimiler les héritiers, ou ayants cause à titre universel, et les cessionnaires dans le cadre d'une cession de créance ou de contrat opérée par une partie contractante.

Toute personne qui n'est pas partie est **tiers** au contrat. Certains d'entre eux peuvent, néanmoins être dans une situation **intermédiaire**, qu'il s'agisse de la promesse de porte-fort, de la stipulation pour autrui, ou des groupes de contrats.

L'effet relatif des contrats a pour deuxième sens **l'opposabilité du contrat aux tiers**.

Cette opposabilité signifie d'abord que **les parties peuvent opposer le contrat aux tiers** afin de s'assurer qu'ils n'y portent pas atteinte, par exemple en incitant le débiteur à violer son engagement contractuel.

Elle signifie ensuite que **le contrat peut être invoqué par les tiers** qui s'en prévalent. Ils peuvent alors demander au débiteur de l'obligation contractuelle inexécutée de réparer le préjudice que cette inexécution leur a causé ; le fondement sera alors délictuel et le seul manquement contractuel constituera le fait générateur (**Ass. Plén., 6 oct. 2006**).

## Section 2 – CAS PARTICULIERS

### § 1. Simulation

11. La simulation est un procédé par lequel les contractants ont la volonté certes de conclure l'un avec l'autre, mais avec un contenu différent selon qu'il s'agit de l'opposer aux tiers ou entre eux. Antérieurement prévu par les articles 1321 et 1321-1 du Code civil, son régime est désormais clarifié, sans être modifié, par les nouveaux articles 1201 et 1202. La force obligatoire du contrat a pour conséquence principale de reconnaître valable et opposable le procédé de la simulation, faisant ainsi prévaloir la volonté réelle sur la volonté déclarée. La simulation suppose l'existence de **deux contrats, un contrat apparent** contenant des obligations destinées à l'information des tiers, et **un contrat occulte**, ou contre-lettre, applicable entre les parties et contenant leur volonté réelle. Les formes en sont variées et

7. La future réforme relative au droit de la responsabilité civile pourrait décider de légiférer sur ce point, soit pour consacrer la jurisprudence, soit pour la contrer.



dépendent de ce que les parties cherchent à cacher (il peut s'agir d'une donation déguisée en vente dans l'acte apparent, ou d'un prix augmenté dans l'acte caché, ou d'une interposition de personnes).

**12.** Les effets de la simulation sont réglés par l'article 1201 du Code civil (anc. art. 1321), démontrant que le procédé est valable dans son principe. Son effet n'est pas le même entre les parties et à l'égard des tiers. **Entre les parties**, c'est la **contre-lettre** qui est appliquée, et pour le surplus le contrat apparent. La limite est cependant double. Tout d'abord, ce contrat doit remplir les conditions traditionnelles de validité (art. 1128). Ensuite, le procédé de simulation ne doit pas être réalisé dans un but **frauduleux**. Si tel est le cas, la nullité pourra emporter soit le tout, soit uniquement la contre-lettre, incitant ainsi la dénonciation de l'illicite. Un exemple classique est celui de la vente apparente cachant une contre-lettre destinée à augmenter le prix en fraude du fisc. Le nouvel article 1202 du Code civil (anc. art. 1321-1 reprenant lui-même l'ancien art. 1840 CGI) prévoit alors la nullité de la contre-lettre, l'acte apparent restant valable (**Ch. Mixte, 12 juin 1981, GAJC tome II n° 170**).

**13.** Les parties ne peuvent pas opposer la contre-lettre **aux tiers** (art. 1201), à la condition que ces derniers soient de **bonne foi** (c'est-à-dire qu'ils ne connaissent pas la contre-lettre). En revanche, les tiers peuvent se prévaloir du contrat occulte dont ils auraient appris l'existence, dès lors qu'ils y auraient un intérêt (action en déclaration de simulation).

## § 2. Groupe de contrats

**14.** Si le Code civil conçoit chaque contrat de manière individuelle, la réalité contractuelle et économique a fait apparaître des situations nouvelles de contrats ayant des liens entre eux, qu'ils soient conclus soit par les mêmes parties, soit par une personne avec des cocontractants différents. Aucune règle générale ne permet d'appréhender ces contrats liés de manière globale et générale, mais la jurisprudence a développé des règles particulières répondant à des questions précises (régime des actions en responsabilité ; sort des contrats en cas d'anéantissement d'un seul), qu'il s'agisse des chaînes de contrats (A) ou des ensembles contractuels (B). La **réforme** du droit des contrats n'apporte aucun élément sur les premiers, à la différence des seconds.

### A. Chaînes de contrats

**15.** Une chaîne de contrats est formée de contrats qui sont unis du fait qu'ils portent sur une chose identique, comme une série de ventes successives qui auraient toutes le même objet (le fabricant vendant un bien au grossiste, qui le revend au détaillant pour le revendre lui-même au particulier). La chaîne est dite **homogène** lorsque les contrats sont de même nature (série de ventes), et **hétérogène** lorsque les contrats sont différents (vente et contrat d'entreprise par ex. : celui qui refait la toiture d'un client – entreprise – achète des tuiles à un fabricant – vente).

**16.** La question récurrente soulevée dans ce cadre est celle de savoir si les contractants en bout de chaîne peuvent agir directement l'un envers l'autre, par une action de nature contractuelle. Théoriquement non en raison du principe de l'effet relatif des contrats (anc. art. 1165, nouv. art. 1199) : seules les parties à un même contrat peuvent agir sur le terrain contractuel, or les contractants en bout de chaîne ne sont pas parties à un contrat les liant entre elles directement. En l'absence de texte, la Cour de cassation a pris position en faisant une **distinction selon que la chaîne est ou non translatrice de propriété**.

**17.** Ainsi, pour **les chaînes translatives**, c'est-à-dire celles pour lesquelles la propriété d'une chose est transmise de contrat en contrat, que la chaîne soit homogène ou non, l'action directe contractuelle est possible entre les différents maillons de la chaîne (**Ass. Plén., 7 févr. 1986, GAJC tome II, n° 268** : « *le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée* ». Depuis, cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 1993, CCC. 1993 n° 190 obs. Leveneur, Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 2000, CCC. 2000 n° 21 obs. Leveneur). Cette transmission ne se réalise que pour des contrats soumis au droit national et non pour des chaînes de **contrats internationaux** soumis au droit européen (**Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2015, n° 13-24796, JCP 2015, doct 808, n° 12, obs. Virassamy, D. 2015. 811, 1294, obs. Kenfack, et 2031, obs. Bollée ; AJCA 2015. 272, obs. Jault-Seseke ; RTD com.**



2015. 616, obs. Delebecque ; D. 2016. 566, obs. Mekki ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 sept. 2013, n° 09-12.442, D. 2014. 121, note Mazeaud ; CCC 2013. comm. 257, obs. Leveneur ; RTD civ. 2013. 839, obs. Barbier ; JCP 2013. 1129, note Nourissat ; RLDC déc. 2013, p. 8, note Laroche). Cette action peut également avoir pour objet une **demande en résolution** du contrat par le sous-acquéreur envers le fabricant (Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2010<sup>8</sup>). La justification, inspirée par la doctrine, est tirée de **la théorie de l'accessoire** : tous les droits et actions attachés à une chose sont transmis avec elle (le sous-acquéreur C recueille l'action contractuelle que son cocontractant B avait lui-même contre son propre cocontractant A, lui permettant d'agir directement contre le premier de la chaîne A, sur le fondement du contrat conclu entre A et B), ce qui entraîne plusieurs conséquences.



### À noter

La 3<sup>e</sup> chambre civile a confirmé un arrêt isolé de 2001 (Civ. 3<sup>e</sup>, 28 nov. 2001, n°s 00-13.559 et 00-14.450, Bull. civ. III, n° 137 ; D. 2002. 1443 ; *ibid.* 1442, note Karila ; RDI 2002. 92, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2002. 104, obs. Jourdain), par lequel elle affirme le caractère délictuel de l'action intentée par le maître d'ouvrage contre le fournisseur du sous-traitant : « le sous-traitant engageant sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur le fondement délictuel, le fournisseur de ce sous-traitant devait répondre de ses actes sur le même fondement ». Civ. 3<sup>e</sup>, 26 nov. 2014, n° 13-22067 ; D. 2015. 529, obs. Mekki, RDI 2015. 78, obs. Perinet-Marquet, RDC 2015. 243, note Deshayes.

**18.** Puisque le sous-acquéreur agit contre le fabricant sur le fondement du contrat conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiaire, le fabricant peut opposer au sous-acquéreur toutes les clauses limitatives de ce contrat. Dès lors, si le vendeur intermédiaire est un professionnel, comme l'est le fabricant, le contrat conclu entre eux peut contenir valablement des clauses limitatives, voire exonératoires de responsabilité (pour un ex. récent d'opposabilité de clause d'exclusion de la garantie des vices cachés : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2016, n° 15-18.340, CCC 2017 comm. 27, Leveneur. Eg. Com., 26 mai 2010<sup>9</sup>) ; si le sous-acquéreur est un consommateur, ces clauses pourront lui être opposées valablement (par ex. : Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 249, D. 1996. 395 note Mazeaud). De même, mais à l'inverse, si une clause de non-garantie est stipulée dans le contrat liant le sous-acquéreur au vendeur intermédiaire, empêchant le sous-acquéreur d'agir contre son cocontractant, elle n'empêche pas le sous-acquéreur d'agir directement contractuellement contre le fabricant, si le contrat entre celui-ci et le vendeur intermédiaire ne comprend pas une telle clause (Civ. 3<sup>e</sup>, 16 nov. 2005<sup>10</sup> ; Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2011, n° 08-21804, RDC. 2011 1197, obs. Mazeaud).



### Actualité

Lorsqu'une vente intervient entre professionnels, le droit de la consommation ne s'applique pas. Dès lors, même si l'acquéreur professionnel revend le bien ainsi acheté à un consommateur, ce dernier ne dispose d'une action fondée sur le droit de la consommation qu'à l'égard de son vendeur. En revanche, il ne dispose pas d'une telle action à l'égard du vendeur initial, car le vendeur intermédiaire n'a pu lui transmettre une action dont il n'était pas lui-même titulaire.

Ainsi, la première chambre civile a pu décider « qu'il résulte de la combinaison de ces textes que le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale est tenu, à l'égard de l'acheteur agissant en qualité de consommateur, de livrer un bien conforme au contrat et de répondre des défauts de conformité existant lors de la délivrance ; que, n'agissant pas lui-même en qualité de consommateur à l'égard de son propre auteur, le vendeur ne bénéficie pas d'une telle garantie et ne peut donc en transmettre les droits, ce qui exclut toute action directe de l'acheteur à ce titre » (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2018, n° 17-17438, PB).

8. n° 09-10.086, D. 2010. 1757 note Deshayes, JCP 2010. 842, note H. Boucard ; RTD civ. 2010. 554 obs. Fages.

9. n° 07-11.744 : JCP 2010, note 849, J.-J. Barbieri ; JCP 2010. 1015 n° 12 obs. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2010. 787 obs. Jourdain.

10. n° 04-10.824, JCP 2006. II. 10069, note Trébulle ; D. 2006. 971, note Cabrillac ; RDC. 2006. 330, obs. Mazeaud.





En outre, en présence d'une chaîne translative, la transmission à l'acquéreur final des actions que le vendeur intermédiaire détenait sur le fabricant ou vendeur initial n'a pas d'incidence sur la façon dont ces actions se prescrivent. En effet, « l'action récursoire contre le fabricant ne pouvant offrir à l'acquéreur final plus de droits que ceux détenus par le vendeur intermédiaire » (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2018, n° 17-17438, PB).

Enfin, même si un constructeur se rend coupable d'une faute dolosive dans le cadre de l'exécution du contrat de construction, « l'action engagée par les consorts X..., sur le fondement de la faute dolosive du constructeur, s'analysait en une action contractuelle et que, attachée à l'immeuble, elle était transmissible aux acquéreurs successifs » (Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juil. 2018, n° 17-20627, PBI).

19. Si la **chaîne** n'est **pas translative** de propriété (cas par ex. des chaînes homogènes de contrats d'entreprise), si aucune chose n'est transmise d'un contractant à l'autre, alors les actions ne peuvent suivre faute de principal, et l'action est de nature délictuelle (Ass. Plén., 12 juill. 1991, Besse, GAJC tome II n° 176).

### B. Ensembles contractuels

20. Alors que la chaîne de contrats est linéaire, l'ensemble contractuel est une combinaison plus circulaire de contrats : indépendants structurellement les uns des autres, ils forment un ensemble par le but commun qu'ils poursuivent. Le droit du Code civil de 1804 ne concevant les contrats que de manière indépendante, son droit commun des contrats n'apportait aucune base juridique certaine pour appréhender ces ensembles. L'existence d'un ensemble contractuel peut avoir des **effets divers** (par ex. l'application d'une clause compromissoire : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2014, n° 13-17495, D. 2014. 2092, note V. Mazeaud ; D. 2015. 529, obs. Mekki ; RTD civ. 2014. 888, obs. H. Barbier ; ou encore la compensation de l'ensemble des dettes et créances : Com., 23 sept 2014, n° 13-14815, RDC 2015. 36, note M. Latina. V. ég ; Thème 4 n° 40), mais c'est sur la question récurrente des **sanctions en cascade** que le contentieux s'est développé, conduisant la jurisprudence à développer la notion d'« **ensemble contractuel indivisible** » pour qu'un contrat produise des effets sur un autre, indépendamment de toute clause (pour plus de détails sur ce mouvement jurisprudentiel, cf. Thème 4 n° 24 s.).

21. La **réforme** du droit des contrats, voulant prendre en compte ce phénomène contemporain, a intégré une disposition particulière au sein de la **caducité** du contrat, l'une des sanctions de la formation du contrat (cf. Thème 6 n° 24 s.). Le nouvel article 1186 alinéa 2 et 3 ne résout cependant pas toutes les difficultés, se limitant au seul cas des **sanctions en cascade**. Les autres effets de ces ensembles doivent continuer à être réglés au cas par cas, avec, malgré tout, un texte du Code civil établissant des critères constituant l'ensemble contractuel qui peuvent être repris au-delà du seul champ d'application du texte.

## § 3. Cession de contrat

22. La cession de contrat est l'opération par laquelle une partie à un contrat, le cédant, cède à un tiers, le cessionnaire, sa qualité de partie à l'égard de son cocontractant, le cédé. C'est le droit contemporain qui a mis en lumière l'intérêt de la cession de contrat conçue de manière autonome et non comme une forme de cession de créance. Le Code civil n'en connaissait que de très rares exemples (art. 1717, art. 1743) avant qu'elle ne soit consacrée dans le cadre de certains contrats spéciaux, notamment pour le contrat de travail (cession des contrats de travail en cours au jour de la transmission d'une entreprise, C. trav., art. L. 1224-1) ou le contrat d'assurance (cession du contrat d'assurance en cas d'aliénation de la chose assurée, C. ass., art. L. 121-10). Pour chacune des cessions légales de contrat, un régime, au moins embryonnaire, est prévu sans que se dégagent véritablement des règles communes cohérentes. Alors que les seules cessions connues de contrat étaient d'origine légale, s'est posée la question de la possibilité d'une **cession conventionnelle**. Suscitant de nombreux débats doctrinaux quant à son originalité, détachée d'un cumul de cession de dettes et de créances, la cession conventionnelle de contrat a été consacrée par la jurisprudence mais en des termes souvent confus (par ex., pour une confusion entre cession de créance et cession de contrat : Civ. 1<sup>re</sup>, 5 fév. 2009, n° 08-10230, D. 2009. 842, note Aynès). La



**réforme** du droit des contrats intègre, à l'instar des projets Catala et Terré, des dispositions propres à la cession de contrat qu'elle place au cœur du droit commun des contrats, entre la durée et l'inexécution du contrat <sup>11</sup>, et non au sein des dispositions relatives au régime des obligations <sup>12</sup>, attestant ainsi de l'autonomie de l'opération par rapport aux cessions de dettes et de créances. Ces nouvelles dispositions ont vocation à constituer le **droit commun** de la cession de contrat (nouv. art. 1216 à 1216-3).

### A. Conditions de la cession

**23.** La cession, qui peut porter sur un contrat *intuitu personae* (**Com., 7 janv. 1992**, n° 90-14831, JCP 1992. I. 3591, obs. Jamin ; D. 1992, Somm., p. 278, obs. Aynès ; CCC 1992, comm. 110, obs. Leveneur), est désormais un **contrat solennel** puisqu'elle doit faire l'objet d'un écrit, à peine de nullité (art. 1216 al. 3).

**24.** La cession ne peut être valable qu'avec l'**accord du contractant cédé** (art. 1216 al. 1 et 3). La réforme suit en cela la position de la jurisprudence (**Com., 6 mai 1997**, n° 94-16335, Defrénois 1997. 977, note Mazeaud ; D. 1997. 588, note Billiau et Jamin ; CCC 1997, comm. 146, note Leveneur ; RTD civ. 1997. 936, obs. Mestre) <sup>13</sup> qui tranche un classique **débat doctrinal** entre deux conceptions : une conception dite subjective qui nécessite l'accord du cédé <sup>14</sup> et que défendait le projet Catala (art. 1165-4), et une conception dite objective qui ne le requiert pas <sup>15</sup> et que suggérait le projet Terré (art. 146).

**25.** Cet accord du cédé peut être **exprès ou tacite**, en résultant par exemple de la poursuite de l'exécution du contrat cédé (Com., 7 janv. 1992, préc.). Il peut se manifester au **moment de la cession** ou bien **antérieurement**, au moment de la conclusion du contrat cédé par une clause la mentionnant et attestant de l'accord par avance du futur cédé. Dans ce dernier cas, le cédé n'a plus à réitérer son consentement, mais la cession ne lui sera opposable que lorsque « le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire » lui sera « notifié » ou lorsqu'il en prendra acte (art. 1216 al. 2). Ces précisions étaient utiles afin de mettre un terme aux hésitations jurisprudentielles, certains arrêts exigeant le respect des formalités de l'ancien article 1690 du Code civil relatif à la cession de créance (Civ. 3<sup>e</sup>, 9 avr. 2004, n° 13-10945, Dt et patr. 2015, n° 243, p. 61, obs. Stoffel-Munck), d'autres n'exigeant aucune formalité particulière (Com., 6 mai 1997, n° 95-10252).

**26.** Puisque ces dispositions ne sont pas d'ordre public, les parties sont libres **d'aménager contractuellement** la cession de contrat comme ils la souhaitent, en la limitant (par ex. avec des clauses d'agrément fréquentes dans les pactes d'actionnaires) ou en l'excluant ; toute violation de ces dispositions entraînerait l'inopposabilité de la cession au cédé.

### B. Effets de la cession

#### 1) Rapports entre le cédant et le cédé

**27.** Les effets de la cession dans les rapports entre le cédant et le cédé dépendent du contenu de l'accord du cédé et particulièrement de son accord à la libération du cédant. Sans un accord exprès du cédé, le cédant n'est pas libéré à l'égard du cédé. Ce consentement exprès à la libération du cédant est à rapprocher de l'accord exprès à la cession (*cf. supra* n° 25) : si la cession a été autorisée par le cédé dès la conclusion du contrat, alors généralement sans connaissance de la personne du cessionnaire, le cédé hésitera à consentir expressément à la libération du cédant.

11. Positionnement suggéré par le professeur L. Aynès, *cf.* Aynès L., La cession de contrat, in Dossier Régime général des obligations, l'essentiel d'une réforme substantielle, Dt et patr. 2015, n° 249.

12. Le projet d'ordonnance avait inséré les dispositions relatives à la cession de contrat dans le régime général des obligations, après la cession de créance et de dette (art. 1340). Les dispositions relatives aux effets de la cession étaient particulièrement lacunaires et ont été conséquemment modifiées dans le texte final.

13. V. ég. Aynès L., Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998. 25. Depuis, la Cour de cassation, tout en exigeant l'accord du cédé, oscille entre cession de contrat et régime de la délégation, pour un ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 12 déc. 2001, n° 00-15627, D. 2002. 984, note Billiau et Jamin ; Defrénois 2002. 775, obs. Libchaber ; Larroumet, D. 2002. Point de vue. 1555.

14. Ghestin J., Jamin Ch., Billiau M., Les effets du contrats, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), 3<sup>e</sup> ed., LGDJ, 2001, n° 1027 s. Eg. Billiau M., Cession de contrat ou « délégation » de contrat ? (étude du régime juridique de la prétendue « cession conventionnelle de contrat »), JCP 1994. I. 3758.

15. Aynès L., La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, préf. P. Malaurie, Economica, 1984.



**28.** Le fait que le cédé ait « **expressément consenti** » à la libération du cédé emporte **trois séries d'effets** qui confortent l'idée d'un nouveau contrat conclu entre le cessionnaire et le cédant au lieu et place du précédent. En effet, la cession, d'abord, va libérer le cédant pour l'avenir (art. 1216-1 al. 1), ne laissant alors subsister que le lien entre le cédé et le cessionnaire. Les sûretés consenties par des tiers ou « par le cédant » (ajout de la loi de ratification ayant un caractère interprétatif) au titre du contrat initial conclu entre le cédant et le cédé, ensuite, disparaissent, sauf s'ils réitèrent leur accord (art. 1216-3 al. 1). Enfin, les codébiteurs solidaires du cédé restent tenus déduction fait de sa part dans la dette (art. 1216-3 al. 2).

**29.** À l'inverse, si le cédé n'a pas expressément consenti à la libération du cédant, le contrat conclu entre le cédant et le cédé garde une certaine force. Dès lors, le cédant est « tenu solidairement à l'exécution du contrat » (art. 1216-1 al. 2) ; les sûretés consenties subsistent ; et le cédant reste tenu solidairement pour sa part avec ses codébiteurs solidaires (art. 1216-3).

## 2) Rapports entre le cédé et le cessionnaire

**30.** La cession de contrat a pour conséquence principale de conférer au cessionnaire la qualité de partie au contrat cédé, pour l'avenir, avec tous les droits et obligations qui y sont attachés. Dès lors, le cessionnaire peut opposer au cédé les « exceptions inhérents à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes », sans pouvoir lui opposer les « exceptions personnelles au cédant » (art. 1216-2 al. 1). Quant au cédé, il peut opposer au cessionnaire « toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant » (al. 2).



### Mémo

Dans certaines situations particulières, les tiers peuvent disposer de droits particuliers à l'égard de contrats conclus.

**Dans le cadre d'une simulation**, d'abord, lorsque les parties concluent deux contrats, l'un apparent, l'autre occulte, seul le contrat occulte, non frauduleux, a des effets entre les parties sans pouvoir être opposé aux tiers. Ils peuvent cependant s'en prévaloir s'ils en ont eu connaissance et qu'ils y ont un intérêt.

**Dans le cadre de groupes de contrats**, ensuite, c'est-à-dire un ensemble de contrats indépendants mais liés par un même but économique, le Code civil de 1804 ne dispose d'aucune règle particulière, concevant les contrats de manière individuelle. La jurisprudence s'est alors développée au fil des questions posées, et deux séries de figures se présentent :

– d'abord les **chaînes de contrats** formées de contrats qui portent sur la même chose, en tout ou partie, permettent de déterminer le régime de la responsabilité unissant les contractants en bout de chaîne. Lorsque la chaîne est **translative de propriété**, elle permet au sous-acquéreur d'agir directement en **responsabilité contractuelle** contre le fabricant ou tout autre vendeur en bout de chaîne. La nature contractuelle de l'action se fonde sur l'**accessoire** : les actions et droits attachés à la chose sont transmis avec elle. Lorsque la chaîne **n'est pas translative de propriété**, l'effet relatif retrouve son empire et l'action est de nature **délictuelle**.

– ensuite, les **ensembles contractuels**, apparus dans le vocabulaire jurisprudentiel plus récemment, se composent de contrats unis par le but économique commun qu'ils poursuivent. Cette notion permet principalement de régir le sort des contrats de l'ensemble lorsque l'un d'eux est anéanti, ce que la réforme a consacré à travers les dispositions relatives à la caducité.

La **réforme**, enfin, a consacré la **notion de cession de contrat** qu'elle conçoit comme une opération autonome, distincte de la cession de créances et de dettes. Elle permet la transmission de la qualité de partie au contrat à un tiers cessionnaire. La réforme introduit une théorie générale de la cession de contrat en régissant ses conditions et ses effets :

– la cession de contrat est un **contrat solennel**, qui nécessite l'**accord du cédé**, soit au moment de la cession, soit antérieurement dès la conclusion du contrat initial entre les futurs cédant et cédé ;



- concernant les rapports entre le cédant et le cédé, le cédé doit **expressément consentir à la libération du cédant**, sinon ce dernier reste solidairement tenu de l'exécution du contrat. S'il est libéré, les sûretés consenties par les tiers au contrat initial disparaissent, sauf s'ils réitèrent leur accord ;
- concernant les rapports entre le cédé et le cessionnaire, ils peuvent s'opposer mutuellement les **exceptions** tirées du contrat initial, sauf pour le cessionnaire celles qui sont personnelles au cédant.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### *Fait générateur*

**Ass. Plén., 6 oct. 2006**, n° 05-13.255, GAJC tome II n° 177 ; D. 2006. 2825, note Viney (reproduit en annexe) ; RTD civ. 2007. 115, obs. Mestre et Fages ; RTD civ. 2007. 123, obs. Jourdain ; RDC. 2007. 269, note Mazeaud ; JCP 2007. I. 115, n° 4, obs. Stoffel-Munck.

### *Chaines de contrats*

**Ass. Plén., 7 févr. 1986**, GAJC tome II, n° 268 ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2010**, n° 09-10.086, D. 2010. 1757 note Deshayes, JCP 2010. 842, note H. Boucard ; RTD civ. 2010. 554 obs. Fages. ; **Civ. 3<sup>e</sup>, 26 nov. 2014**, n° 13-22067 ; D. 2015. 529, obs. Mekki, RDI 2015. 78, obs. Perinet-Marquet, RDC 2015. 243, note Deshayes ; **Ass. Plén., 12 juill. 1991**, Besse, GAJC tome II n° 176.

### *Cession de contrat*

**Com., 7 janv. 1992**, n° 90-14831, JCP 1992. I. 3591, obs. Jamin ; D. 1992, Somm., p. 278, obs. Aynès ; CCC 1992, comm. 110, obs. Leveneur ; **Com., 6 mai 1997**, n° 94-16335, Defrénois 1997. 977, note Mazeaud ; D. 1997. 588, note Billiau et Jamin ; CCC 1997, comm. 146, note Leveneur ; RTD civ. 1997. 936, obs. Mestre.

## II. Pour aller plus loin

---

ANCEL P., Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, 15 ans après, *Mélanges Ponsard*, 2003, p. 3.

AYNÈS L., La cession de contrat, *in Régime général des obligations : l'essentiel d'une réforme substantielle*, Droit et patrimoine 2015, n° 249.

BACACHE M., Relativité de la faute contractuelle et responsabilité à l'égard des tiers, *D.* 2016. 1454 (à propos de la réforme).

BOUDOT M., M. FAURE-ABBAD et D. VEILLON (ss dir.), *L'effet relatif des contrats : LGDJ*, nov. 2015.

BROS S., Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP* 2016, 975.

D'AVOOUT L., La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 février 2016. Premières analyses de droit des conflits de lois en perspective française, *D.* 2017. 457.

GHESTIN J., Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, *RTD civ.* 1994. 777.

LISANTI-KALCZYNSK C., L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse, *JCP* 2003. I. 102.

MANTILLA ESPINOSA F., Regard colombien sur la cession de contrat en droit français, *RDC* 2015.

PAILLER P., L'opposabilité de la transaction aux tiers, *RLDC* 2015, n° 126.

PUIG P., Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 913.

SAVATIER R., Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, *RTD civ.* 1934. 525.

SIMLER Ph., Cession de créance, cession de dette, cession de contrat, CCC 2016, n° 5 mai, dossier 8.



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

THERON J., Ordre et désordre dans la notion de partie, *RTD civ.* 2014. 231. « Contrat sans frontières », *RDC* 2007/2 p. 537 s. (séries d'articles).

« Vente de l'immeuble et transmission des actions en justice : ordre ou désordre ? » *RDC* 2014. p. 765 s. (rubrique débats).

### III. Aperçu des publications récentes

---

ANTIPPAS J., Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat, *RTD civ.* 2017, p. 43

BORGHETTI J.-S., La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile : *D.* 2017, p. 1846.

DESHAYES O., La nouvelle mouture de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile : retour sur la responsabilité des parties à l'égard des tiers : *RDC* 2017, p. 238.

LEVENEUR-AZÉMAR M., Une solution convaincante pour l'engagement de la responsabilité des contractants par les tiers. À propos de l'article 1234 du projet de réforme de la responsabilité civile, *JCP* 2017, 1182

« La cession de contrat après la réforme : quels usages, quelles précautions ? », débats *RDC* 2017. 369



# Annexes

**Annexe 1** – BORGHETTI J.-S., Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : D. 2017, p. 770 (non reproduit)

**Annexe 2** – Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2017, n° 16-11203, D. 2017. 1225, note D. Houtcieff

---

## Annexe 2 – Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2017, n° 16-11203, D. 2017. 1225, note D. Houtcieff

**Cour de cassation  
chambre civile 3  
Audience publique du 18 mai 2017  
n° de pourvoi : 16-11203**

ECLI :FR :CCASS :2017 :C300557

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Chauvin, président**

M<sup>e</sup> Haas, SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Donne acte à la société Dalkia France du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre le syndicat des copropriétaires de la clinique Axiom et la société G2E ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1382, devenu 1240, du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 12 novembre 2015), que la copropriété clinique Axiom est composée notamment du lot n° 7 situé dans le bâtiment A, propriété de la SCI Hydraxium et donné à bail à la société Axiom Kinésithérapie, du lot n° 1 situé dans le bâtiment B et d'autres lots n° 2 à n° 6, situés au sous-sol du bâtiment A, propriété de la société Holding d'Aix-en-Provence et donnés à bail à la société Sorevie Gam ; qu'en 2004, la société Sorevie Gam et le syndicat des copropriétaires ont fait réaliser, dans le bâtiment A, des travaux de chauffage, climatisation et traitement de l'eau, par le groupement constitué par la société Dalkia France et la société Faure ingénierie, des études étant confiées à la société G2E ; qu'une première instance a opposé la société Sorevie Gam aux sociétés Dalkia France, Faure ingénierie et G2E ; qu'en 2007, invoquant une importante condensation dans les locaux du lot n° 7, la SCI Hydraxium et sa locataire, la société Axiom Kinésithérapie, ont, après expertise, assigné en indemnisation le syndicat des copropriétaires et la société Holding d'Aix-en-Provence qui a appelé en garantie les sociétés Dalkia France et G2E ;

Attendu que, pour déclarer la société Dalkia France responsable de la condensation anormale dans le lot n° 7, rejeter ses appels en garantie et la condamner à paiement, l'arrêt retient qu'il résulte de la convention du 5 avril 2004 que la société Faure ingénierie et la société Dalkia France se sont engagées solidairement à l'égard de la société Sorevie Gam à livrer un ouvrage conforme aux prévisions contractuelles et exempt de vices, qu'en manquant à cette obligation, la société Dalkia France a commis une faute à l'origine de la condensation anormale et que cette faute engage sa responsabilité délictuelle à l'égard de la SCI Hydraxium et de la société Axiom Kinésithérapie ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare la société Dalkia France responsable de la condensation anormale ayant affecté le local abritant la piscine dépendant du lot 7 entre le mois de novembre 2004 et le mois de mai 2011, rejette ses appels en garantie dirigés contre le syndicat des copropriétaires de la clinique Axiom, la société G2E et la société Holding d'Aix-en-Provence, condamne la société Dalkia France à payer à la SCI Hydraxium une indemnité de 18 909,73 euros en réparation des dommages matériels causés à son local par la condensation,



et ce avec intérêts au taux légal à compter du 20 février 2014, condamne la société Dalkia France à payer à la société Axiom Kinésithérapie une indemnité de 180 000 euros en réparation de son préjudice économique, et ce avec intérêts au taux légal à compter du 20 février 2014, l'arrêt rendu le 12 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne la SCI Hydraxium et la société Axiom Kinésithérapie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-huit mai deux mille dix-sept.

**Titrages et résumés :** RESPONSABILITE DELICTUELLE OU QUASI DELICTUELLE – Dommage – Réparation – Obligation – Bénéficiaires – Tiers à un contrat – Conditions – Dommage causé par un manquement contractuel – Exclusion – Cas

La possibilité pour un tiers au contrat de se prévaloir, sur le fondement délictuel, d'un manquement contractuel qui lui a causé un préjudice ne peut pas résulter du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vice

RESPONSABILITE DELICTUELLE OU QUASI DELICTUELLE – Dommage – Réparation – Personnes pouvant l'obtenir – Tiers à un contrat – Condition

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Effets – Effet à l'égard des tiers – Dommage – Réparation – Condition

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES – Effets – Effet relatif – Limites – Détermination – Portée

**Précédents jurisprudentiels :** Sur la possibilité, pour le tiers à un contrat, d'obtenir sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation du dommage causé par un manquement contractuel, à rapprocher : 1<sup>re</sup> Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-16.926, Bull. 2007, I, n° 193 (cassation), et l'arrêt cité ; Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-15.776, Bull. 2007, III, n° 122 (rejet), et l'arrêt cité ; Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.516, Bull. 2010, III, n° 146 (rejet), et l'arrêt cité

**Textes appliqués :**

article 1382, devenu 1240 du code civil

## Toute faute contractuelle n'est pas nécessairement délictuelle à l'égard du tiers

### Dimitri Houtcieff, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Saclay, Vice-doyen de la Faculté d'Évry Val d'Essonne, Chargé des relations internationales, Directeur de l'Institut d'études judiciaires

Rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 6 octobre 2006, l'arrêt dit *Myr'Ho* a parfois laissé croire en l'absolutisme de la règle selon laquelle « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »<sup>1</sup>. La réalité a pourtant toujours été plus nuancée. Quelques arrêts ont depuis attesté de l'absence de systématicité de la solution : cette décision rendue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 18 mai 2017 et publiée au *Bulletin* témoigne à son tour de ce que la jurisprudence n'est pas univoque.

Le locataire d'un lot de copropriété et le syndicat des copropriétaires avaient chargé un groupement de sociétés de concevoir, d'exécuter et de réaliser des travaux de chauffage, de climatisation et de traitement des eaux. D'importants désordres liés au dysfonctionnement du groupe de production d'eau glacée apparurent, occasionnant quelques nuisances à un autre lot de copropriété. Le copropriétaire de ce dernier ainsi que son preneur à bail constatèrent, en effet, une condensation anormalement importante dans un local à usage de piscine. Ils assignèrent donc en indemnisation le syndicat des copropriétaires, la société copropriétaire du lot ayant fait l'objet des travaux, ainsi que son locataire : la société chargée de l'entretien des installations de chauffage et de la climatisation fut appelée en garantie. Les désordres étant liés aux pannes du groupe de production d'eau froide installé par un tiers,

1. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. civ., ass. plén., n° 9 ; D. 2006. 2825, note G. Viney, 2007. 1827, obs. L. Rozès, 2897, obs. P. Jourdain, et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007. 295, obs. N. Damas ; RDI 2006. 504, obs. P. Mallinvaud ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier, 115, obs. J. Mestre et B. Fages, et 123, obs. P. Jourdain ; JCP 2006. II. 10181, avis Gariazzo et note M. Billiau ; LPA 22 janv. 2007, note C. Lacroix ; RCA 2006. Études 17, obs. L. Bloch ; RDC 2007. 269, obs. D. Mazeaud, et 279, obs. S. Carval ; P. Brun, RLDC janv. 2007. 5.





cette entreprise fit valoir qu'elle ne pouvait en être tenue pour responsable, dès lors qu'elle n'était chargée que de l'entretien de celui-ci. Les juges du fond relevèrent néanmoins qu'elle s'était engagée à l'égard du maître d'ouvrage à livrer un ouvrage conforme aux prévisions contractuelles et exempt de vices : « en manquant à cette obligation, la société (...) a commis une faute à l'origine de la condensation anormale qui s'est produite dans le local piscine (...) et cette faute engage la responsabilité délictuelle à l'égard [de la société titulaire du lot de copropriété concerné] et de son locataire ». L'entreprise se pourvut en cassation et la Cour régulatrice censura la décision rendue : « en statuant ainsi, par des motifs qui, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle, la cour d'appel a violé [l'article 1382 devenu 1240 du code civil] ».

Il est tentant de succomber à la tentation de voir ici un revirement : l'on s'en gardera cependant pour l'instant. Après tout, quoiqu'elle ait longtemps refusé d'admettre toute identification des fautes contractuelle et délictuelle, la troisième chambre civile s'est expressément ralliée à la position adoptée par l'assemblée plénière de la Cour de la cassation<sup>2</sup>, ainsi qu'elle l'a rappelé il y a peu<sup>3</sup>(3). Ce n'est en outre pas la première fois que, tout en s'inscrivant généralement dans le prolongement de l'arrêt *Myr'Ho*, la troisième chambre civile se laisse aller à une solution apparemment dissonante<sup>4</sup> : c'est que la jurisprudence est plus subtile qu'on ne le croit généralement. Ainsi que cette décision et d'autres en témoignent, toute faute contractuelle qui cause un dommage au tiers n'est pas nécessairement constitutive d'un quasi-délit à son égard (I), ce qui n'est pas sans donner l'impression d'un certain désordre (II).

## I – La faute contractuelle n'est pas nécessairement délictuelle à l'égard du tiers

En refusant d'admettre que la faute contractuelle considérée constituait par elle-même une faute délictuelle à l'égard du tiers, cette décision s'inscrit dans une jurisprudence plus nuancée qu'on le pourrait croire (A). L'arrêt atteste du reste d'une certaine prudence, tant sa formulation est restrictive et sa motivation empreinte de réserves (B).

### A – Une jurisprudence nuancée

La solution consacrée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation eut un tel retentissement que l'on oublie parfois qu'elle n'a pas donné lieu à une jurisprudence absolument systématique. Certaines décisions, non seulement émanant de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, mais aussi de la première chambre civile<sup>5</sup> ou encore de la chambre commerciale<sup>6</sup>, ne se sont épisodiquement pas rendues à l'identité des fautes contractuelle et délictuelle à l'égard du tiers ayant subi un dommage. Il est vrai que ces « arrêts qui dérangent »<sup>7</sup> n'ont souvent pas été publiés et sont demeurés un brin confidentiels. Aussi cette décision – publiée et destinée au *Rapport* – n'est-elle pas anodine, qui fait définitivement justice des derniers doutes quant au caractère absolu de la solution consacrée en 2006.

À la vérité, si la rédaction de l'arrêt *Myr'Ho* était abrupte, la Cour de cassation a très vite voulu souligner la relativité de la solution consacrée. Selon le *Rapport de la Cour de cassation pour 2006*, « [l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 6 octobre 2006], permet de prendre en considération la portée à l'égard des tiers de l'obligation transgressée par le contractant. Il est, en effet, des obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier et tel est le cas de l'obligation de non-concurrence qui ne profite en principe qu'au créancier de cette obligation. Mais cette même obligation peut, dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi « tiers intéressé » et tel était le cas dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière où le locataire-gérant exploitait son fonds de commerce dans des locaux appartenant au bailleur de sorte qu'il pouvait se prévaloir des défaillances de celui-ci dans l'entretien de l'immeuble »<sup>8</sup>. Il était ainsi dès l'origine entendu que seules certaines obligations contractuelles avaient vocation à concerner les « tiers intéressés ». Paradoxalement, l'arrêt commenté peut donc être inscrit dans le courant jurisprudentiel initié par l'arrêt *Myr'Ho*, sa prudente motivation attestant de ce qu'il ne s'est pas agi d'en faire table rase.

2. Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juill. 2010, n° 09-67.516, Bull. civ. III, n° 146 ; D. 2010. 1941, et 2011. 1786, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2011. 208, obs. Y. Rouquet ; RTD com. 2010. 693, obs. F. Kenderian ; CCC 2010, n° 240, obs. L. Leveneur ; RDC 2011. 65, obs. T. Génicon, et 178, obs. J.-B. Seube.

3. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 oct. 2016, n° 15-22.920, RDI 2016. 650, obs. P. Malinvaud ; Gaz. Pal. 2017, n° 15, p. 29, obs. D. Houtcieff.

4. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.583, Bull. civ. III, n° 160 ; D. 2008. 2793 ; RTD civ. 2009. 121, obs. P. Jourdain .

5. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, n° 10-17.691, D. 2012. 659, note D. Mazeaud ; RTD com. 2012. 393, obs. B. Bouloc ; LEDC 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 2, p. 3, obs. O. Deshayes ; Gaz. Pal. 2012, n° 103, p. 117, obs. D. Houtcieff.

6. Com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, D. 2017. 1036, note D. Mazeaud ; AJ Contrat 2017. 191, obs. A. Lecourt ; Gaz. Pal. 2017, n° 15, p. 29, obs. D. Houtcieff.

7. V. les obs. d'O. Deshayes ss Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, préc.

8. Cour de cassation, *Rapport annuel 2006*, Doc. fr. 2007, p. 398.



## B – Une motivation réservée

Plutôt que de se risquer à un saut dans l'inconnu, la troisième chambre civile suit sa route à « petit pas ». Elle se garde d'une motivation générale et abstraite en forme de règle de droit qui aurait pu être prise pour un complet revirement. La portée pratique de l'arrêt en est d'ailleurs un peu entamée : que le « manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices » ne constitue pas à lui seul une faute délictuelle à l'égard du tiers qui en subit les conséquences dommageables est bien tout ce que l'on peut déduire de cette décision sans risque de se tromper ! Les éléments retenus par la Cour régulatrice pour écarter l'assimilation des fautes permettent cependant d'éclairer un tant soit peu la décision.

La délivrance conforme d'un corps certain paraît d'emblée une obligation plus chevillée que d'autres à sa nature conventionnelle : autant l'on peut, par exemple, saisir que le défaut d'entretien d'un immeuble par son propriétaire puisse éblouir le locataire-gérant exploitant le fonds de commerce<sup>9</sup>, autant il est plus difficile de concevoir qu'un tiers soit concerné par la délivrance d'une chose conforme et non viciée à l'acheteur par le vendeur<sup>10</sup>. L'évocation de la conformité, c'est-à-dire de l'identité entre la chose *convenue* et la chose livrée, renforce l'impression d'une obligation *essentiellement* – voire exclusivement – contractuelle. La conformité relève de ce que l'on a pu qualifier de « plus contractuel »<sup>11</sup>, c'est-à-dire de ces obligations qui « se surajoute[nt] aux devoirs généraux dont est tenu le débiteur envers toute personne qui assurent le respect des droits des tiers entre eux »<sup>12</sup>. L'obligation de délivrance conforme apparaît donc rétive à un rapatriement par le tiers étranger.

Le régime de l'obligation de délivrance, que la Cour de cassation prend soin de préciser quand la décision du fond était muette sur ce point, n'est pas anodin non plus : la troisième chambre civile relève ainsi qu'il s'agissait d'une obligation de résultat. On peut voir là un autre indice du caractère exclusivement contractuel de l'obligation. En effet, comme l'écrivait Demogue en son temps, « dans les contrats, on trouve des obligations de résultat et des obligations de moyen (...). En dehors des contrats, pour les obligations qu'imposent les règlements ou la prudence, on est tenu d'une obligation de moyen. Un chauffeur a le devoir d'être prudent. On ne peut dire que son obligation est de ne blesser personne. La responsabilité pour faute en dehors des contrats a donc des règles de preuve qui ne se rencontrent pas toujours à propos des conventions »<sup>13</sup>. Que l'obligation soit de résultat paraît bien un signe de son essence exclusivement contractuelle.

Somme toute, il semble qu'il faille distinguer deux types de faute contractuelle du point de vue du tiers : les unes s'assimilent naturellement à des quasi-délits à son égard, les autres lui imposent la démonstration d'un fait générateur propre à la responsabilité délictuelle. Reste, au-delà des indices livrés par la décision, à rechercher la clef de répartition de ces cas de figure.

## II – La faute contractuelle entre ordre et désordre

L'apparent disparate des décisions ne doit pas dissuader d'en tenter la systématisation. La jurisprudence relative aux conséquences de la faute contractuelle à l'égard du tiers oscille cependant entre ordre et désordre<sup>14</sup>. La distinction sur laquelle elle paraît reposer peut s'énoncer simplement : l'inexécution d'obligations *exclusivement* contractuelles résiste inoxydablement à la qualification quasi délictuelle, tandis que les manquements aux obligations précisant ou recouvrant des devoirs légaux ou généraux semblent constituer, par eux-mêmes, des fautes délictuelles à l'endroit du tiers qui en subit les conséquences (A). Cet ordre n'est cependant qu'apparent et le désordre persiste, tant il est difficile d'admettre le principe même d'une telle distinction (B).

### A – L'ordre apparent

Les décisions ayant admis que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » ont cette particularité que l'obligation contractuelle inexécutée recouvre ou précise un devoir général. Quoique le comportement du

9. Comp. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, préc.

10. À moins, peut-être, que le vice atteste d'un défaut de sécurité et confine à attester d'un manquement à une obligation générale de prudence, comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 févr. 2009, n° 07-16.963.

11. J. Huet, Responsabilité contractuelle et délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, thèses, 1978, spéc. n° 299 et n° 672.

12. M. Bacache-Gibeili, La relativité des conventions et les groupes de contrats, préf. Y. Lequette, LGDJ 1996, n° 58, p. 55.

13. R. Demogue, Traité des obligations en général, t. V, Paris, Rousseau, 1925, n° 1237, p. 542.

14. Nous empruntons bien évidemment l'expression à l'ouvrage de M. van de Kerchove et F. Ost, Le système juridique entre ordre et désordre, PUF, 1994.



contractant eût sans doute pu être directement qualifié de quasi-délit à l'égard du tiers, tout se passe dans ces arrêts comme s'il s'agissait de fautes gigognes, où la faute délictuelle est contenue dans la faute contractuelle. Le comportement du bureau de contrôle qui ne procède pas aux vérifications de chantiers qui auraient permis d'identifier des désordres mettant en cause la pérennité d'un ouvrage ne peut-il par exemple être assimilé à une négligence ordinaire<sup>15</sup> ? L'attitude du propriétaire qui a laissé se dégrader son immeuble ne le rendrait-il pas responsable du dommage causé à un tiers sur le terrain de la responsabilité civile<sup>16</sup> ? La banque qui ne vérifie pas l'identité et le pouvoir de la personne à qui elle remet les formules de chèque ne manque-t-elle pas à ses devoirs légaux au-delà de l'obligation contractuelle qui la lie à son client<sup>17</sup> ? En fin de compte, l'identité de la faute délictuelle et contractuelle ne paraît ainsi admise que dans la mesure où le manquement contractuel est un quasi-délit qui s'ignore.

Les décisions se refusant à admettre l'identité des fautes sont relatives à l'inexécution d'obligations dont on peut considérer qu'elles relèvent exclusivement du « plus contractuel » : ces obligations ne recouvrent aucun devoir général ou légal ; le comportement du contractant ne saurait dans ce cas être – en lui-même – qualifié de manquement à un devoir général de prudence ou de diligence. En ce cas, l'assimilation des fautes paraît même impossible : elle conduirait à admettre un nouveau cas de responsabilité délictuelle sans faute des contractants fondé sur... la responsabilité civile pour faute de l'article 1240 du code civil ! À l'exception de la décision commentée, les arrêts dissonants sont relatifs à des défauts d'information. La première chambre civile n'a, par exemple, pas admis que la faute d'un agent immobilier n'ayant pas satisfait à son obligation d'information et de conseil à l'égard du vendeur constitue une faute quasi délictuelle à l'égard de la banque ayant financé l'achat<sup>18</sup>. La troisième chambre civile, dans un arrêt rendu en 2008, n'a pas voulu considérer que la non-transmission d'informations pertinentes au cocontractant constituait une faute délictuelle à l'égard du tiers<sup>19</sup>. La chambre commerciale a enfin approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que le tiers à une cession de titres n'était pas fondé à se prévaloir d'une violation « des stipulations contractuelles » de l'acte de cession consistant à n'avoir pas révélé une information relative à la comptabilité du cédant<sup>20</sup>. Si l'obligation d'information déborde certainement le contrat, elle n'en demeure pas moins essentiellement liée à la conclusion ou à l'exécution de la convention ainsi qu'à la situation particulière des parties<sup>21</sup>. On relèvera du reste incidemment que le transfert de l'information constitue une obligation de résultat. En toute occurrence, dès lors qu'il n'existe aucun devoir général d'informer les tiers, on peut s'expliquer que la jurisprudence soit rétive à admettre que le manquement à une obligation d'information liée au contrat suffise à caractériser un quasi-délit à l'égard du tiers.

À supposer que cette lecture soit la bonne, il faut bien admettre que les considérations mises en œuvre n'apparaissent guère faciles à manier. Les obligations « exclusivement » contractuelles se distinguent mal, tandis que les devoirs généraux se multiplient et se contractualisent parfois. Au point qu'il est permis de douter de la pertinence des principes mêmes sur lesquels repose la jurisprudence.

## B – Le désordre persistant

L'identification des fautes contractuelle et délictuelle n'est pas naturelle. L'invocation incantatoire de la responsabilité délictuelle n'y change rien : admettre qu'un tiers puisse obtenir la réparation des conséquences d'une faute contractuelle, c'est lui permettre indirectement de réclamer une exécution du contrat. On peut sans doute se satisfaire à cet égard de ce que certaines décisions, à l'instar de l'arrêt commenté, refusent l'amalgame des fautes contractuelle et délictuelle. La jurisprudence demeure néanmoins sibylline, les arrêts exagérément taiseux et la sécurité juridique incertaine. Ne serait-il pas plus simple d'exiger, comme le fait le Conseil d'État<sup>22</sup> et comme

15. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 oct. 2016, préc.

16. Comp. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, préc., « qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par les manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision ».

17. Com. 29 nov. 2016, n° 15-13.919.

18. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, préc.

19. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.583, préc.

20. Com. 18 janv. 2017, préc.

21. Une décision récemment rendue paraît vouloir insister sur l'aspect contractuel de l'obligation d'information, en évoquant de manière insistante un manquement « aux engagements souscrits par eux [les cessionnaires] envers les cessionnaires », et en refusant au tiers de se prévaloir « d'une violation des stipulations contractuelles », Com. 18 janv. 2017, préc.

22. CE 11 juill. 2011, n° 339409, D. 2012. 653, note G. Viney ; AJDA 2011. 1404, et 1949, chron. X. Domin<sup>o</sup> ; RDI 2011. 508, obs. N. Foulquier ; AJCT 2011. 576, obs. A. Burel ; RFDA 2012. 692, note L. Janicot ; RDC 2012. 419, obs. G. Viney, « Les tiers à un contrat administratif ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat, à l'exception de ses clauses réglementaires. Dès lors, la qualité de tiers au contrat fait obstacle à ce qu'un requérant se prévale d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle ».



le faisait la Cour de cassation<sup>23</sup>, la preuve systématique par le tiers de ce que la faute contractuelle constitue également une faute délictuelle ? Ne vaudrait-il pas mieux distinguer tout à fait fautes contractuelle et délictuelle plutôt que d'admettre, au gré de circonstances variées et de conditions variables, qu'elles se confondent parfois. Le cap gagnerait à être clairement fixé. Il n'est d'ailleurs pas exclu que le législateur intervienne. Selon la proposition d'article 1234 issue du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, « lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs [de responsabilité extracontractuelle] »<sup>24</sup>. L'alinéa suivant précise toutefois que « le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage ». Le retour à l'orthodoxie pourrait ainsi avoir la lourde contrepartie d'une résurrection de l'incontrôlable notion de groupe de contrats ! Quoi qu'il en soit, mieux vaut d'ici là que le tiers ne se borne pas à invoquer la faute contractuelle d'une partie et qu'il s'attache à démontrer qu'elle constitue par ailleurs un quasi-délit à son endroit : ce qui va parfois sans dire ne va-t-il pas toujours mieux en le disant ?

**Mots clés :**

**CONTRAT D'ENTREPRISE** \* Responsabilité délictuelle \* Tiers \* Faute délictuelle \* Obligation de résultat de livrer un ouvrage conforme \* Dommage intermédiaire

---

23. Par ex. Com. 5 avr. 2005, n° 03-19.370, Bull. civ. IV, n° 81 ; D. 2005. 2836, obs. B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2005. 602, obs. P. Jourdain ; RDC 2005. 687, obs. D. Mazeaud.

24. Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).



# Thème 11

## Contrats pour autrui

### Plan du thème

#### Section 1 – LA REPRÉSENTATION

##### § 1. Constitution de la représentation

*A. Types de représentation*

*B. Objet de la représentation*

##### § 2. Effets de la représentation

*A. Effets entre le représentant et le tiers*

*B. Effets entre le représenté et le tiers*

#### Section 2 – LA STIPULATION POUR AUTRUI

##### § 1. Conditions

##### § 2. Effets

#### Section 3 – LA PROMESSE DE PORTE-FORT

##### § 1. Porte-fort dit de ratification

##### § 2. Porte-fort dit d'exécution

# Contrats pour autrui

## Introduction

1. Dans la conception individualiste du Code civil, on ne peut contracter que pour soi-même, sans pouvoir mettre à la charge d'autrui une obligation ou au profit d'autrui le bénéfice d'une obligation (nouv. art. 1203, anc. art. 1119). À ce principe il existe, dans le droit commun des contrats, trois exceptions. La première est la représentation dont une théorie générale fait son entrée dans le Code civil avec la réforme, phénomène certainement le plus notable (1). Les deux autres exceptions sont la stipulation pour autrui (2) et le porte-fort (3) que la réforme se contente de clarifier.

## Section 1 – LA REPRÉSENTATION

2. La réforme intègre pour la première fois des **dispositions générales** relatives à la représentation, à l'instar de plusieurs droits étrangers et de projets européens. L'ordonnance a fait le choix d'intégrer ces dispositions dans la section relative à la validité du contrat, aux côtés des dispositions sur la capacité (art. 1153 à 1161). La représentation peut en effet être appréhendée sous différents angles selon que l'on s'attache au consentement du représenté et à ses différentes formes ou au mécanisme dans sa globalité qui constitue une opération à trois personnes (représentant, représenté, tiers) ; ces choix n'ont évidemment aucun impact sur le contenu du régime qui sera présenté ici. L'ordonnance s'inspire très fortement du régime du mandat (C. civ., art. 1984 s.), qui devient désormais un régime particulier de représentation.

3. La représentation est le mécanisme par lequel une personne, le représentant, agit pour le compte d'une autre personne, le représenté, en vertu d'un pouvoir que cette dernière lui a conféré, afin de conclure un acte juridique avec un tiers contractant dans l'intention commune que cet acte produise ses effets dans le patrimoine du représenté. Elle peut se constituer de différentes manières (1) et produit des effets désormais clarifiés (2).

### § 1. Constitution de la représentation

#### A. Types de représentation

4. La représentation a trois sources (1153). Elle peut exister en vertu d'un pouvoir que lui confère la loi, c'est la représentation **légale** (cas des dirigeants sociaux représentant la personne morale ; du maire représentant la commune ; des parents représentant le mineur) ; soit en vertu d'une décision de justice, c'est la représentation **judiciaire** (cas des procédures collectives et de l'administrateur judiciaire) ; soit en vertu d'un contrat, c'est la représentation **conventionnelle** (cas de la procuration délivrer par ex. pour voter), dont l'exemple typique est le contrat de mandat (contrat spécial régi par le C. civ.).

5. Il existe deux types de représentation, une dite parfaite et l'autre imparfaite, que rappelle le nouvel article 1154. La représentation est dite **parfaite** lorsque le représentant agit **au nom et pour le compte** du représenté (celle du mandat). Dans ce cas le représentant est un intermédiaire juridiquement transparent et seul le représenté est engagé vis-à-vis des tiers avec lesquels contracte le représentant. La représentation est dite **imparfaite** lorsque le représentant agit **pour le compte du représenté mais en son nom propre**. Dans ce cas, le tiers ne sait pas qu'il existe un représenté puisque ce tiers contracte avec le représentant qui sera alors seul engagé envers le tiers (cas, par ex., du contrat de commission, c. com., art. L. 132-1).

#### B. Objet de la représentation

6. L'objet de la représentation est l'accomplissement d'actes juridiques qui sont nécessairement délimités par les pouvoirs qui sont conférés au représentant. Celui-ci, qu'il soit légal, judiciaire ou conventionnel, n'est fondé à agir que **dans la limite** de ces pouvoirs (art. 1153), et ils lui seront conférés selon la source de la représentation, c'est-à-dire par la loi, le juge ou le contrat conclu entre le représentant et le représenté



(et devant à ce titre remplir toutes les conditions de validité d'un contrat). L'étendue des pouvoirs n'est pas toujours précisée avec netteté, conduisant la loi à l'établissement de présomptions, tirées du régime du mandat (cf. art. 1987 et 1988). Ainsi, lorsque le pouvoir est défini en « **termes généraux** » (par ex. la mention selon laquelle telle personne peut accomplir tous les actes nécessaires à la vente d'un bien), il ne couvre « que les actes conservatoires et d'administration » (par ex. recherche d'acheteurs, établissement des actes). Le représentant ne peut accomplir des actes de disposition, comme la vente, que s'il en a reçu le pouvoir exprès (par ex. mention selon laquelle telle personne a le pouvoir de vendre tel bien). De même, lorsque le pouvoir est **spécial**, c'est-à-dire qu'il porte sur certains actes déterminés, le représentant ne peut accomplir que ces actes et leurs accessoires (art. 1155).

7. Ces pouvoirs conférés sont-ils **exclusifs** de ceux du représenté ? L'article 1159 y répond, sauf dispositions ou clauses contraires. Tout dépend de la source de la représentation : si elle est légale ou judiciaire, le représenté est dessaisi des pouvoirs transférés au représentant pendant la durée de la représentation, alors que si elle est conventionnelle le représenté reste libre d'exercer concurremment les pouvoirs conférés.

8. La réforme traite la question débattue du **conflit d'intérêts** que pourrait avoir le représentant avec le représenté. Celui-ci s'illustre dans **deux cas**. D'abord lorsque le représentant déciderait de représenter les deux parties à un même acte juridique (double représentation : le représentant représenterait aussi bien l'acheteur que le vendeur d'un même bien). Alors que la Cour de cassation l'avait admis dans le cadre d'un mandat (**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1998**, Bull. civ. I, n° 169, RTDciv. 1998. 927, obs. Gautier), l'article 1161 le prohibe, ce qui se comprend au regard du devoir de bonne foi qui pèse sur le représentant. La **loi de ratification** de l'ordonnance a limité cette interdiction à la seule représentation de personne physique et à la condition qu'existe une « opposition d'intérêts ». Le deuxième conflit possible se pose lorsque le représentant voudrait être le destinataire de l'acte qu'il est censé conclure pour le compte du représenté, ce que le nouvel article 1161 interdit, à l'instar du mandat (comp. art. 1596 al. 3). Ces interdictions conduisent à la nullité des actes qui seraient conclus, sauf autorisation spéciale de la loi ou du représenté (nouv. art. 1161 al. 2).



### Actualité

Le nouvel article 1161 du Code civil a attiré l'attention sur les hypothèses de contrat avec soi-même et de double-représentation. À ce titre, un arrêt du 9 mai 2018 est intéressant en ce qu'il porte sur la question du nombre de signatures exigées dans ce type d'hypothèse. Dans cet arrêt, la chambre commerciale considère que « *la double qualité en laquelle intervient le signataire d'un acte juridique, d'une part à titre personnel et, d'autre part, en qualité de représentant d'un tiers, (...) [n'impose] pas la nécessité d'une double signature comme condition de validité de cet acte* » (Com., 9 mai 2018, n° 16-28157, PB).

9. À l'image du mandat (cf. art. 2003), la représentation **prend fin** si le représentant « est atteint d'**incapacité** ou s'il est frappé d'une interdiction » (art. 1160), certainement en raison de la confiance qui fonde ce mécanisme et qui justifie le choix *intuitu personae* d'un représentant. Dans la mesure où un représentant n'accomplit pas nécessairement en son propre nom les actes juridiques (représentation parfaite), il n'a pas besoin, au moment de la constitution de la représentation, de disposer de sa pleine capacité (par ex., dans le cadre d'un mandat, il suffit que le mandant ait la capacité de conclure le mandat qui est un acte d'administration, cf. art. 1990).

## § 2. Effets de la représentation

### A. Effets entre le représentant et le tiers

10. Ses effets sont **conditionnés par le type de représentation** : si la représentation est parfaite, il n'existe aucun lien contractuel entre le représentant et le tiers, alors que si elle imparfaite il en existe un par l'acte juridique que le représentant a conclu pour le compte du représenté mais en son nom personnel.



11. Encore faut-il que le représentant agisse dans le cadre de ses pouvoirs. Si le représentant **dépasse ses pouvoirs ou agit sans pouvoir**, et sauf ratification du représenté, **le tiers peut invoquer la nullité** de l'acte s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignorait le défaut de pouvoir du représentant (art. 1156 al. 2 et 3). Cette position n'est pas conforme à la jurisprudence antérieure à la réforme qui refusait au tiers d'invoquer la nullité au motif qu'il s'agissait d'une nullité relative à la seule disposition du représenté (encore dernièrement : **Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 2017**, n° 15-26.814, JCP 2017, doctr. 325, obs. Serinet : « La nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée »<sup>1</sup> ; Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juill. 2019, n° 18-16690, FD). Il peut également engager la responsabilité civile, délictuelle dans le cadre d'une représentation parfaite, du représentant, mais certainement également à la condition qu'il soit de bonne foi.

12. Afin de s'assurer de la réalité des pouvoirs du représentant, dans le cadre d'une représentation conventionnelle, la réforme introduit au bénéfice du tiers une **action interrogatoire** : avant de conclure, il peut « demander par **écrit** au représenté de lui confirmer, dans un **délai** qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ». Cet écrit doit, en outre, **mentionner** « qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte » (art. 1158). C'est là la 3<sup>e</sup> et dernière action interrogatoire introduite par la réforme afin de sécuriser juridiquement le contrat conclu par le biais d'un mécanisme de représentation.



### Actualité

Les actions (ou interpellations puisqu'il n'y a pas à proprement parlé d'action en justice) interrogatoires sont une grande nouveauté de la réforme qui en comporte trois : pacte de préférence (Thème 2, n° 33), nullité (cf. Thème 6 n° 15), et représentation. Malgré la précision du texte quant au processus à suivre, il est certain que la pratique fera naître de nombreuses questions à résoudre.

## B. Effets entre le représenté et le tiers

13. Là aussi il faut distinguer selon le type de représentation : dans le cadre d'une représentation parfaite, seul le représenté est engagé contractuellement vis-à-vis du tiers, alors qu'il ne l'est pas dans une représentation imparfaite. Lorsque le représenté est engagé, il ne l'est que **dans la limite des pouvoirs** conférés au représentant (art. 1153).

14. En cas de **détournement de pouvoirs**, c'est-à-dire que le représentant agit dans les limites de ses pouvoirs mais en les détournant de leur but, le représenté reste engagé mais il peut demander la **nullité** des actes accomplis à la condition que le tiers soit de **mauvaise foi**, c'est-à-dire qu'il « avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer » (art. 1157). C'est là une clarification de la réforme qui fait le choix de distinguer le régime du détournement de pouvoir de celui de l'absence de pouvoir, qu'il aurait été possible d'assimiler d'autant que la frontière peut parfois être mince.

15. Si le représentant agit **sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs**, le représenté n'est pas engagé vis-à-vis du tiers, sauf s'il décide de ratifier l'acte. L'acte lui est alors **inopposable** (art. 1156 al. 1). La réforme a décidé de sanctionner l'acte fait sans pouvoir ou en dépassement de pouvoir par l'inopposabilité et non la nullité « 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'action conclue ou de le ratifier » (Rapport au Président de la République). Elle dissipe ainsi une incertitude jurisprudentielle qui oscillait entre nullité et inopposabilité.

16. Même dans le cas d'un acte fait sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs du représentant, le représenté peut être engagé au titre de l'apparence de pouvoir (art. 1156 al. 1). Conformément à une jurisprudence désormais classique en matière de mandat (**Ass. plén., 13 déc. 1962**, GAJC Tome 2,

1. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2009, n° 08-15413, CCC 2009, comm. 260. Eg. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, RTDciv. 2016. 105, obs. H. Barbier.





n° 282 ; D. 1963. 277 note Calais-Auloy, JCP 1963. II. 13105 note Esmein, RTDciv. 1963. 572 obs. Cornu, RTDcom. 1963. 333 obs. Houin), la réforme retient l'engagement du représenté « si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ». Le comportement du représenté ne doit être ici pris qu'à titre de simple exemple sans sous-entendre une quelconque faute de sa part qui serait nécessaire à la reconnaissance de l'apparence ; c'est précisément pour supprimer toute preuve de faute du représenté qu'est intervenu l'arrêt d'assemblée plénière de 1962 en n'exigeant que la preuve d'une croyance légitime, manifestée à travers les circonstances de la conclusion de l'acte.



### Mémo

La représentation est une opération juridique à trois personnes par laquelle un représentant accomplit des actes juridiques avec un tiers pour le compte d'un représenté.

La **réforme** innove en intégrant des dispositions générales sur la représentation qui ont vocation à devenir son droit commun. Ces dispositions sont très inspirées du régime du contrat de **mandat** qui en devient un régime particulier.

La représentation peut être **légale, judiciaire ou conventionnelle**.

Elle peut être **imparfaite ou parfaite** selon que le représentant agit ou non en son propre nom, en plus d'agir pour le compte du représenté.

La réforme innove en déterminant le domaine de **dessaisissement** du représenté et en interdisant certains actes qui placeraient le représentant dans une situation de conflit d'intérêts avec le représenté (**double représentation** et en se portant **contrepartie**).

Les **limites des pouvoirs** conférés au représenté déterminent les actes qu'il est en droit d'accomplir avec les conséquences qui en découlent à l'égard du représentant et du tiers.

La réforme innove en intégrant une **action interrogatoire** au bénéfice du tiers afin qu'il s'assure des pouvoirs du représentant. Elle se formalise par un écrit devant comporter certaines mentions obligatoires.

Dans le cadre d'une représentation parfaite, en cas de **détournement de pouvoir**, le représenté reste tenu à l'égard du tiers, mais le représenté peut demander la nullité de l'acte si le tiers est de mauvaise foi.

En cas **d'absence ou de dépassement de pouvoir**, le représenté n'est pas tenu à l'égard du tiers : les actes lui sont inopposables. Il ne peut exceptionnellement y être tenu que s'il les ratifie ou si le tiers a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant. Quant au tiers, il peut invoquer la nullité de l'acte s'il est de bonne foi.

## Section 2 – LA STIPULATION POUR AUTRUI

**17.** La stipulation pour autrui est un mécanisme original par lequel une personne, le promettant, s'engage auprès d'une autre, le stipulant, à exécuter une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire (anc. art. 1121, nouv. art. 1205). Alors que le Code civil de 1804 ne lui consacrait qu'un seul article au domaine limité, la réforme du droit des contrats a étoffé son régime en consacrant la jurisprudence.

### § 1. Conditions

**18.** Le contrat conclu entre le stipulant et le promettant doit remplir les conditions traditionnelles de tout acte juridique (art. 1128 C. civ).

**19.** La stipulation doit être faite au **profit d'un tiers** et non à sa charge. L'hypothèse classique est celle de l'assurance sur la vie : un stipulant (l'assuré) obtient du promettant (l'assureur), moyennant le versement d'une prime, qu'en cas de décès une certaine somme sera versée sous forme de capital ou de rente à un tiers désigné (Civ., 16 janv. 1888, *GAJC* tome II n° 171). Cette règle traditionnelle refusant la stipulation d'une obligation, issue des termes mêmes de l'ancien article 1121 comme du nouvel article 1205, avait connu un



inflexibilité depuis un arrêt de 1987, dont l'interprétation reste controversée (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1987<sup>2</sup>. Eg. Com, 13 avril 2010<sup>3</sup>). Le débat semble resté ouvert sans que la réforme ait véritablement tranché, ce qui laisse subsister les interrogations quant à un éventuel élargissement aux stipulations de contrat pour autrui que souhaitent certains auteurs<sup>4</sup> (la Cour de cassation a semblé admettre un cas nouveau de stipulation de contrat pour autrui avec l'assurance-groupe : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2008, n° 05-21.822, D. 2008. 1954 note Martin ; D. 2008. 2447 note Goldie-Génicon : « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, qui l'a agréé, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique* »).

**20.** La personne du **bénéficiaire** n'a pas à être déterminée dans la stipulation ; il suffit qu'elle soit **déterminable**, c'est-à-dire que le contrat précise les éléments permettant de la désigner lors de l'exécution de la promesse.

**21. L'acceptation du bénéficiaire** n'est pas nécessaire ; son droit naît par le seul contrat entre le stipulant et le promettant. L'acceptation présente cependant un intérêt notable puisqu'elle rend **irrévocable** la stipulation à son égard : le stipulant ne peut plus révoquer la stipulation ou désigner un autre bénéficiaire (art. 1206 al. 2 et 3). L'acceptation peut être expresse ou tacite et peut intervenir après le décès du stipulant ou du promettant (art. 1208).

**22. La révocation**, possible jusqu'à la réception de l'acceptation du bénéficiaire par le stipulant ou le promettant, ne peut être que celle du stipulant. Afin de protéger le tiers bénéficiaire, la réforme précise les conditions de cette révocation et notamment le délai pendant lequel les héritiers du stipulant peuvent y procéder (art. 1207 al. 1). Lorsque la révocation est faite par testament, elle prend effet au moment du décès, sinon au moment où le tiers bénéficiaire ou le promettant en a connaissance (nouv. art. 1207, al. 3 et 4).

## § 2. Effets

**23. Les rapports entre le stipulant et le promettant** sont soumis aux règles classiques du contrat, avec cette particularité que le promettant exécute son obligation au profit d'un tiers et non du cocontractant. L'inexécution de ses obligations par le promettant à l'égard du bénéficiaire autorise le stipulant à agir directement contre le promettant puisqu'il s'agit d'une inexécution du contrat les liant (art. 1209. Cf. ant. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1956, GAJC tome II, n° 172).

**24. Dans les rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire**, la stipulation confère au bénéficiaire un **droit direct** contre le promettant (art. 1206). Ainsi, le bénéficiaire peut exiger directement du promettant qu'il respecte son engagement, sans s'adresser au stipulant (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1956, GAJC tome II, n° 172). Mais comme son droit est dépendant du contrat conclu entre le stipulant et le promettant, le bénéficiaire peut se voir **opposer toutes les exceptions** tirées de ce contrat (nullité, résolution, exception d'inexécution ou compensation).

**25.** Enfin, le droit conféré par la stipulation entre **directement dans le patrimoine du bénéficiaire**, sans transiter par celui du stipulant. Le bénéficiaire échappe donc au concours éventuel avec les créanciers du stipulant (sauf fraude).



### Memo

La **stipulation pour autrui** permet à un tiers de bénéficier d'un droit né d'un contrat, conclu entre un promettant et un stipulant, duquel il n'est pas partie.

Elle crée, au profit du bénéficiaire, un **droit direct** contre le promettant, même si le stipulant conserve la possibilité d'exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire.

La **réforme** a clarifié et étoffé son régime tout en consacrant les apports jurisprudentiels : elle a notamment précisé le régime de la **révocation** du stipulant et de l'**acceptation** du bénéficiaire.

2. n° 85-11.769, Bull. civ. I, n° 343 ; D. 1989. Somm. 233 bos. Aubert, RTD civ. 1988. 532 obs. Mestre.

3. n° 09-13.712, D. 2010. 1208, ob. Delpech ; D. 2010/4 p. 1228 obs. Génicon.

4. Cf. Didier R. Martin, La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994. Chron. 145.



## Section 3 – LA PROMESSE DE PORTE-FORT

26. L'engagement de porte-fort est le contrat par lequel une **personne promet le fait d'un tiers** (art. 1204, anc. art. 1120). Le promettant, le porte-fort, promet donc à un bénéficiaire qu'un tiers (non partie à l'acte) accomplira un fait promis dans le contrat initial. Il s'agit d'une opération juridique à trois personnes, mais fondée sur la volonté de deux seules, le promettant et le bénéficiaire. Le porte-fort se porte ainsi garant de la réalisation du fait promis, mais par un tiers. Il existe aujourd'hui deux manières d'appréhender le porte-fort, une classique, et une moderne que la **réforme** s'est contentée de consacrer.

### § 1. Porte-fort dit de ratification

27. Classiquement, le porte-fort est présenté comme l'outil permettant à une personne qui n'a pas le pouvoir momentané de conclure un acte, de le conclure malgré tout en se portant fort de sa ratification. Ainsi, le représentant d'un incapable va conclure un acte pour lequel il aurait besoin d'une autorisation du conseil de famille, mais va se porter fort de sa ratification par l'incapable le jour où la cause d'incapacité aura cessé.

28. Le **promettant** s'est **engagé** à ce que le tiers ratifie le contrat conclu ; cet engagement lui est personnel et constitue une obligation de résultat (Soc., 3 mai 2012, n° 11-10501, *RDC*. 2012. 1205, obs. Deshayes, Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, n° 01-15926, *Bull. civ. I*, n° 43, *RTD civ.* 2005. 391, obs. Mestre et Fages, *CCC*. 2005. comm. 81, obs. Leveneur) qui est **autonome** (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *D.* 2015. 920 ; *RDC* 2015. 827, note Génicon ; *RTDciv.* 2015. 622, obs. H. Barbier ; *CCC* 2015, comm. 167, obs. Leveneur : « la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard ». Eg. **Com.**, 13 déc. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 256 ; *Defrénois* 2006. 414 obs. Savaux ; *JCP* 2006. II. 10021 note Simler ; *RTD civ.* 2006. 305, obs. Mestre et Fages). Si le tiers ratifie, le promettant est libéré. Si le tiers ne ratifie pas, le promettant engage sa responsabilité contractuelle envers le bénéficiaire (art. 1204 al. 2).



#### Actualité

« L'inexécution de la promesse de porte-fort ne peut être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages-intérêts ». Dès lors, la transaction qui contenait une promesse de porte-fort n'est pas susceptible de résolution en cas d'inexécution totale ou partielle de la promesse (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2018, n° 15-21244, *D.* actualité 29 mars 2018, obs. Pellier).

29. Le **tiers** n'est pas obligé de ratifier l'acte conclu par le promettant. C'est la raison pour laquelle la promesse de porte-fort n'est pas une vraie exception au fait qu'on promet pour soi-même. S'il ratifie, le tiers est alors censé s'être engagé rétroactivement depuis la conclusion du contrat de porte-fort (art. 1204 al. 3). S'il ne ratifie pas, il ne se passe rien à son égard.

### § 2. Porte-fort dit d'exécution

30. Plus récemment, la doctrine a proposé que le porte-fort puisse jouer un rôle de **sûreté** dans la mesure où les termes de l'ancien article 1120 étaient suffisamment généraux pour que la promesse du porte-fort porte sur **l'exécution d'une obligation**. Sans le dire expressément<sup>5</sup>, le nouvel article 1204 consacre ce type de porte-fort : en prévoyant à l'alinéa 3 le cas spécifique du porte-fort de ratification, le texte induit qu'il en existe d'autres. Dans ce cas, le promettant ne promet plus la conclusion d'un acte par un tiers (porte-fort ratification), mais promet que le tiers exécutera son obligation. Le porte-fort joue alors comme une sûreté : si le tiers ne remplit pas son obligation, le promettant n'aura pas respecté sa promesse et engagera lui-même sa propre responsabilité.

5. Voir le Rapport au Président de la République qui le reconnaît expressément, p. 23-24.



**31.** La Cour de cassation a récemment admis cette nouvelle fonction du porte-fort, en apportant une distinction importante quant au caractère **accessoire ou autonome** de l'obligation du porte-fort : alors que le porte-fort de ratification entraînerait une obligation autonome du promettant, le porte-fort d'exécution conduirait à une obligation accessoire à l'engagement du tiers (Com., 13 déc. 2005, *prec.* : « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même. »), assimilable alors au cautionnement. Cependant, si la dualité des fonctions du porte-fort ne semble plus discutée, le caractère accessoire ou autonome de l'obligation du porte-fort d'exécution donne lieu à une jurisprudence fluctuante. Alors que l'arrêt du 13 déc. 2005 a affirmé son caractère accessoire, un **revirement de jurisprudence**, déjà annoncé par un arrêt précédent (arrêt refusant l'application de l'art. 1326 au porte-fort d'exécution : Com., 18 juin 2013, n° 12-18.890, D. 2013. 2561, note Pelier ; RTD civ. 2013. 842, obs. Barbier, RTD civ. 2013. 653, obs. Crocq ; CCC 2013, comm. 203, obs. Leveneur ; RDC 2014. 66, note Barthez), semble avoir été opéré par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2014. (**Com., 1<sup>er</sup> avril 2014**, n° 13-10.629, D. 2014. 1185, note B. Dondero, D. 2014. 1610 obs. P. Crocq, JCP 2014. 752, note Y. Dagonne-Labbé ; CCC 2014. Comm. 150, obs. L. Leveneur ; RDC 2014. 347 note Genicon, 625, note J. Klein : « le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis »).



#### Mémo

La **promesse de porte-fort**, par laquelle un promettant promet à son cocontractant le fait d'un tiers, connaît désormais deux figures principales, développées par la jurisprudence et consacrées par la réforme.

Le porte-fort dit de ratification, figure classique, qui permet à un tiers de devenir partie à un contrat conclu entre un promettant et un bénéficiaire, aux lieu et place du promettant, s'il le ratifie.

Le porte-fort dit d'exécution est une figure moderne permettant au promettant de garantir au bénéficiaire l'exécution par le tiers de son obligation.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### *Représentation*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1998**, Bull. civ. I, n° 169, RTDciv. 1998. 927, obs. Gautier ; **Ass. plén., 13 déc. 1962**, GAJC Tome 2, n° 282, D. 1963. 277 note Calais-Auloy, JCP 1963. II. 13105 note Esmein, RTDciv. 1963. 572 obs. Cornu, RTDcom. 1963. 333 obs. Houin.

### *Stipulation pour autrui*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1987**, n° 85-11.769, Bull. civ. I, n° 343 ; D. 1989. Somm. 233 bos. Aubert, RTD civ. 1988. 532 obs. Mestre ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2008**, n° 05-21.822, D. 2008. 1954 note Martin ; D. 2008. 2447 note Goldie-Génicon ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1956**, GAJC tome II, n° 172.

### *Porte-fort*

**Com., 13 déc. 2005**, Bull. civ. IV, n° 256 ; Defrénois 2006. 414 obs. Savaux ; JCP 2006. II. 10021 note Simler ; RTD civ. 2006. 305, obs. Mestre et Fages ; **Com., 1<sup>er</sup> avril 2014**, n° 13-10.629, D. 2014. 1185, note B. Dondero, D. 2014. 1610 obs. P. Crocq, JCP 2014. 752, note Y. Dagonne-Labbé ; CCC 2014. Comm. 150, obs. L. Leveneur ; RDC 2014. 347 note Genicon, 625, note J. Klein.

## II. Pour aller plus loin

---

Rép. Civ. Dalloz, v° Porte-fort par C. Aubert de Vincelles.

DESHAYES O., Article 1204 du projet de réforme : la prohibition des contrats pour autrui, RDC 2015. 775.

MARTIN DIDIER R., La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994. Chron. 145.

MEKKI M., Réforme du droit des obligations : la représentation, JCP N 2016. *Actualités* 1255.

MORTIER R., Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du Code civil, *Dr. soc.* 2016. Étude 11.

NETTER E., Le porte-fort, contrat de couverture de risque, RLDC juill.-août 2014, n° 117, p. 30.

TRONGLET A., La révocation implicite du tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, *LPA* 29 août 2000 p. 4.

VENANDET G., La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire, *JCP* 1989. I. 3391.

WICKER G., Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil, *D.* 2016. 1942.

ZOLOMIAN M., Les « cautions, avals et garanties » à l'aune de la réforme des contrats, *D.* 2017. 175.

## III. Aperçu des publications récentes

---

COURET A., L'article 1161 du code civil victime du lobbyisme : un mauvais procès, *D.* 2018. 20

LUCAS-PUGET A.-S., L'action interrogatoire de l'article 1158 sur les pouvoirs du représentant, *CCC* 2017, form. 7

MOLIÈRE A., Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut !, *D.* 2017. 1547

RIÉRA A., Le porte-fort et le droit des suretés, *AJ Contrat* 2017, p. 262

TADROS A., La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit commun des contrats, *D.* 2017. 1662





## Sous-partie 2

# Quasi-contrats





# Thème 12

## Quasi-contrats

### Plan du thème

#### Section 1 – LES QUASI-CONTRATS DU CODE CIVIL

##### Sous-section 1 – Gestion d'affaire

###### § 1. Conditions

###### § 2. Effets

*A. Obligations du gérant*

*B. Obligations du maître*

*C. Effets à l'égard des tiers*

##### Sous-section 2 – Paiement de l'indu

###### § 1. Conditions

*A. Absence de dette, condition générale*

*B. Comportement du payeur*

1) Erreur du payeur, condition propre à l'indu subjectif

2) Faute du payeur

###### § 2. Effets

##### Sous-section 3 – Enrichissement injustifié

###### § 1. Conditions

*A. Conditions d'ordre économique ou matériel*

1) Enrichissement du défendeur

2) Appauvrissement du demandeur

3) Corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement

***B. Conditions d'ordre juridique***

**1) Le caractère injustifié**

**2) Caractère subsidiaire**

**§ 2. Effets**

**Section 2 – LES AUTRES QUASI-CONTRATS**



# Quasi-contrats

## Introduction

1. Les quasi-contrats sont une catégorie intermédiaire entre les délits et les contrats dont la **réforme** précise la définition tout en consacrant les avancées jurisprudentielles. Ce sont des faits purement volontaires « dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ». On comprend de la nouvelle rédaction de l'alinéa 2 du nouvel article 1300 que les types de quasi-contrats dont il est traité dans le Code civil (1) ne sont pas exclusifs et que la catégorie reste ouverte (2).

## Section 1 – LES QUASI-CONTRATS DU CODE CIVIL

2. Le nouvel article 1300 présente **trois quasi-contrats** dont le régime est prévu par le Code civil. Deux d'entre eux étaient déjà présents en 1804, la gestion d'affaire (1) et le paiement de l'indu (2), mais le troisième, l'enrichissement injustifié, est la consécration légale de l'enrichissement sans cause créé par la jurisprudence (3).

### Sous-section 1 – Gestion d'affaire

3. Alors que les quasi-contrats bénéficient d'une définition générale au nouvel article 1300, le Code civil n'en avait prévu que deux, la gestion d'affaire et le paiement de l'indu. La gestion d'affaire recouvre l'hypothèse d'une personne, le gérant d'affaire, qui agit pour le compte d'autrui, le maître de l'affaire, sans avoir reçu mandat de le faire ; elle va donc rendre un service à autrui en gérant ses affaires, sans qu'on l'ait sollicité (sinon il y aurait contrat). La loi soumet ces deux personnes à certaines obligations, et celles-ci prennent leur source moins dans la volonté des géré et gérant que dans **l'existence d'une gestion utile**.

### § 1. Conditions

4. Le nouvel article 1301 consacre les trois conditions de la gestion d'affaire dégagées par la jurisprudence. Il doit d'abord s'agir d'un acte **volontaire** de la part du gérant (donc s'il agit de manière involontaire, en rendant service malgré lui, il n'y a pas gestion d'affaire).

5. Le gérant doit également vouloir **agir dans l'intérêt du maître de l'affaire** (intention altruiste et désintéressée. *Cf.* Civ., 25 juin 1919, *GAJC* tome II n° 239) ; la gestion doit être **utile** pour le maître de l'affaire. Il ne doit donc pas agir pour son propre intérêt exclusif (mais compatibilité d'un intérêt personnel couplé d'un intérêt pour autrui, comme c'est le cas dans la gestion de l'indivision ou dans des relations de concubinage, *cf.* **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012**, n° 10-24512, *D.* 2012. 1592, note Gouëzel, *JCP* 2012. 362, note Casson. Désormais nouv. art. 1301-4). L'intérêt poursuivi peut également être général (ex. **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1988**, *aff. Cash and Cary*<sup>1</sup> : client d'un magasin intervenant dans le cadre d'un vol, des malfaiteurs partant avec la recette. Il les poursuit et est blessé dans cette poursuite et obtient la réparation de son préjudice par le magasin sur le fondement de la gestion d'affaire). L'utilité est aussi la limite permettant de refuser toute obligation pesant sur le maître pour des actes sans intérêt et inutile<sup>2</sup>. L'utilité s'apprécie au moment de l'accomplissement de l'acte, peu importe que l'acte n'ait produit aucun résultat favorable (acte d'assistance s'étant soldé par un échec. *cf.* le cas d'un sauvetage improvisé où le sauveteur s'est noyé et où la gestion d'affaire a été reconnue : **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010**, n° 08– 16.844, *JCP* 2010. 532, note A. Dumery).

1. *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 1989. 405 note Martin ; *JCP* 1989. II. 21217 ; *RTD civ.* 1988. 539 obs. Mestre.

2. Par ex. Com, 8 juin 1968, *Bull. civ. IV*, n° 180 : le propriétaire d'un véhicule l'avait confié à un garagiste « pour le réparer après un accident » et le garagiste décida de transformer le véhicule ; le client n'avait pas à payer ces transformations inutiles. Voir égal. *Civ. 1<sup>re</sup>*, 16 janv. 2007, n° 05-19.832, *Bull. civ. I*, n° 22, pour un généalogiste dont l'activité fut inutile.





## Actualité

Dans un arrêt du 15 mai 2019, la première chambre civile a décidé que « la gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire, est incompatible avec l'exécution d'une obligation contractuelle » (n° 18-15379, PB). En effet, lorsqu'un contractant exécute une obligation contractuelle, il se libère de sa dette et agit donc dans son intérêt.

6. Les actes accomplis par le gérant peuvent être de toute nature, matériels (Req, 28 févr. 1910, *aff. du bon samaritain*, GAJC tome II n° 238 : 2 cochers sont tombés sous les roues de la carriole qu'ils conduisaient et ont été pris en charge par un aubergiste qui les a soignés, nourris et logés, et qui demande ensuite d'être indemnisé des frais engagés sur le fondement de la gestion d'affaire), ou juridiques.

7. Le gérant doit, enfin, agir de manière **spontanée**, sans y être obligé ni par la loi ni par un contrat. Ainsi, la Cour de cassation a rappelé le principe selon lequel « la gestion d'affaires suppose que le gérant ait accompli pour le compte du maître un acte utile sans y être légalement ni contractuellement tenu » ; dès lors une personne A qui paie les factures d'une autre B qui est à l'étranger n'est pas un gérant d'affaires, si A avait préalablement convenu avec B ces règlements (**Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2009**, n° 08-18.331. À propos d'une aide apportée spontanément par le conseil régional des notaires à un office notarial : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mars 2012, n° 11-10616. En revanche il ne peut pas y avoir gestion d'affaires lorsqu'il y a exécution d'une obligation légale : Com., 13 janv. 2015, n° 13-11550, JCP 2015, 472, note Casson ; RDC 2015. 487, note Libchaber). Le maître de l'affaire ne doit pas avoir autorisé en amont l'acte du gérant et il ne doit pas non plus **s'être opposé** aux actes du gérant : s'il refuse que quelqu'un s'immisce dans ses affaires, il ne sera ensuite débiteur d'aucune obligation.

## § 2. Effets

### A. Obligations du gérant

8. Les obligations du gérant sont calquées sur celles du mandataire (art. 1301). Il doit **rendre des comptes** ; apporter à la gestion tous les soins **d'une personne raisonnable** (art. 1301-1) ; **continuer la gestion** et l'achever jusqu'à ce que le géré la reprenne (art. 1301-1) ; et se charger de toutes les **dépendances** de l'affaire.

9. Il est **responsable de toutes fautes**, même d'imprudence ou de négligence, même légère (art. 1992 al. 1), mais sa responsabilité est allégée en raison soit du caractère gratuit de sa gestion, soit des circonstances (art. 1301-1 al. 2).

### B. Obligations du maître

10. Le gérant ne doit subir aucune perte, ni tirer aucun profit de sa gestion, ce qui conduit le maître de l'affaire à trois obligations (art. 1301-2) : **rembourser** le gérant de toutes les **dépenses utiles ou nécessaires** que celui-ci a faites pour lui ; **respecter** tous les engagements personnels qu'il a pris ; **indemniser** le gérant des **dommages** subis par lui dans le cadre sa gestion (par ex. des dommages corporels éprouvés dans l'accomplissement d'un acte d'assistance ou de dévouement). Les sommes avancées par le gérant « portent intérêt du jour du paiement » (art. 1301-2 al. 3).



## Actualité

Quand bien même le gérant serait un professionnel et le maître d'affaire un consommateur, l'action en indemnité du gérant n'est pas soumise à la prescription biennale du Code de la consommation (anc. art L. 137-2 devenu L. 218-2) qui ne s'applique pas à la gestion d'affaires mais « *uniquement à l'action des professionnels pour les biens et services qu'ils fournissent contractuellement aux consommateurs* » : **Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2017**, n° 16-21247, CCC 2017, comm. 186, obs. Bernheim-Desvaux.



En outre, selon la première chambre civile, « *en cas de gestion d'affaires, l'article 1375 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'accorde au gérant que le remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, mais non le paiement d'une rémunération, quand bien même il aurait agi à l'occasion de sa profession* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2019, n° 18-16999, PB). Une telle solution a vocation à se maintenir sous l'empire du droit nouveau.

**11.** Il ne doit théoriquement pas recevoir d'indemnité du fait de sa gestion, car une telle rémunération irait à l'encontre de l'esprit de la gestion d'affaire qui est altruiste.

### C. Effets à l'égard des tiers

**12.** Une difficulté est de savoir ici si le maître est tenu des engagements que le gérant a pu prendre avec des tiers (le gérant a contracté avec d'autres dans l'intérêt du maître). Si le maître ratifie la gestion, alors elle « vaut mandat » (art. 1301-3), quand bien même toutes les conditions de la gestion d'affaire ne seraient pas réunies. À défaut de ratification, il faut distinguer selon que la gestion a été faite avec ou sans représentation.

- Si la gestion a été réalisée **avec représentation**, c'est-à-dire que le gérant a dit au tiers qu'il agissait au nom et pour le compte du maître (en sachant que le maître n'a pas donné son accord par hypothèse sinon il y aurait mandat) : on applique alors les principes ordinaires de la représentation parfaite, c'est-à-dire du mandat : seul le maître est tenu vis-à-vis du tiers et non le gérant.
- Si la gestion a été réalisée **sans représentation**, le gérant ayant agi en son nom personnel (représentation imparfaite), alors le gérant est seul en cause à l'égard des tiers et devra exécuter toutes les obligations. Il pourra se retourner ensuite contre le maître qui devra l'indemniser de tous ses engagements personnels.



#### Mémo

La gestion d'affaire, quasi-contrat légal, permet d'indemniser un tiers qui a géré les affaires d'autrui, sans aucun lien d'obligation légale ni contractuelle.

Pour avoir droit à une telle indemnisation, **plusieurs conditions** doivent être remplies :

- le gérant doit avoir agi **volontairement**, dans **l'intérêt d'autrui** et de manière **spontanée** ;
- le maître de l'affaire ne doit **ni l'avoir autorisé ni s'y être opposé** ;
- les actes accomplis, matériels ou juridiques, doivent être utiles pour le maître d'affaire.

Si la gestion d'affaires est établie, elle fait **naître des obligations** :

- le gérant est obligé comme un mandataire à l'égard du maître de l'affaire ;
- le maître de l'affaire doit indemniser le gérant de ses dépenses utiles et l'indemniser des dommages subis.

Le rapport entre les tiers et le maître de l'affaire, pour les actes juridiques accomplis par le gérant, est réglé selon l'existence ou non d'une représentation parfaite ; dans le premier cas le maître sera tenu comme un mandant, dans l'autre seul le gérant sera tenu.

## Sous-section 2 – Paiement de l'indu

**13.** La **réforme** reprend à droit constant le droit positif relatif à la répétition de l'indu désormais dénommée restitution de l'indu. À titre introductif, le nouvel article 1302 reprend l'ancien article 1235 relatif au paiement : « tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution », sauf les obligations naturelles volontairement acquittées (*cf.* également art. 1100 al. 2).



14. L'action en restitution de l'indu doit être exercée contre celui qui a été indûment payé (art. 1302-1, anc. art. 1376). Dès lors, conformément aux règles du mandat, en présence d'un **mandataire**, l'action « doit donc être exercée contre celui pour le compte duquel les fonds ont été indûment versés, qui en est le bénéficiaire, et non contre celui qui les a reçus en qualité de mandataire » (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2009, n° 08-20.083), rappelant que la restitution ne peut être demandée « à celui qui n'a rien reçu ou qui, ayant reçu pour le compte d'autrui, a transmis à son donneur d'ordres ce qu'il a reçu » (Com. 2 oct. 2007, *RTD com.* 2008. 161, obs. Legeais).

## § 1. Conditions

### A. Absence de dette, condition générale

15. Pour qu'il y ait restitution de l'indu, il faut qu'il y ait eu paiement alors qu'aucune obligation n'existait entre le payeur et le payé (art. 1302-1). Deux situations existent. La première situation est celle où le payeur a cru à l'existence d'une dette en réalité imaginaire. On parle **d'indu objectif** ou absolu (cas d'une dette éteinte ou qui n'a jamais existé). Dans ce cas, le paiement était sans cause aussi bien pour le payeur que le payé, il n'existe **ni dette ni créance** (par ex. le versement d'allocation, de pension de retraite, ou tout autre versement à une personne qui n'y a pas droit en réalité ; ou à l'inverse, une personne paye des cotisations sociales en croyant les devoir ; un emprunteur devenu invalide, et dont la dette envers la banque a été éteinte par le jeu d'une assurance, qui rembourse quand même son prêt, Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mai 2006<sup>3</sup>).

16. La deuxième situation est celle où une **créance existe** bien mais elle **n'a pas été payée entre les mains du bon créancier (indu subjectif)**, ce qui recouvre encore deux situations : soit c'est le payeur (*solvens*) qui est bien débiteur d'une dette mais qui a payé à un autre que le créancier (*accipiens*), le payeur était donc débiteur mais le payé n'était pas créancier ; soit, coté créancier, *l'accipiens* reçoit bien un paiement mais par une personne qui n'est pas son débiteur (*le solvens*, celui qui a payé, n'était pas débiteur ; il a donc payé la dette d'autrui ; art. 1302-2 ; anc. art. 1377).

### B. Comportement du payeur

#### 1) Erreur du payeur, condition propre à l'indu subjectif

17. Lorsque **l'indu est subjectif**, le *solvens* doit prouver, en plus de l'absence de dette, qu'il a commis une erreur, c'est-à-dire qu'il croyait être débiteur du payé (art. 1302-2, anc. art. 1377). Cette exigence complémentaire s'explique par le fait qu'il existe bien un rapport d'obligation mais avec un autre débiteur. Dès lors, ce paiement peut s'expliquer soit par le fait que le payeur gère les affaires d'autrui ou qu'il a voulu lui faire une donation indirecte, ce qui empêche l'application de la répétition de l'indu. Le nouvel article 1302-2, conformément à la jurisprudence antérieure, assimile l'erreur à l'hypothèse de contrainte.

18. Mais lorsque **l'indu est objectif**, la preuve de **l'erreur n'est plus nécessaire**. Pendant longtemps, le juge exigeait pour tous les types d'indu que le *solvens*, qui a payé et demande répétition, apporte la preuve d'une erreur de sa part (c'est-à-dire la preuve qu'il s'était cru débiteur du payé). En l'absence d'une telle preuve, on pouvait penser à une intention libérale de la part du *solvens*, hypothèse exclue s'il s'agit d'indu ; donc si le *solvens* ne pouvait pas prouver l'erreur de sa part, le juge présumait une intention libérale et donc refusait l'indu. Mais cette position a été critiquée dans la mesure où les hypothèses modernes d'indu sont souvent liées à des versements indus à des organismes sociaux ou des perceptions indues, pour lesquelles la preuve de l'erreur est difficile et improbable ; la preuve de l'erreur dans ces cas a été abandonnée en 1993 (**Ass. Plén., 2 avr. 1993**<sup>4</sup> ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 1998, *Bull. civ.* I, n° 18, Soc., 14 déc. 2004, *Bull. civ.* V, n° 332).

3. *Bull. civ.* I, n° 248, Bque et Droit sept-oct 2006 p. 47 note Bonneau.

4. n° 89-15490, *D.* 1994. Somm. 14 obs. Aubert.



## 2) Faute du payeur

19. Le problème est de savoir si le payé, *l'accipiens*, peut s'opposer à la restitution de la somme qui lui a été indûment versée, en invoquant la faute du payeur *solvens* : ainsi si celui-ci avait été plus diligent l'indu n'aurait pas été payé (tant pis pour le payeur). Pendant longtemps, la jurisprudence a fait dépendre la réponse du type d'indu : ainsi, la faute était indifférente pour l'indu objectif (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 fév. 1996, *Bull. civ. I*, n° 105, *RTD civ.* 1997. 428 obs. Mestre), mais pas pour l'indu subjectif (Com, 22 nov. 1977, *Bull. civ. IV*, n° 275). La **première chambre civile**<sup>5</sup> a adopté une **position générale**, sans distinction selon les types d'indu, en affirmant que la faute n'empêche pas la restitution mais peut conduire à des dommages-intérêts si la preuve d'un préjudice est apportée (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2010<sup>6</sup> : « l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire, le cas échéant, de la somme répétée, les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour *l'accipiens* de la faute commise par le *solvens* »).

20. La **réforme** a nuancé la position jurisprudentielle en permettant, indépendamment de toute responsabilité civile, la réduction directe (et non par compensation avec les dommages et intérêts) du montant de la restitution « si le paiement procède d'une faute » (art. 1302-3 al. 2).

## § 2. Effets

21. Le paiement de l'indu donne naissance à une **obligation de restitution**. La **réforme** unifie le régime des restitutions quelles qu'en soient les causes : nullité ou résolution d'un contrat, ou répétition de l'indu. Ainsi le nouvel article 1302-3 renvoie aux articles 1352 à 1352-9 relatifs aux restitutions au sein des dispositions sur le régime général de l'obligation (V. Support régime général). La seule particularité est la possibilité pour le juge de réduire le montant à restituer selon la faute du *solvens* (*cf. supra* n° 22).



### Mémo

Le paiement de l'indu est le deuxième quasi-contrat prévu par la loi, conférant une action en restitution au profit du payeur.

Le paiement indu suppose :

- un **paiement** ;
- une **absence totale de dette** entre le payeur et le payé ;
- une **absence d'erreur** de la part du payé, mais uniquement s'il est créancier d'un autre débiteur (**indu subjectif**).

Une fois le paiement indu prouvé, il ouvre droit à une **obligation de restitution**, son étendue pouvant varier selon la faute du *solvens*.

Le régime des restitutions est identique à celui de la nullité ou de la résolution du contrat, traité par la **réforme** au sein des dispositions relatives au régime général de l'obligation.

## Sous-section 3 – Enrichissement injustifié

22. L'enrichissement injustifié fait son entrée dans le Code civil par la **réforme** qui consacre, à droit constant, cette création jurisprudentielle datant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, fondée sur un principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui (**Req. 15 juin 1892**, *Boudier*, *GAJC* tome II n° 241 ; puis précisions avec **Civ., 2 mars 1915**, *GAJC* tome II n° 242). Du fait de l'abandon du concept de cause (*cf.* Thème 4 n° 33 s.), ce quasi-contrat est désormais rebaptisé enrichissement injustifié et non sans cause. Défini au nouvel article 1303, l'enrichissement injustifié, en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, oblige celui qui en bénéficie au détriment d'autrui à verser une indemnité à celui qui s'en trouve appauvri.

5. Et non la chambre commerciale qui pourrait conserver une position différente, conforme à sa jurisprudence de 1977.

6. n° 08-19.789 ; *D.* 2010. 864 note N. Dissaux. *JCP* 2010. 685 note Dagorne-Labbé.



## § 1. Conditions

### A. Conditions d'ordre économique ou matériel

#### 1) Enrichissement du défendeur

**23.** La jurisprudence entend la notion très largement : il s'agit de **tout avantage appréciable en argent**, soit un *gain positif* (accroissement de l'actif), soit une diminution du passif (extinction de dette), ou un *maintien de l'actif* lorsqu'il a évité une dépense. La bonne foi de l'enrichi n'est pas un obstacle à l'action (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2014, n° 12-29.304, RDC 2014. 622, note R. Libchaber).

#### Exemple

Ce type d'enrichissement est de plus en plus invoqué par des enfants qui, après avoir pris en charge leurs parents âgés, prétendent faire valoir contre la succession une créance d'enrichissement injustifié pour les frais évités (assistance d'une tierce personne, hébergement dans une maison de retraite...) Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1994<sup>7</sup> ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 1999 et 5 janv. 1999, *JCP*. I. 189 n° 3 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2001, *Bull. civ. I*, n° 9, *D.* 2 001. 2940).

#### 2) Appauvrissement du demandeur

**24.** L'appauvrissement du demandeur est le symétrique de l'enrichissement du défendeur. Il n'implique pas nécessairement une diminution de patrimoine ; s'est également appauvri l'individu qui a rendu un service, a fourni un travail sans rémunération.

#### Exemple

Ainsi, le généalogiste qui, en l'absence de tout contrat, révèle à un héritier l'existence d'une succession ouverte au profit de celui-ci, pourra être indemnisé de ses démarches par l'exercice de l'action *de in rem verso*.

Également nombreuses décisions pour la concubine qui, au cours de leur vie commune, a prêté à son concubin une collaboration d'ordre professionnel (par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 oct. 1996, *Bull. civ. I*, n° 357).

#### 3) Corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement

**25.** Il ne s'agit pas forcément d'un lien de causalité dans la mesure où souvent l'appauvrissement n'a pas directement causé l'enrichissement car un même fait les a déterminés. Il est alors suffisant de constater que le défendeur n'aurait pas été enrichi si le demandeur ne s'était pas appauvri : seul un lien de connexité suffit.

**26.** Cette corrélation peut être **directe** lorsqu'il n'y a pas de patrimoine interposé entre celui de l'appauvri et celui de l'enrichi (cas d'améliorations apportées par le demandeur à l'immeuble du défendeur, ou prestation de services non rémunérés). Elle peut être également **indirecte** lorsque le passage d'un patrimoine à un autre s'est fait en passant par le patrimoine d'un tiers (cas d'un frère et d'une sœur vivant ensemble, la sœur fait des achats à crédit nécessaires à la vie commune. Le frère est alors enrichi par l'intermédiaire de sa sœur).

### B. Conditions d'ordre juridique

#### 1) Le caractère injustifié

**27.** L'idée générale est que l'action *de in rem verso* ne doit pas perturber l'ordre juridique positif en permettant d'en contourner les règles ; pour s'appliquer, il faut donc que ni l'enrichissement ni

7. D. 1995. 623 note Tchendjou ; *Defrénois* 1994 art. 36100 obs. Delebecque ; *JCP* 1995. II. 22425 note Sériaux.





l'appauvrissement ne soit justifié<sup>8</sup> par une des sources d'obligations (contrat, délit, loi), il ne doit exister **aucun titre juridique, conventionnel ou légal** (par ex. : un prêteur qui, faute d'écrit, ne peut pas prouver l'existence du prêt : il ne peut pas exercer l'action *de in rem verso* contre l'emprunteur car l'enrichissement de l'emprunteur a été légitime, au regard des règles de preuve), susceptible d'expliquer et de justifier l'enrichissement (art. 1303-1).

**28.** La justification peut être **directe** par le biais d'un contrat entre l'enrichi et l'appauvri (contrat de franchise : **Com., 23 oct. 2012**, n° 11-21978 et 11-25175, *D.* 2012. 2862, note Dissaux ; donation ; vente avantageuse pour l'acheteur car prix très bas ; accord verbal, *cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 nov. 2009*, n° 08-16.497, *JCP* 2009. 561 note Dupont ; sommes dues au titre d'une pension alimentaire, *cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 2010*, n° 09-11.331), ou **indirecte** par le biais d'un contrat entre l'appauvri et un tiers.

### Exemple

Cas d'un enrichissement indirect justifié : un bien est en location et le locataire fait appel à un entrepreneur pour des travaux. Si l'entrepreneur n'est pas payé, il est appauvri. Peut-il s'adresser à l'enrichi qui est finalement le bailleur ? Il n'y a pas de contrat directement entre eux mais il y en a un par l'intermédiaire du locataire. Le juge refuse dans ce cas d'appliquer l'enrichissement sans cause car il y a une cause à l'appauvrissement qui est le contrat de location (par ex. *Civ. 3, 28 mai 1986, Bull. civ. III*, n° 83 : « l'enrichissement a une cause légitime quand il trouve sa source dans un acte juridique, même passé entre l'enrichi et un tiers »).

**29.** Si l'appauvrissement procède d'une **faute de l'appauvri**, on peut considérer que là est la justification de l'appauvrissement, ce qui permet au juge de modérer l'indemnisation (art. 1303-2). La réforme consacre ainsi la jurisprudence antérieure qui pouvait refuser l'exercice de l'action *de in rem verso* en cas de faute de l'appauvri (**Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2015**, n° 14-10075, *D.* 2015. 1084, note J. Lasserre Capdeville ; *RLDC* 2016 n° 134, note M. Tchendjou : « l'action *de in rem verso* ne peut aboutir lorsque l'appauvrissement est dû à la faute de l'appauvri »), tout en modulant en fonction de sa gravité (*Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1997*<sup>9</sup> ; *Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juill. 2004*, n° 01-03.608, *RTD civ.* 2005. 120 obs. Mestre et Fages ; *Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 2008*, n° 07-18.875, *D.* 2009. 1122 note Dagonne Labbe : « le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui »).

### Exemple

Cas d'une faute d'un garagiste qui réalise des travaux sur un véhicule en dehors du devis et qui n'ont donc pas été acceptés par le client (*Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mai 2005, Bull. civ. I*, n° 224, *CCC.* 2005 n° 164 obs. Leveneur), ou encore des frais d'entretien assumés par une grand-mère pour ses petits-enfants dont elle avait conservé la garde alors qu'elle avait été condamnée à les remettre à leur père.



### Actualité

« *Si le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui, l'action de in rem verso ne peut aboutir lorsque l'appauvrissement est dû à la faute lourde ou intentionnelle de l'appauvri* » : **Civ. 1<sup>re</sup>, 5 avril 2018**, n° 17-12595.

**30.** De même, conformément à la jurisprudence, si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un **profit personnel**, l'indemnisation n'est pas due (art. 1303-2).

8. Avant la réforme, on parlait d'absence de cause.

9. *Bull. civ. I*, n° 182 ; *JCP* 1998. II. 10102 note Viney.



## Exemple

La jurisprudence est fréquente en matière de **concubinage**, puisqu'aucune règle ne permet de déterminer le régime des biens. Après la séparation, il est fréquent que les concubins agissent l'un contre l'autre pour être indemnisés des frais et dépenses engagés dont l'autre a profité. Le juge refuse ou accepte, considérant qu'il y a ou non une cause à l'appauvrissement, selon les circonstances (pour un exemple : Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 2010, n° 08-13.400 : demande rejetée pour des paiements effectués par le concubin – capital restant dû sur l'emprunt contracté par la concubine pour acquérir son logement et paiement de la soulte due par celle-ci à son ex-mari – qui avaient pour cause le fait qu'il était logé dans le pavillon appartenant à cette dernière sans avoir à s'acquitter de loyer).



## À noter

2 arrêts rendus le même jour exposent des solutions inverses, pour des faits relativement identiques de travaux de rénovation de la maison de l'un financés par l'autre ; celui qui a financé exerce alors une action en enrichissement sans cause contre l'autre.

Cas où l'enrichissement est accepté : « *après avoir justement retenu qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées, une cour d'appel a estimé, par une appréciation souveraine, que les travaux litigieux réalisés et les frais exceptionnels engagés par un concubin dans l'immeuble appartenant à son ex-concubine excédaient, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont il avait profité pendant la période du concubinage, de sorte qu'il n'avait pas, sur ce point, agi dans une intention libérale. La cour d'appel a pu en déduire que l'enrichissement de la concubine et l'appauvrissement corrélatif de son ex-concubin étaient dépourvus de cause* », Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2008, n° 06-11.294, D. 2009. 140, note Lemouland.

Cas où l'enrichissement est refusé : « *Ayant souverainement constaté qu'un concubin avait, dans son intérêt personnel, financé les travaux de rénovation d'un immeuble acquis par son ex-concubine, avec l'intention de s'installer dans l'immeuble avec elle, une cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision le déboutant de sa demande en paiement d'une somme sur le fondement de l'enrichissement sans cause* », Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2008, n° 07-11.928, D. 2009. 140, note Lemouland.

## 2) Caractère subsidiaire

**31.** L'action en enrichissement injustifié n'est admise qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire à la condition **qu'aucune autre action ne soit possible** pour satisfaire le demandeur (nouv. art. 1303-3) ; le demandeur n'est admis à exercer cette action qu'autant « *qu'il ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* » (par ex. Com., 10 oct. 2000, Bull. civ. IV, n° 150, RTD civ. 2001. 591 obs. Mestre : cassation d'un arrêt ayant admis l'action fondée sur l'enrichissement sans cause alors que la banque disposait d'une action contre les cautions, dont il n'était pas établi qu'elles étaient insolvables. Civ., 2 mars 1915, GAJC tome II n° 242).

**32.** L'action *de in rem verso* n'est pas non plus possible si l'appauvri est privé d'une action légale en raison d'un obstacle de droit (art. 1303-3) : il serait anormal que, privé par la loi d'une action, il se retourne alors vers l'enrichissement sans cause (« *l'action de in rem verso ne pouvant être introduite pour suppléer à une autre action qui se heurte à un obstacle de droit* », Com, 16 mai 1995<sup>10</sup> ; Com., 2 nov. 2005, Bull. civ. IV, n° 216. Cf. plus récemment Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 2013, n° 12-17.612).

10. Bull. civ. IV, n° 149, RTD civ. 1996. 160 obs. Mestre.





### À noter

Cependant cette règle a subi quelques **infléchissements** ces dernières années. En 2008, la Cour de cassation a accepté l'action *de in rem verso* comme action subsidiaire alors que l'action principale tendait à prouver l'existence d'un mandat. Le demandeur n'ayant pas réussi à prouver l'existence du contrat a pu agir sur le terrain de l'action en enrichissement sans cause. **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2008**, n° 06-19.556, RDC. 2008. 1138 obs. Laithier : « *le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause, la cour d'appel a violé l'article 1371 du Code civil* ».

Mais, en 2009, la même chambre semble être revenue à sa solution plus traditionnelle en décidant que le demandeur qui n'apporte pas la preuve du contrat de prêt qui constitue l'unique fondement de son action principale en remboursement « ne peut être admis à pallier sa carence dans l'administration d'une telle preuve par l'exercice d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause ». **Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avril 2009**<sup>11</sup> ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 2011**, n° 09-13.966, CCC. 2011. com. 136 obs. Leveneur.

## § 2. Effets

**33.** Pour des raisons d'équité, l'appauvri est **indemnisé** selon la règle de la **double limite** : l'enrichi doit indemniser l'appauvri, mais l'indemnité ne peut excéder ni l'enrichissement du premier, ni l'appauvrissement du second. Elle est donc égale à la plus faible des deux sommes (règle du double plafond), ce que rappelle le nouvel article 1303.

**34.** Seule disposition en contrariété avec la jurisprudence, le nouvel article 1303-4 pose les **modalités d'évaluation de l'indemnisation** de l'appauvri selon la dette de valeur : 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 faite au jour du jugement. En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité est égale à la plus forte de ces deux valeurs.



### Mémo

L'enrichissement sans cause, devenu l'enrichissement injustifié, est consacré par la **réforme** dans le Code civil comme le troisième quasi-contrat.

Pour l'établir, plusieurs conditions sont nécessaires :

- un **enrichissement** du défendeur ;
- un **appauvrissement** corrélatif du demandeur ;
- l'**absence de justification** de l'un et de l'autre, c'est-à-dire que leur source ne doit être ni dans un contrat, ni dans une faute, ni dans la loi ;
- l'absence de toute autre action possible, c'est-à-dire que l'action *de in rem verso* doit être **subsidiaire**.

Une fois ces conditions réunies, l'action donne droit à une **indemnisation** de l'appauvri par l'enrichi, selon la règle de la **double limite** : l'indemnité ne peut excéder ni l'enrichissement ni l'appauvrissement.

## Section 2 – LES AUTRES QUASI-CONTRATS

**35.** La rédaction du nouvel article 1300 du Code civil, et notamment son alinéa 2, laisse clairement entendre que la catégorie des quasi-contrats est **ouverte**. D'autres peuvent donc exister, soit à l'initiative d'autres textes légaux soit de la jurisprudence. C'est d'ailleurs ainsi que le présentaient certains auteurs,

11. n° 08-10.742, D. 2009. 1088 ; RTD civ. 2009. 136 s., JCP 2009. 259 note Dagorne-Labbe.



bien avant la réforme, pour la théorie de l'apparence (Bénabent A., Les obligations, n° 500 s.), ou l'assistance bénévole (Hocquet-Berg S., Remarques sur la prétendue convention d'assistance, GP. 1996. Doctr. 32. Sur ce contrat, cf. dernièrement **Civ. 2<sup>e</sup>, 12 sept. 2013**, n° 12-23.530, RDC 2014. 16, note Genicon. Cf. également un contrat qualifié d'assistance bénévole bien que celui de prestation de service à titre gratuit aurait pu être préférable : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 oct. 2014, n° 13-20875, CCC 2015, comm. 2, obs. L. Leveneur).

**36.** Un exemple jurisprudentiel, que la réforme passe sous silence, mérite quelques développements dans la mesure où rien n'indique aujourd'hui qu'il ne perdurerait pas. Par deux arrêts rendus en **chambre mixte le 6 septembre 2002**, la Cour de cassation a rouvert la **liste** des quasi-contrats que l'on croyait close depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, avec la **création d'illusion d'un gain**. Cette nouvelle jurisprudence est née du fait des techniques utilisées par les sociétés de vente par correspondance qui, pour inciter à la vente, font faussement croire que les destinataires des courriers ont gagné une somme importante.

**37.** Pour lutter contre ces techniques déloyales, le juge a utilisé pendant plusieurs années, avant le quasi-contrat, tous les fondements classiques à sa disposition dans le but de donner corps à l'engagement du publicitaire : **l'engagement unilatéral**, bien qu'il ne soit pas une source reconnue d'obligation (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 150, D. 1996. 180 note Mouralis ; *RTD civ.* 1995. 887 obs. Mestre)<sup>12</sup>, la **responsabilité délictuelle** bien qu'il ne permette pas d'octroyer le gain faussement promis (Civ. 2<sup>e</sup>, 26 oct. 2000, *Bull. civ. II*, n° 148, *Deffrénois* 2 001. 693, note Savaux)<sup>13</sup>, et parfois le **contrat** bien que l'acceptation soit postérieure à la naissance de l'engagement (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 174 ; D. 2002. Somm. 1316 obs. Mazeaud)<sup>14</sup>.

**38.** Abandonnant ces fondements, la Cour de cassation a opéré un **revirement spectaculaire** par deux arrêts rendus en Chambre mixte en 2002 (**Mixte, 6 sept. 2002**, GAJC Tome 2, n° 244 ; D. 2002. 2963 Mazeaud ; *Deffrénois* 2002. 1608 obs. Savaux ; *JCP. E.* 2002. 1687 note Viney. Depuis : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 8 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2006<sup>15</sup> ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2 010<sup>16</sup> ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2015**, n° 13-27414, D. 2015. 733, RDC 2015. 861 note Libchaber), tous deux motivés par la même formule de principe, mais dont les applications sont inverses :

1<sup>er</sup> arrêt : la cour d'appel condamne la société à payer une somme à titre de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle. L'arrêt est cassé au visa de l'art. 1371 (moyen de pur droit relevé d'office) : « attendu que les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers », en statuant ainsi, « alors que l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer, la cour a violé le texte susvisé ».

12. Une personne reçoit un courrier lui disant que son nom avait été tiré au sort pour gagner la somme de 150 000 F et qu'il devait, pour valider son gain, renvoyer le bon. La société refuse le paiement car le bon ne permettait que de participer à un pré-tirage au sort. La somme faussement promise est néanmoins attribuée par la cour d'appel et la Cour de cassation rejette le pourvoi : « c'est par une interprétation souveraine et rendue nécessaire non seulement de l'attestation mais aussi de sa lettre d'accompagnement que la cour d'appel a retenu, de la part de la société Inter-Selection, l'engagement de payer à M. X... le prix en espèces représenté par la somme de 150 000 francs révélée au grattage et correspondant au numéro certifié gagnant qui lui avait été attribué ».

13. Un particulier reçoit un courrier mentionnant l'existence d'un tirage au sort déjà réalisé et présentant un certain nombre de lots gagnés en fonction de numéros attribués à différentes personnes dont le particulier. Il constate alors que son numéro a gagné une maison. Renvoyant son bon, il ne reçoit pas son lot et assigne en responsabilité la société. La cour d'appel considère qu'il n'y a pas faute puisqu'il était évident qu'il n'avait rien gagné. Cassation au visa de 1382 : « en statuant ainsi, après avoir indiqué que la lecture hâtive du document peut créer quelque équivoque en raison de la juxtaposition des deuxième et troisième paragraphes du texte de la lettre et qu'à des fins commerciales et publicitaires, la société a cherché à susciter chez ses correspondants l'espoir d'un gain, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ces constatations et n'a pas effectué de rapprochements avec le premier paragraphe de la lettre susvisée, ni recherché, comme elle y était invitée, l'incidence du numéro personnel attribué à M. Y... et de sa correspondance à un lot de la liste, a violé le texte susvisé ».

14. « sous couvert de griefs non fondés, de manque de base légale, de dénaturation et de violation de la loi, les deux moyens ne tendent qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation les appréciations des juges du second degré qui, hors toute dénaturation et contradiction de motifs, retenant la responsabilité contractuelle de la société MFD, ont procédé à l'analyse des documents de la cause rendue nécessaire par l'obscurité volontaire de leur libellé, d'où ils ont déduit que du fait de la rencontre des volontés, la société MDF était tenue par son engagement accepté par M. X... de payer à celui-ci les sommes promises ».

15. *Bull. civ. I*, n° 308, *JCP* 2007. I. 104 obs. Sauphanor-Brouillaud, CCC. 2006 n° 222 note Leveneur, RDC. 2006. 1115 obs. Fenouillet.

16. n° 08-16.159, *RTD civ.* 2010. 325 obs. Fages.



2<sup>e</sup> arrêt : la cour d'appel déboute le demandeur et le condamne à 1 franc de dommages-intérêts pour procédure abusive. Le pourvoi est rejeté, la cour d'appel a « souverainement relevé l'absence de préjudice du particulier » et a relevé que le particulier « avait cherché à tirer profit d'un pseudo-gain qu'il savait n'être pas le sien » ; son action était donc abusive.

**L'essentiel est la formule utilisée par la Cour de cassation dans son 1<sup>er</sup> arrêt, qui permet de déterminer les conditions pour que le publicitaire soit condamné à payer la somme faussement promise sur le fondement des quasi-contrats.** Le champ d'application de cette jurisprudence reste limité : il doit s'agir de l'organisation d'une loterie ; le fait purement volontaire doit être **l'annonce d'un gain sans mettre en évidence l'aléa** ; l'annonce doit être à **personne dénommée**.

**39. L'accueil fut plutôt mitigé** en doctrine, dans la mesure où ce nouveau quasi-contrat est très lié à une situation particulière et surtout n'est pas de même nature que les autres quasi-contrats. En effet, la philosophie qui sous-tend tous les quasi-contrats est la **licéité du fait volontaire** qui le distingue des délits ; ils sont des faits **profitables** à une personne qui se trouve, de ce fait, obligée envers quelqu'un d'autre (gestion de ses propres affaires ; indu reçu ; enrichissement injustifié perçu). Or ici il s'agit d'un **fait illicite**, raison pour laquelle la responsabilité était invoquée jusqu'à présent. C'est certainement en raison de ces critiques que la réforme a choisi de passer sous silence cette situation, laissant à la jurisprudence le soin de s'adapter en fonction des évolutions.



#### Mémo

Par deux arrêts rendus en chambre mixte le 6 sept. 2002, la Cour de cassation a ajouté un **nouveau quasi-contrat** à la liste existante : **la création de l'illusion d'un gain**.

La **réforme** le passe sous silence mais reconnaît implicitement la possibilité d'autres quasi-contrats dont la liste reste ouverte.

Pour obtenir l'exécution de l'obligation en laquelle on a cru, des conditions limitées doivent être établies, qui déterminent le champ très particulier d'application de cette nouvelle jurisprudence :

- il doit s'agir d'une **loterie** ;
- avec **l'annonce d'un gain** sans mettre en évidence un **aléa** ;
- à **personne dénommée**.



# Bibliographie sur ce thème

## I. Lectures incontournables (non reproduites)

---

### *Gestion d'affaire*

**Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012**, n° 10-24512, D. 2012. 1592, note Gouëzel, JCP 2012. 362, note Casson ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1988**, aff. Cash and Cary, Bull. civ. I, n° 25 ; D. 1989. 405 note Martin ; JCP 1989. II. 21217 ; RTD civ. 1988. 539 obs. Mestre.

### *Indu*

**Ass. Plén., 2 avr. 1993**, n° 89-15490, D. 1994. Somm. 14 obs. Aubert ; **Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2010**, n° 08-19.789 ; D. 2010. 864 note N. Dissaux. JCP 2010. 685 note Dagorne-Labbé.

### *Enrichissement injustifié*

**Civ., 2 mars 1915**, GAJC tome II n° 242.

### *Assistance bénévole*

**Civ. 2<sup>e</sup>, 12 sept. 2013**, n° 12-23.530, RDC 2014. 16, note Genicon.

### *Illusion de gain*

**Mixte, 6 sept. 2002**, GAJC Tome 2, n° 244 ; D. 2002. 2963 Mazeaud ; Defrénois 2002. 1608 obs. Savaux ; JCP. E. 2002. 1687 note Viney.

## II. Pour aller plus loin

---

### *Cf. ég. publications de l'année*

BAILLAT-DEVERS M., Loteries publicitaires : du vin nouveau dans des vieilles outres ?, RLDC 2015 n° 128.

BORGHETTI J.-S., Article 1300 : les quasi-contrats, RDC 2015. 792.

CHÉNEDÉ F., La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins ?, D. 2017. 71.

DEFRÉNOIS-SOULEAU I., La répétition de l'indu objectif, RTD civ. 1989. 243.

DESCHEEMAEKER E., Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français, RTD civ. 2013. 1.

DJOURDI, La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause, D. 2000. 609.

HOCQUET-BERG S., Remarques sur la prétendue convention d'assistance, Gaz. Pal. 1996. Doctr. 32.

HONORAT J., Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, RTD civ. 1969. 653.

KENNEFICK C., La faute de l'appauvri : comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié, RDC 2015. 961.

LECÈNE-MARÉNAUD M., Le rôle de la faute dans les quasi-contrats, RTD civ. 1994. 515.

LECOURT B., Les loteries publicitaires, la déception a-t-elle un prix ? JCP 1999. I. 155.

PERRUCHOT-TRIBOULET, L'indu à trois, RTD civ. 2003. 427.

SÉRIAUX A., L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance, Mélanges Cabrillac, 1999, p. 299.

TADROS A., Article 1302 du projet de réforme : paiement de l'indu, RDC 2015. 794.



# ANNEXE

## La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins ?

François Chénéde, Professeur à l'Université Lyon III – Jean Moulin

### L'essentiel

Faute de régime légal et de prévision contractuelle, les concubins sont contraints de recourir aux quasi-contrats pour obtenir la compensation des dépenses réalisées au profit de leur partenaire. L'étude du contentieux révèle toutefois que leurs chances de succès sont réduites : au cantonnement progressif de la société créée de fait s'ajoute l'admission aléatoire de l'enrichissement sans cause. La récente réforme du droit des quasi-contrats pourrait leur être d'un précieux secours. En consacrant la gestion d'affaires intéressée, et en la dotant d'un régime équilibré, l'ordonnance du 10 février 2016 semble leur offrir une voie d'indemnisation idoine.

C'est au moment de la séparation, à l'heure de faire les comptes, que les concubins ressentent l'absence et le manque d'un régime patrimonial équivalent à celui des époux ou des partenaires. Si l'attribution des biens n'entraîne aucune difficulté particulière (chacun repartira avec ses biens personnels et/ou sa quote-part de biens indivis), la correction des mouvements de valeurs intervenus entre leur patrimoine respectif est beaucoup plus délicate à assurer faute d'un mécanisme équivalent à celui des créances entre époux (art. 1479 c. civ.) ou partenaires (art. 515-7, dern. al., c. civ.).

Deux situations de fait alimentent l'essentiel du contentieux. La première est la collaboration du concubin à l'activité professionnelle de son partenaire. La seconde, de loin la plus fréquente, est la participation à l'acquisition ou à l'aménagement d'un immeuble appartenant à son concubin. Il est malheureusement – et naturellement – rare que les concubins organisent par avance cette intervention, en la qualifiant de relation de travail, d'apport, de service d'ami (ou d'amant), de donation ou encore de prêt. Faute d'avoir organisé l'avenir, les concubins sont contraints de traiter le passé. Faute de contrats, ils doivent se rabattre sur les quasi-contrats. Deux d'entre eux sont habituellement sollicités : l'enrichissement sans cause et, dans une moindre mesure, la société créée de fait<sup>1</sup>.

Moins fréquemment invoquée, la société créée de fait est également plus rarement admise. Dans un arrêt de principe, confirmé à diverses reprises, la Cour de cassation a solennellement affirmé que « la seule cohabitation, même prolongée, de personnes non mariées qui ont vécu en époux et se sont fait passer pour tels au regard du public, ne saurait donner naissance entre elles à une société »<sup>2</sup>. Plus récemment, la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont refusé d'admettre l'existence d'une société créée de fait en cas de participation à l'acquisition, à la construction ou à l'amélioration de l'immeuble appartenant à son concubin, en soulignant qu'il n'existait « aucun élément de nature à démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérente à la vie maritale »<sup>3</sup>, ou encore que « l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier »<sup>4</sup>. La voie de la société créée de fait demeure en revanche ouverte pour la collaboration à l'activité professionnelle de son concubin. La Cour de cassation rappelle néanmoins que le demandeur doit alors apporter la preuve, non seulement de son apport, c'est-à-dire de la réalité et de l'ampleur de l'activité déployée, mais également de l'« intention des

1. Souvent invoqués indifféremment ou de conserve par les plaideurs, ces deux quasi-contrats n'ont pourtant, ni le même objet, ni le même effet : tandis que l'enrichissement sans cause, quasi-contrat échange, assure la compensation d'une perte patrimoniale, la société créée de fait, quasi-contrat partage, permet la répartition d'une valeur commune. Sur cette distinction et son utilité, F. Chénéde, Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage, D. 2010. 718.

2. Com. 25 juill. 1949, JCP 1950. II. 5798, note D. Bastian. Pour la défense de la solution contraire, V. J. Carbonnier, Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, th., Bordeaux, 1933, p. 443 s.

3. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, n° 01-03.909, Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2004. 2928, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2005. 131, note F.-X. Lucas ; RTD civ. 2004. 487, obs. J. Hauser ; RTD com. 2004. 743, obs. C. Champaud et D. Danet.

4. Com. 20 janv. 2010, n° 08-13.200, Bull. civ. IV, n° 11 ; D. 2010. 323, 522, chron. N. Auroy, 718, chron. F. Chénéde, 2797, obs. E. Lamazerolles, et 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132, obs. S. Milleville ; Rev. sociétés 2010. 430, note B. Dondero ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; RTD com. 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet. V. déjà, 23 juin 2004, n° 01-10.106 et n° 01-14.275, Bull. civ. IV, n°s 134 et 135 ; D. 2004. 2969, obs. D. Vigneau ; Just. & cass. 2005. 352, rapp. B. Petit ; AJDI 2004. 659 ; AJ fam. 2004. 324, obs. F. Bicheron ; Rev. sociétés 2005. 131, note F.-X. Lucas ; RTD civ. 2004. 487, obs. J. Hauser ; RTD com. 2004. 740, obs. C. Champaud et D. Danet.



concubins de collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun »<sup>5</sup>. Faute d'un tel *affectio societatis*, l'action *de in rem verso* devient la seule voie d'indemnisation possible.

L'enrichissement sans cause est régulièrement invoqué dans les prétoires tant pour la collaboration à l'activité professionnelle<sup>6</sup> que pour la participation à l'acquisition ou à la rénovation de l'immeuble de son concubin<sup>7</sup>. L'étude du contentieux révèle toutefois que son admission est, non seulement imprévisible, des situations identiques pouvant donner lieu à des solutions différentes, mais également de plus en plus délicate. Par touches successives, la Cour de cassation a en effet posé différentes conditions qui sont autant d'obstacles au succès de l'action *de in rem verso*.

Il convient tout d'abord que l'activité déployée ou la participation financière dépasse la « simple entraide »<sup>8</sup> ou les « frais de la vie commune »<sup>9</sup>. Si les concubins, à la différence des époux et des partenaires (art. 214 et 515-4 c. civ.), ne sont pas légalement obligés de contribuer (en nature ou en argent) aux charges du ménage, la Cour de cassation considère, non sans raison, qu'ils y sont tout de même moralement tenus. On retrouve la figure classique de l'obligation naturelle, définie au nouvel article 1100 du code civil comme un « devoir de conscience envers autrui » : le concubin n'a pas l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune, mais, s'il s'en acquitte spontanément, il ne pourra en solliciter le remboursement. Longtemps implicite, cette « obligation naturelle de participation aux charges de ménage qu'implique une vie de couple » a été récemment officialisée par la Cour de cassation<sup>10</sup>.

Cette première condition remplie, ce premier obstacle franchi, il faut encore que l'appauvrissement consenti par le concubin ne soit pas causé, ou justifié pour reprendre la terminologie nouvelle (art. 1303 s. c. civ.). Or deux types de justification sont fréquemment opposés avec succès au concubin demandeur, notamment dans l'hypothèse du financement de l'acquisition ou de l'aménagement de l'immeuble appartenant à son partenaire. Les juges estiment, d'une part, que son appauvrissement peut être causé par la poursuite de son intérêt personnel, spécialement lorsque l'immeuble financé ou rénové assure son logement et/ou celui de ses enfants (communs ou propres)<sup>11</sup>. Ils considèrent également, d'autre part, que sa participation peut être justifiée par son intention libérale<sup>12</sup>, intention qui est d'ailleurs présumée, la Cour de cassation considérant qu'il appartient au concubin d'apporter la preuve de son absence<sup>13</sup>.

L'action *de in rem verso* s'inscrit donc aujourd'hui dans une logique du tout ou rien (admission ou rejet de l'indemnisation), dont l'issue apparaît plus souvent défavorable que favorable pour le concubin demandeur. La réglementation nouvelle de l'enrichissement injustifié ne devrait pas faire bouger ces lignes jurisprudentielles. Si le législateur a opportunément rénové les règles de calcul de l'indemnité due par l'enrichi<sup>14</sup>, il s'est contenté de consolider les conditions de l'enrichissement injustifié, en consacrant notamment les deux justifications habituellement opposées au concubin : l'intention libérale (art. 1303-1 c. civ.) et l'intérêt personnel (art. 1303-2).

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne laisse toutefois pas les concubins sans ressource. Le nouveau droit des quasi-contrats semble même leur offrir une voie d'indemnisation idoine : la gestion d'affaires intéressée.

Sans être totalement absente du contentieux<sup>15</sup>, la gestion d'affaires est rarement sollicitée pour la liquidation patrimoniale du concubinage<sup>16</sup>. La collaboration à l'activité professionnelle et la participation à l'acquisition ou à l'aménagement de l'immeuble semblent pourtant satisfaire chacune de ces conditions désormais synthétisées au nouvel article 1301 du code civil.

5. V., par ex., Com. 20 janv. 2010, n° 08-16.105, Bull. civ. IV, n° 15 ; D. 2010. 323, 718, chron. F. Chénéde, et 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132 ; Rev. sociétés 2010. 430, note B. Dondero ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; RTD com. 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet.

6. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 1969, Bull. civ. I, n° 187 ; 15 oct. 1996, n° 94-20.472, Bull. civ. I, n° 357 ; D. 1997. 177, obs. R. Libchaber ; RTD civ. 1997. 102, 636, obs. J. Hauser, et 657, obs. J. Mestre.

7. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2008, n° 06-11.294 et n° 07-11.928, Bull. civ. I, n°s 211 et 212 ; D. 2008. 2430, obs. I. Gallmeister, et 2009. 140, note J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2008. 431, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser.

8. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 2010, n° 08-13.400, Bull. civ. I, n° 14 ; D. 2010. 325, 718, chron. F. Chénéde, et 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132 ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser.

9. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2015, n° 14-11.039.

10. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 févr. 2016, n° 15-10.150.

11. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2008, n° 07-11.928, préc. ; 20 janv. 2010, n° 08-13.400, D. 2010. 325, 718, chron. F. Chénéde, et 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132 ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; 10 juill. 2014, n° 13-21.382, D. 2015. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; RTD civ. 2014. 863, obs. J. Hauser ; 5 mars 2015, n° 13-26.549 ; 18 mars 2015, n° 14-11.039.

12. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 2010, n° 08-13.400, D. 2010. 325, 718, chron. F. Chénéde, et 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132 ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser.

13. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2014, n° 13-20.442.

14. Alors que l'indemnité est désormais évaluée au jour de sa fixation, la règle dite de la « double limite » est quant à elle écartée en cas de mauvaise foi de l'enrichi (art. 1303-4 c. civ.). Sur ces innovations, V. F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, Hors-collection, 2016, n°s 34. 41 s.

15. V. Paris, 14 oct. 1997, Dr. fam. 1998, n° 19, note H. Lécuyer (financement de travaux d'entretien et d'investissement sur un immeuble appartenant à son concubin).

16. Sur le recours à la gestion d'affaires, V. H. Lécuyer, La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille, th., Paris II, 1993, n°s 48 s.





L'action du gérant doit d'abord être spontanée : il ne devait pas être tenu d'intervenir dans les affaires du géré. Cette condition est assurément remplie : le concubin n'est légalement tenu, ni de collaborer à l'activité professionnelle, ni de financer l'immeuble de son concubin. En revanche, comme pour l'enrichissement sans cause, cette intervention doit aller au-delà de la simple participation aux charges du ménage : l'obligation naturelle, comme l'obligation civile, prive la gestion de sa spontanéité.

L'intervention du gérant doit ensuite être utile. Conformément à la jurisprudence, ce n'est pas l'utilité finale, le profit retiré, mais l'utilité initiale de la gestion, c'est-à-dire son opportunité, qui est exigée par la loi. Cette condition paraît également satisfaite : la collaboration à l'activité professionnelle et la participation au financement de l'immeuble sont assurément utiles aux affaires du concubin.

L'immixtion du gérant doit enfin être consciente. Le nouvel article 1301 consacre là encore l'état de la jurisprudence : il n'est pas nécessaire que le gérant soit animé d'un esprit pur de tout égoïsme, il suffit qu'il ait géré « sciemment » l'affaire d'autrui, c'est-à-dire qu'il ne soit pas intervenu pour satisfaire son seul intérêt<sup>17</sup>.

L'article 1301-4, alinéa 1<sup>er</sup>, précise cette condition en rappelant que l'« intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires »<sup>18</sup>. Cette règle est essentielle pour les concubins, spécialement en cas de participation au financement de l'immeuble servant de logement au couple ou à la famille, car si l'intérêt personnel poursuivi par le concubin fait obstacle à l'admission de l'enrichissement injustifié (art. 1303-2 c. civ.), il n'interdit pas d'invoquer la gestion d'affaires, qui peut être partiellement intéressée (art. 1301-4 c. civ.)<sup>19</sup>.

L'article 1301-4, alinéa 2, vient utilement préciser le régime de cette gestion d'affaires d'intérêt commun, en disposant que « la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune ». Suggérée par l'avant-projet Catala (art. 1329), cette règle est extrêmement judicieuse. Théoriquement, elle traduit le passage d'un mécanisme commutatif, qui justifie la compensation des pertes subies (gestion d'affaires désintéressée, quasi-contrat échange), à un mécanisme distributif, qui commande leur répartition (gestion d'affaires intéressée, quasi-contrat partage). Pratiquement, elle évince la logique abrupte du tout ou rien, en permettant aux conseils et aux magistrats d'adopter une voie médiane – un juste milieu – entre la compensation intégrale des pertes, assurément excessive lorsque le concubin est intéressé, et le refus de toute indemnisation, sans doute injuste lorsque son partenaire en a également profité.

Il appartiendra aux concubins de justifier de la « proportion » de leurs intérêts dans l'affaire commune, en tenant compte, d'une part, de la contribution aux charges du ménage, qui ne donnera lieu à aucune compensation, et, d'autre part, de l'intérêt personnel poursuivi par le concubin, qui viendra diminuer son droit à indemnisation. Imaginons, à titre d'exemple, une participation financière de 100 pour la réhabilitation d'un immeuble servant de logement au couple ou à la famille. Le quart, soit 25, pourrait être justifié par l'obligation naturelle de contribuer aux charges du mariage. La moitié, soit 50, pourrait être compensée par l'hébergement prolongé du concubin et de ses enfants. Ce dernier pourrait encore prétendre à une indemnité au titre du quart restant. Ainsi serait rendu à chacun le sien.

Il appartient désormais aux praticiens de se saisir de ce nouvel instrument de justice qu'est la gestion d'affaires intéressée.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Réforme \* Quasi-contrat \* Gestion d'affaires intéressée \* Concubins

17. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, n° 89-20.258, Bull. civ. I, n° 167 ; RTD civ. 1992. 96, obs. J. Mestre.

18. V., par ex., Com. 16 nov. 1976, n° 74-13.681, Bull. civ. IV, n° 291 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012, n° 10-24.512, Bull. civ. I, n° 4 ; D. 2012. 1592, note A. Gouézel, 635, chron. C. Creton, et 2826, obs. I. Darret-Courgeon ; RTD civ. 2012. 115, obs. B. Fages, et 513, obs. J. Hauser.

19. En ce sens, V. H. Lécuyer, note préc.





PRÉPA DALLOZ

[www.prepa-dalloz.fr](http://www.prepa-dalloz.fr)

DALLOZ