



PRÉPA DALLOZ

**EXAMEN
DU CRFPA**

**SUPPORT
DE COURS**

2 0 2 1

**Droit des obligations –
Tome I**

9782993675328



Plan du support de révision

Partie 1 – Contrats et quasi-contrats

Sous-partie 1 – Contrats	11
Thème 1 – Introduction au droit des contrats	13
Section 1 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS	14
Section 2 – GÉNÉRALITÉS	16
§ 1. Notion de contrat	16
§ 2. Fondements du droit des contrats	18
§ 3. Sources du droit des contrats	23
Thème 2 – Processus de formation du contrat	90
Section 1 – CONCLUSION DU CONTRAT	92
§ 1. Processus classique : acceptation d’une offre	92
§ 2. Processus progressif : les phases préparatoires	95
§ 3. Processus particuliers : les contrats à distance	103
Section 2 – FORME DU CONTRAT	105
§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats	105
§ 2. Manifestations du formalisme	105
Thème 3 – Consentement	119
Section 1 – PROTECTION <i>A PRIORI</i>	121
§ 1. Obligation d’information	121
§ 2. Délais de réflexion et de rétractation	125
Section 2 – PROTECTION <i>A POSTERIORI</i>	126
§ 1. Existence du consentement	126
§ 2. Vices du consentement	127
Thème 4 – Contenu du contrat (1)	148
Section 1 – CONFORMITÉ À L’ORDRE PUBLIC	150
§ 1. Notions	150
§ 2. Mise en œuvre	151
Section 2 – L’OBJET : LES PRESTATIONS	155
§ 1. Existence de la prestation	155
§ 2. Détermination de la prestation	156
Section 3 – LA CONTREPARTIE	161
§ 1. Abandon de la notion de cause	161
§ 2. Exigence d’une contrepartie convenue	162
Thème 5 – Le contenu du contrat (2) : l’équilibre du contrat	173
Section 1 – LA LÉSION	174
§ 1. Principe d’indifférence	174
§ 2. Exceptions	174
Section 2 – LES CLAUSES DÉSÉQUILIBRANTES	176
§ 1. Droit commun : les clauses réputées non écrites	176
§ 2. Droit de la consommation : les clauses abusives entre professionnels et consommateurs	179
§ 3. Droit commercial : les obligations déséquilibrées entre professionnels	187



Thème 6 – Les sanctions de la formation du contrat	193
Section 1 – NULLITÉ	194
§ 1. Notion de nullité	194
§ 2. Régime de la nullité.....	196
Section 2 – CADUCITÉ	202
§ 1. La caducité en général	202
§ 2. La caducité dans le cadre d’ensembles contractuels.....	203
Thème 7 – L’exécution du contrat	223
Section 1 – LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT	225
§ 1. Contenu à exécuter	225
§ 2. Modification du contrat et changement de circonstances.....	230
Section 2 – DURÉE DU CONTRAT.....	233
§ 1. Rupture du contrat.....	234
§ 2. Prolongation du contrat	237
Section 3 – L’INTERPRÉTATION.....	239
§ 1. Objet de la recherche.....	239
§ 2. Contrôle	240
Thème 8 – Les sanctions de l’inexécution du contrat	243
Section 1 – DISPOSITIONS COMMUNES.....	245
§ 1. Choix des sanctions.....	245
§ 2. Force majeure	246
Section 2 – TYPOLOGIE DES SANCTIONS.....	249
Sous-section 1 – Exception d’inexécution.....	249
§ 1. Conditions	249
§ 2. Effets	250
Sous-section 2 – Exécution forcée	250
§ 1. Exécution forcée par le débiteur.....	250
§ 2. Exécution forcée par un tiers	252
Sous-section 3 – Réduction du prix.....	253
Sous-section 4 – Résolution du contrat.....	254
§ 1. Modes de résolution	254
§ 2. Effets de la résolution.....	258
Thème 9 – Responsabilité contractuelle	275
Section 1 – RESPONSABILITÉ LÉGALE	277
§ 1. Mise en jeu de la responsabilité	277
§ 2. Effets : la réparation.....	288
Section 2 – AMÉNAGEMENTS CONVENTIONNELS	290
§ 1. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité	290
§ 2. Clauses pénales.....	293
Thème 10 – Effet relatif du contrat	298
Section 1 – SIGNIFICATION.....	299
§ 1. Effet obligatoire à l’égard des parties.....	299
§ 2. Opposabilité aux tiers	299



Section 2 – CAS PARTICULIERS	302
§ 1. Simulation	302
§ 2. Groupe de contrats	303
§ 3. Cession de contrat.....	306
Thème 11 – Contrats pour autrui.....	319
Section 1 – LA REPRÉSENTATION	320
§ 1. Constitution de la représentation	320
§ 2. Effets de la représentation	322
Section 2 – LA STIPULATION POUR AUTRUI	323
§ 1. Conditions	323
§ 2. Effets	324
Section 3 – LA PROMESSE DE PORTE-FORT.....	325
§ 1. Porte-fort dit de ratification	325
§ 2. Porte-fort dit d’exécution.....	326
 Sous-partie 2 – Quasi-contrats	 329
Thème 12 – Quasi-contrats	331
Section 1 – LES QUASI-CONTRATS DU CODE CIVIL.....	333
Sous-section 1 – Gestion d’affaire.....	333
§ 1. Conditions	333
§ 2. Effets	334
Sous-section 2 – Paiement de l’indu	336
§ 1. Conditions	336
§ 2. Effets	337
Sous-section 3 – Enrichissement injustifié.....	338
§ 1. Conditions	338
§ 2. Effets	341
Section 2 – LES AUTRES QUASI-CONTRATS	342



Thème 1

Introduction au droit des contrats

Plan du thème

Section 1 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

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

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 »¹ et le projet dit « Terré »². 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 controverses³, le texte a été remanié, sans qu'il ait été rendu public. La Chancellerie a déposé un projet de loi en novembre 2013 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, par lequel elle demande l'habilitation pour réformer par ordonnance le droit commun des contrats et le régime de l'obligation issus du Code civil. Après de longues navettes entre un Sénat réticent et une Assemblée nationale favorable, la loi d'habilitation a finalement été adoptée le 16 février 2015 (loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures), après avoir été validée par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC). Début mars 2015,

1. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006

2. 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

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



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 2016⁴ 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 1804⁵.

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, qu'elles soient en appel ou en cassation (ordon., art. 9, al. 4)⁶. La connaissance du droit des contrats antérieur à cette réforme est donc encore nécessaire.

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

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

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





A noter

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^{er} octobre 2016 et les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* » (Civ. 1^{re}, 19 sept. 2018, n° 17-24347, PB).

– **À partir du 1^{er} 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^{er} oct. 2016, dans le sens donné par la loi de ratification).

– **À partir du 1^{er} 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^{er} du protocole n° 1 (CEDH, 2^e 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° 16-20.104⁷). 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^e, 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 ».

Section 2 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

7. 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

7. 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



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).

8. Un contrat est un **accord de volontés** impliquant la présence d'au moins deux personnes, ce qui le distingue des actes unilatéraux et des **engagements unilatéraux**. Ces derniers ne sont pas reconnus comme générant, par eux-mêmes, des obligations, la jurisprudence passant alors plutôt par la notion d'obligation naturelle qui se noie en obligation civile (V. dern. **Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 16-24533**, GP 9 janv. 2018, n° 1 p. 36 Houtcieff ; D. 2018. 371, obs. Mekki ; Civ. 1^{re}, 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^{re}, 10 sept. 2015**, n° 14-20498, D. 2015. 2361, note D. Mazeaud⁸ ; 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.

9. 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 »⁹. Cette nouvelle définition a des conséquences sur celle des clauses abusives (art. 1171 ; v. Thème n° 5)

8. Civ. 1^{re}, 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.



§ 2. Fondements du droit des contrats

10. 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.

A. Liberté contractuelle

11. 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 2013¹⁰. V. ég. Cons. const. 19 déc. 2000¹¹. 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^{re}, 6 mai 2010, n° 09-66.969, *D.* 2010. 1279, obs. Delpech ; *D.* 2010. 2413, note Helleringer ; *RTD civ.* 2010. 556, obs. Fages) ; et les adhérents potentiels d'une association sont, ensuite, libres d'adhérer ou de ne pas adhérer, un contrat ne pouvant ainsi obliger les contractants à adhérer à une association (ainsi, « la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue » : Civ. 1^{re}, 20 mai 2010, n° 09-65.045, *JCP* 2010. 925 note Planckeel ; *JCP* 2010. 983, obs. Mekki ; *RDC.* 2010. 1185 obs. Pérès). Enfin, la troisième manifestation de cette liberté est celle de **déterminer le contenu du contrat** c'est-à-dire des obligations auxquelles il va se soumettre (ainsi les parties sont libres de créer conventionnellement un droit réel démembré, au-delà de ceux prévus par la loi, comme un droit réel de jouissance spéciale conventionnel, confirmant ainsi l'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux : « il résulte des articles 544 et 1134 du Code civil que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, *JCP* 2012. 1400, note Testu ; *D.* 2013. 53, note d'Avout et Mallet-Bricout ; *JCP* 2013. 124, n° 2 obs. Mekki).

12. 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**. 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

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

11. 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.



intégrer les droits et libertés fondamentaux¹² qu'au regard de sa nouvelle jurisprudence intégrant le contrôle de proportionnalité (pour un arrêt très remarqué en droit de la famille mais dont le raisonnement est transversal : **Civ. 1^{re}, 10 juin 2015**, n° 14-20790 ; D. 2015. 2365, note Fulchiron ; RTDciv. 2015. 825, obs. Marguénaud).

13. 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^e siècle et surtout de l'après-guerre, nécessita l'établissement de correctifs, limitant les excès de la liberté contractuelle. La transformation des rapports contractuels a engendré des disparités profondes entre les contractants, certains disposant d'une puissance économique, d'un accès au savoir, à la connaissance juridique et technique, alors que d'autres en étaient démunis. Cette disparité s'est révélée entre professionnels et profanes, mais également entre professionnels qui peuvent, pour certains, être en situation de dépendance économique. Le droit du Code civil est apparu insuffisant pour protéger les contractants en situation de faiblesse. Leur volonté n'est libre qu'en apparence, et qui dit contractuel ne dit plus forcément juste ; dans les rapports inégaux, l'application de l'autonomie de la volonté conduit le fort à opprimer le faible. À la formule de Fouillée, on a opposé celle de Lacordaire : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit la loi qui affranchit ». Le **législateur** a réagi en renforçant le cadre contraignant, c'est-à-dire des règles impératives encadrant le contrat (par ex. législation sur les baux d'habitation ; sur le travail ; et souvent en dehors du Code civil par des règles spéciales (par ex. le droit de la consommation). Quant au **juge**, il a utilisé les outils classiques du Code civil pour les adapter à cette évolution (évolution du dol ; obligation d'information ; obligation de sécurité ; forçage du contrat ; évolution de la cause). On a parlé alors de « crise du contrat » : quel équilibre trouver entre le libéralisme excessif et le dirigisme contraignant ?



Actualité

Les pouvoirs du juge¹³ 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

14. 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). L'ordonnance finale place le principe de la force obligatoire du contrat 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.).

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

13. 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. Illustrant la **sécurité contractuelle**, cette disposition, hissée au rang de fondement, est une manière de rappeler l'importance de la parole donnée pour le droit français, c'est-à-dire la nécessité pour les parties d'exécuter le contrat selon les termes promis (« *pacta sunt servanda* »). Il revient donc au juge de faire respecter la volonté des parties exprimée par le contrat (pour un ex : Civ. 1^{re}, 3 mars 2011, n° 09-70.754, *JCP* 2011. 566 n° 14 obs. 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^e, 18 mars 2009**¹⁴.

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.

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

C. Bonne foi

17. 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. 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^e, 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.

18. 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

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



rencontre d'un accord où seraient pris en compte les intérêts de l'autre, à l'image d'une société¹⁵. Si le juge est plutôt réticent, il peut parfois reconnaître dans certains contrats de longue durée des liens de confiance justifiant un tel devoir.

19. 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

20. 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 **négo**ciation contractuelle, les parties doivent se comporter de bonne foi (Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n° 98-17494, *RJDA* 2000 n° 949 : « la loyauté doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle », cf. *infra* Thème 2, n° 16). Lors de la **form**ation 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^e, 27 mars 1991¹⁶).

21. Les applications les plus fréquentes sont en matière **d'exécution** du contrat (anc. art. 1134 al. 3). Ainsi, est de mauvaise foi le bailleur d'immeuble qui nie connaître l'existence d'une dette d'eau alors que celle-ci lui est fournie malgré l'omission d'émission de facture (Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996¹⁷). 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°s 37). Au-delà des clauses résolutoires, les illustrations sont également nombreuses : une clause de caducité contenue dans une promesse synallagmatique de vente doit être invoquée de bonne foi (Civ. 3^e, 4 nov. 2010, n° 09-69.777), une réclamation portant sur la régularisation de charges locatives « juridiquement recevable et exacte dans son calcul » mais « déloyale et brutale » est « constitutive d'une faute dans l'exécution du contrat » (Civ. 3^e, 21 mars 2012, n° 11-14.174), ou encore manque à ses « obligations d'information et d'exécution de bonne foi des conventions conclues avec des investisseurs » la société de conseil qui dissimule des informations déterminantes (**Com.**, **10 mars 2015**, n° 13-23.859 et 14-10.221, CCC 2015, comm. 38).

22. 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**¹⁸). 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

15. 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

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

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

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



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^{er} 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° 16-20741, inédit ; Civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° 15-22844, inédit ; Com. 8 nov. 2016, n° 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^e, 21 mars 2012 (n° 11-14174, RDC. 2012. 763, obs. Laithier ; *idem*. 806, obs. Deshayes) : après cinq ans, un bailleur demande à son preneur de régulariser les charges qui s'avèrent être de plus du triple de la somme provisionnée. Considérant que le bailleur, par une telle demande « juridiquement recevable et exacte dans son calcul », fait pour autant un usage « déloyal et brutal » de son droit, la Cour de cassation admet la responsabilité du bailleur pour faute dans l'exécution du contrat, entraînant des dommages-intérêts d'une valeur égale à la valeur de la créance du bailleur fautif. Par une telle allocation, on peut s'interroger sur la préservation de la substance du droit du créancier.

Com., 7 oct. 2014, n° 13-21086, JCP 2015, 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 ».

23. 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*. La jurisprudence donne parfois quelques exemples de l'introduction timide de cette notion en matière contractuelle, mais toujours sous couvert de bonne foi (Civ. 3^e, 28 janv. 2009¹⁹ : 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.

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.



2) Coopération

24. 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.).

25. 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**, Huard²⁰) et un mandant (**Com., 24 nov. 1998**²¹) 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^{re}, 16 mars 2004²²).

Illustration

L'obligation de loyauté, voire de coopération retenue en l'espèce, peut imposer de « négocier » 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

26. 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).

27. 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. Ainsi, **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

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 ; *Deffrénois* 1999. 371 obs. Mazeaud.

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



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.

28. 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**.

29. 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^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-20498, *D.* 2015. 2361, note D. Mazeaud.

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 ; *Deffrénois* 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 ; *Deffrénois* 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

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

PÉRÈS C., La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC*. 2010. 539.

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

SUDRE F., Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?, *JCP* 2017, doct. 289. Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, P. Rémy-Corlay et Fenouillet (dir), Dalloz, 2003.

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.



- DE FONTMICHEL M., Les nouvelles actions interrogatoires, *D.* 2016. 1665.
- 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.
- 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
- TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz 2009.
- VINEYF., 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>).



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^{er} 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^{er} : DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Le titre I^{er} modifie les dispositions relatives au livre III du Code civil. Il est composé de quatre articles.

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

L'article 2 est relatif aux sources des obligations et répond aux 1° 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^{er} modifie substantiellement le plan du livre III du Code civil en en modifiant les titres III, IV, et IV *bis*. Les titres I^{er} 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^{er} 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^e et 12^e 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^{er} : Le contrat

Le sous-titre I^{er} intitulé « Le contrat » se subdivise en quatre chapitres, relatifs aux dispositions liminaires (chapitre I^{er}), 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^{er} : Dispositions liminaires

Le chapitre I^{er}, 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^{er} du titre III du Code civil, intitulé « Dispositions préliminaires », afin de signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1^o 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 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^{er}) ; la sanction d'une rétractation de l'offre pendant ce délai par l'engagement de la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat (article 1116 alinéas 2 et 3). Cette disposition est discutée en doctrine, mais propose une solution claire qui mettra fin aux ambiguïtés de la jurisprudence, et qui résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat. En revanche, l'ordonnance prévoit une solution différente pour sanctionner la rupture de la promesse unilatérale (article 1124) : lorsque les volontés se sont rencontrées par la signature de la promesse, la force de l'engagement doit prévaloir. Les dispositions suivantes concernent l'acceptation : définition de l'acceptation et principe de sa libre rétractation tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant (article 1118) ; rappel du principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, et de ses exceptions (article 1120).

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

Ainsi, il est désormais affirmé que l'offre est caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur avant son acceptation, et ce en toute hypothèse, peu 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^{er} relatif au droit des personnes, qui n'est pas concerné par la présente réforme.

L'article 1145, qui rappelle le principe de capacité des personnes physiques (alinéa 1), a été complété par un nouveau texte sur la capacité des personnes morales (alinéa 2), afin de répondre aux demandes des milieux économiques. Les articles suivants reprennent l'essentiel du contenu des textes du Code civil sur la capacité et sur l'action en 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 éparses sur les diverses formes de la représentation (et en particulier le mandat, aux articles 1984 et suivants), sans en définir le cadre général.

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



du représentant, ce qui vise à assurer une plus grande sécurité juridique. L'article 1159 traite des effets de la représentation sur le représenté, en distinguant la représentation légale ou judiciaire, de la représentation conventionnelle. L'article 1160 évoque l'incapacité ou l'interdiction pouvant frapper le représentant. L'article 1161 clarifie enfin les règles applicables en cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers, conformément à ce qui est admis dans les projets européens.

Sous-section 3 : Le contenu du contrat

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

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

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

Les dispositions suivantes s'intéressent plus particulièrement au prix. Pour tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 (n° 91-15578, n° 91-15999, n° 91-19653 et n° 93-13688) sur la fixation du prix, il est précisé que dans les contrats-cadres, le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu, conformément à ce que permettent la plupart des 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 inséré une section nouvelle dédiée à la forme du contrat, découpée en deux sous-sections fixant des dispositions générales (Sous-section 1) puis les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique (Sous-section 2)

Sous-section 1 : Dispositions générales

Au sein des dispositions générales qui font l'objet de la sous-section 1, un premier article consacre le principe du consensualisme (article 1172 alinéa 1), principe que l'on retrouve dans les différents outils d'harmonisation européens, mais qui n'est pas formulé expressément dans le Code civil et ne ressort qu'*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 dénaturation de clauses claires et précises, par laquelle le juge refait le contrat en équité au prétexte de l'interpréter. Cette disposition rappelle l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties.

Chapitre IV : Les effets du contrat

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

Section 1 : Les effets du contrat entre les parties

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

Sous-section 1 : Force obligatoire

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

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

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

L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 6° de l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « la possibilité pour celles-ci



[les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. L'alinéa 1^{er} pose les conditions de ce nouveau dispositif : l'imprévision est subordonnée à un changement de circonstances « imprévisible », qui doit rendre l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie, et celle-ci ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque. Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat. L'alinéa 2 précise ensuite les conséquences d'un refus ou d'un échec des négociations : les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. 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^{er}, reprenant l'actuel article 1141, et étend cette règle aux immeubles dans son alinéa second.

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

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

Sous-section 1 : Dispositions générales

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

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



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

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

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

Le porte-fort est déjà prévu à l'actuel article 1120 du Code civil, mais l'article 1204 de l'ordonnance en clarifie le régime. L'alinéa 1^{er} en propose tout d'abord une définition ouverte, incluant aussi bien le « porte-fort de ratification » (c'est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le porte-fort dit « de conclusion » (lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclue un autre acte juridique), que le « porte-fort d'exécution » (c'est-à-dire lorsqu'il s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de « garantie »). L'alinéa 2 précise les effets du porte-fort : le promettant est libéré en cas d'exécution par le tiers du fait promis (le bénéficiaire pouvant lui réclamer réparation dans le cas contraire). Le dernier alinéa est propre au porte-fort de ratification : dans cette hypothèse l'acte conclu par le promettant (sans pouvoir) est rétroactivement validé par la ratification du tiers. Si le porte-fort ne portait que sur la conclusion d'un nouvel acte juridique ou l'exécution d'une obligation, l'exécution du fait promis par le tiers n'a pas à produire d'effet rétroactif.

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

Section 3 : La durée du contrat

La section 3 est consacrée à la durée du contrat. Cette section composée de six articles est une innovation de l'ordonnance répondant au 7° 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^{er} entérine dans son premier alinéa la règle de la prohibition des engagements perpétuels. Ce principe, consacré par la jurisprudence à partir de textes d'application spéciaux tels que l'article 1780 alinéa 1 (interdiction du louage de services à vie), l'article 1838 (interdiction de sociétés de plus de 99 ans), l'article 1709 (interdiction du bail perpétuel), l'article 1944 (interdiction du dépôt à durée illimitée), ou encore l'article 2003 (interdiction du mandat perpétuel), n'est pas affirmé actuellement à titre autonome par le Code civil. Il s'agit donc d'une codification du droit positif. Le second alinéa tire les conséquences de cette



interdiction, en offrant aux cocontractants (en pratique le contractant lésé) la possibilité de résoudre le contrat comme un contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire en ramenant les effets d'un engagement perpétuel à ceux d'un contrat à durée indéterminée.

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

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

Section 4 : La cession de contrat

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

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

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

Section 5 : L'inexécution du contrat

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

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



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

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

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

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

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

Sous-section 1 : L'exception d'inexécution

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

L'article 1219 définit l'exception d'inexécution comme la possibilité offerte à une partie de ne pas exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Le texte pose toutefois une condition importante : cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée. L'usage de mauvaise foi de l'exception d'inexécution par un créancier face 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^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21485) « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (civ. 28 octobre 2003, n° 01-03662).

Le texte proposé consacre cette faculté. La résolution unilatérale n'est cependant plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose en effet sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers. La sécurité juridique et la protection du débiteur ne sont pas sacrifiées pour autant à l'impératif économique puisque cette faculté est très encadrée. Ainsi, seul le créancier de l'obligation dont l'inexécution est « suffisamment grave » pourra s'en prévaloir. De plus, un formalisme protecteur est imposé, puisque la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable. En outre, l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale. Dans un souci de pragmatisme, et conformément à la jurisprudence, il réserve toutefois expressément le cas d'urgence, qui dispense le créancier de mettre en demeure son cocontractant. Enfin, le dernier alinéa du texte permet au débiteur de contester la résolution en saisissant le juge. Cette possibilité est conforme à la jurisprudence actuelle, selon laquelle la résolution unilatérale se fait aux « risques et périls » du créancier, condition reprise par le premier alinéa du texte. Il appartiendra alors au créancier de prouver la gravité de l'inexécution, en application de la condition posée à l'article 1224 de l'ordonnance. Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence.

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

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

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

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

Le deuxième alinéa indique le moment auquel la résolution prend effet, selon son mode opératoire : à la date prévue par les parties en cas de jeu de la clause résolutoire, à la date de la réception par le débiteur de la notification en cas de résolution unilatérale, et à la date fixée par le juge ou à défaut au jour de l'assignation en cas de résolution judiciaire. L'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions. Celles-ci sont en effet traitées au troisième alinéa, et n'ont lieu que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu, la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu. Lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif. De nombreux praticiens du droit y étant très



attachés, le terme de « résiliation », couramment utilisé en matière contractuelle, a été réintroduit, sans modifier la conception unitaire de l'ordonnance : le troisième alinéa précise désormais que lorsque la résolution ne donne pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu de contrepartie, elle est qualifiée de résiliation. La résiliation est donc simplement un cas déterminé de résolution aux contours clairement délimités par le texte, applicable tant aux contrats instantanés qu'aux contrats à exécution successive, et se caractérisant par son absence de restitution.

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

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

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

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

La sous-section 5 consacrée à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat est une reprise à droit constant de la section 4 du chapitre III de l'actuel titre III du Code civil, avec quelques ajustements formels. En effet, la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait 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^{er}, apparues inutiles, ni les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 al. 2 qui paraissent évidentes. Par ailleurs, les règles posées par les articles 1232 et 1233 relèvent du régime des obligations et non du droit des contrats. Le texte maintient la possibilité pour le juge de réviser à la hausse comme à la baisse le montant de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire, et ajoute deux nouveaux alinéas. L'alinéa 2 est complété par la reprise de l'actuel article 1231, et un nouvel alinéa 5 vient préciser que sauf inexécution définitive, le jeu de la clause pénale est soumis à une mise en demeure préalable. Seuls les alinéas 2 et 3 présentent un caractère impératif, les parties pouvant librement déroger au dernier.

L'article 1231-6 reprend les dispositions de l'actuel article 1153 mais en modernise et simplifie la formulation. Sont ainsi abandonnées les références aux règles particulières au commerce et au cautionnement, les conflits



étant désormais arrêtés selon la règle de conflit interne posée à l'article 1105 de l'ordonnance. Sont également abandonnées les précisions relatives à la forme et au contenu de la mise en demeure, qui trouvent désormais leur place dans la théorie générale des obligations à l'article 1344. Est en revanche rappelé expressément le caractère supplétif du texte.

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

Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle

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

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

Sous-titre III : Autres sources d'obligations

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

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

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

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

Chapitre I^{er} : La gestion d'affaires

Le chapitre I^{er} est consacré à la gestion d'affaires, dont le régime est décrit aux articles 1301 à 1301-5.

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

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

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

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



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

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

Chapitre II : Le paiement de l'indu

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

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

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

L'article 1302-2, reprenant à droit constant l'actuel article 1377, règle le second cas d'indu subjectif, c'est-à-dire lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont il n'est pas le débiteur, entre les mains du bon créancier, soit du fait d'une erreur, soit à cause d'une contrainte. Il s'inspire de la jurisprudence pour en préciser le régime : le droit à remboursement cesse si le créancier a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance, afin qu'il ne pâtisse pas d'une erreur dont il n'est pas responsable et qu'il puisse retrouver la situation dans laquelle il se trouvait avant le paiement. Le second alinéa du texte consacre la jurisprudence s'appuyant jusqu'alors sur l'enrichissement injustifié, pour reconnaître à celui qui a payé un droit d'action directe contre celui dont la dette a été acquittée par erreur.

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

Chapitre III : L'enrichissement injustifié

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

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

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

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

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



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

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

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

III. – L'article 3 de l'ordonnance introduit dans le Code civil un titre consacré au régime général des obligations. En effet, actuellement, le code ne lui consacre aucune partie. Il ne contient que des dispositions disséminées, de surcroît lacunaires, sur cette question d'une importance pratique considérable. L'ordonnance crée donc un titre IV qui traite en cinq chapitres des modalités de l'obligation, des opérations sur obligations, des actions ouvertes au créancier, de l'extinction des obligations, et des restitutions. Selon la même logique que celle retenue dans le titre II consacré aux contrats, le plan retenu permet ainsi de traduire au mieux les différentes phases de la vie des obligations : les aménagements dont elles peuvent faire l'objet depuis leur naissance ; la circulation ou les modifications auxquelles elles peuvent donner lieu ; leur protection qui en assurent l'effectivité au créancier ; l'extinction des obligations et enfin les restitutions qu'entraîne leur anéantissement.

Chapitre 1^{er} : Les modalités de l'obligation

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

Section 1 : L'obligation conditionnelle

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

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

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

Les articles 1304-2 et 1304-3 reprennent les règles du Code civil. Le premier traite de la nullité des obligations contractées sous une condition purement potestative de la part du débiteur, qu'il s'agisse d'une condition suspensive ou résolutoire. Le second considère la condition comme réputée accomplie (en cas de condition suspensive) ou défaillie (s'il s'agit d'une condition résolutoire), lorsque son accomplissement a été empêché (condition suspensive) ou provoqué (condition résolutoire) par la partie qui y avait intérêt. L'article 1304-4 consacre quant à lui la



règle jurisprudentielle selon laquelle la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée, peut y renoncer tant que celle-ci n'est pas accomplie. Il en résulte *a contrario* qu'une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive, ce qui met fin à la controverse doctrinale et aux incertitudes jurisprudentielles sur ce point. L'ordonnance privilégie ici une conception classique et objective de la condition : le contrat est automatiquement anéanti lorsque 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^{er} précise que le terme peut être exprès ou tacite. L'alinéa 2 prévoit, à défaut d'accord des parties sur le terme, la possibilité pour le juge de le fixer en tenant compte de la nature de l'obligation et de la situation des parties. Une telle intervention judiciaire, qui permet de maintenir le contrat, est déjà consacrée par la jurisprudence – en dehors même du contrat de prêt pour lequel elle est prévue aux articles 1900 et 1901 du Code civil.

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

Section 3 : L'obligation plurale

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

Sous-section 1 : La pluralité d'objets

Le Code civil ne régit actuellement que les obligations alternatives, par lesquelles le débiteur s'engage à fournir une prestation parmi plusieurs déterminées, à son choix ou au choix du créancier suivant les cas. Or deux autres types d'obligations à objet plural, connues depuis longtemps et dont le régime est désormais bien arrêté, doivent trouver leur place dans un Code civil rénové : l'obligation cumulative, qui a pour objet plusieurs prestations



également dues, et l'obligation facultative, qui ne comporte qu'une seule prestation due, mais dont le débiteur peut se libérer en fournissant une autre prestation, déterminée d'avance. Par ailleurs, les articles 1192 à 1195 du Code civil relatifs à l'obligation alternative sont inutilement longs et complexes et il est donc proposé une simplification de ces textes.

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

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

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

Sous-section 2 : La pluralité de sujets

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

L'article 1309 affirme en introduction le principe essentiel de division des obligations – dette ou créance – entre les parties initiales, comme entre les héritiers de chaque partie, et ce par parts égales conformément à une règle traditionnelle. Cette règle de division entre les successeurs s'applique d'ailleurs également aux obligations solidaires. Dans un souci de simplification du vocabulaire utilisé, il a été fait le choix de ne pas introduire dans le code l'expression doctrinale 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^{er}) et en fixe le champ d'application : créance présente ou future, déterminée ou déterminable, conformément à la jurisprudence (alinéa 2), puis rappelle le principe de la transmission des accessoires de la créance (alinéa 3). Conformément à la jurisprudence, l'alinéa 4 ne fait pas du consentement du débiteur une condition, mais il introduit une exception, lorsque la créance a été stipulée 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^{er} de l'article 1329 propose une définition de la novation, absente du Code civil, qui insiste sur ses caractéristiques : l'extinction d'une obligation et la naissance corrélative d'une obligation nouvelle. L'alinéa 2 énumère ensuite les trois modes classiques de la novation : par substitution de l'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur, ou par changement de créancier. L'ordonnance expose ensuite les conditions de la novation : le consentement tout d'abord, puisque la novation ne se présume pas (article 1330). Il n'est pas apparu utile de préciser que la preuve de l'intention de *nover* est néanmoins libre, ce qui relève du droit commun de la preuve. L'article 1331 rappelle ensuite la condition relative à la validité des obligations, ancienne et nouvelle. Est également reprise la règle du Code civil selon laquelle la novation par changement de débiteur ne requiert pas nécessairement l'intervention du débiteur initial (article 1332), ce qui la distingue de la cession de dette. Au contraire, la novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur et les conditions de son opposabilité aux tiers sont précisées, à l'instar de la cession de créance (article 1333). Les deux articles suivants présentent enfin les effets de la novation. L'article 1334 règle le sort des sûretés et autres accessoires de l'obligation éteinte par novation, de façon plus lisible que les dispositions actuelles du Code civil, parfois obscures. Enfin sont reprises dans un dernier article les dispositions du Code civil sur la libération des codébiteurs solidaires et des cautions, avec une précision par rapport au droit actuel sur la libération des cofidélusseurs, 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^{er}) ; 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 consignation 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^{er}) et en précise l'effet (alinéa 2) : la compensation éteint les obligations au jour où ses conditions sont réunies, à condition qu'elle ait été invoquée. Actuellement, un débat existe en effet : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semble l'exiger l'article 1290 du Code civil qui prévoit qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis que la jurisprudence exige, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée. La rédaction adoptée permet de mettre fin à ces incertitudes. L'ordonnance reprend ensuite les dispositions actuelles du Code civil, moyennant une simplification et parfois l'ajout de précisions. Il expose tout d'abord les conditions positives de la compensation, relatives aux qualités requises des obligations : caractère fongible (défini à cette occasion), certain, liquide et



exigible (article 1347-1). L'article suivant précise ensuite quelles sont les obligations qui ne sont pas compensables, sauf accord du créancier. Le texte rappelle à droit constant que le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation (article 1347-3), et précise les règles d'imputation des paiements en cas de pluralité de dettes compensables (article 1347-4). L'article 1347-5 reprend les dispositions de l'actuel article 1295 sur l'inopposabilité au cessionnaire de la compensation par le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de créance. L'article 1347-6 rappelle l'opposabilité par la caution au créancier de l'exception de compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal, conformément au caractère accessoire de la caution par rapport à la dette principale ; s'agissant du codébiteur solidaire, s'il ne peut opposer la compensation intervenue au profit d'un de ses coobligés, il peut se prévaloir de la diminution de la dette totale qui en résulte, comme le prévoit l'article 1315. L'article 1347-7 synthétise les actuels articles 1298 et 1299 pour indiquer que la compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par les tiers.

Sous-section 2 : Règles particulières

Trois hypothèses sont envisagées, dans lesquelles la compensation ne répond pas à toutes les conditions générales requises : le juge a la faculté de prononcer la compensation judiciaire lorsque l'une des obligations n'est pas liquide ou exigible (article 1348), cette faculté étant utilisée en pratique sur le fondement de textes du code de procédure civile mais ignorée du Code civil. Si la compensation de dettes connexes n'est pas nécessairement judiciaire, l'article 1348-1 rappelle que le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes, au seul motif que l'une d'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^{er}) puis en présence d'une caution (alinéa 2).

Section 4 : La remise de dette

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

Section 5 : L'impossibilité d'exécuter

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

Chapitre V : Les restitutions

Le Code civil ne consacre actuellement aucune disposition propre aux restitutions après anéantissement du contrat, et ne contient que quelques règles éparses sur la mise en œuvre de ce mécanisme, telles que les dispositions relatives à la répétition de l'indu, dont la jurisprudence s'est inspirée pour régler le sort des restitutions en



matière contractuelle. Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à s'appliquer à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, la résolution, la caducité ou encore la répétition de l'indu.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En effet, le 12° 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^{er} : Dispositions générales

Le chapitre I^{er} 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^{er} consacre la jurisprudence de la Cour de cassation dispensant de l'exigence d'une pluralité d'originaux lorsque les parties ont choisi de déposer l'acte entre les mains d'un tiers.

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

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

Sous-section 4 : Autres écrits

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

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 reconnaîtif n'est pas une simple copie, puisqu'il porte, comme le titre ancien, la signature des parties. L'acte reconnaîtif 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 reconnaîtif 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° à 4°, 7° et 10° les textes du Code civil opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

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

Le 6° procède à une modification de fond du chapitre VIII du titre VI du livre III, afin de sortir de son champ d'application le transfert des créances désormais régi par les dispositions spécifiques dédiées à la cession de



créance, aux articles 1321 à 1326 de l'ordonnance. Ainsi, la référence à la créance disparaît de l'intitulé du chapitre VIII du titre VI du livre III et des articles 1689 et 1693. Les articles 1692, 1694 et 1695 sont quant à eux abrogés. Enfin, un nouvel article 1701-1 est inséré, disposant explicitement que « Les articles 1689 et 1698 ne s'appliquent pas aux cessions régies par les articles 1321 à 1326 du présent code. »

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

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

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

Titre III : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

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

Titre IV : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nombre d'institutions ignorées jusque-là du code font leur entrée, comme les négociations, l'obligation d'information, la promesse unilatérale et le pacte de préférence, la cession de contrat, la résolution unilatérale, la représentation, les restitutions, la cession de dette... Il s'agit bien souvent d'une consécration à droit constant de la



jurisprudence et de la pratique contractuelle, qui se trouvent ainsi stabilisées et publiées, afin de donner du droit français une vue complète et facilement accessible. Mais parfois, la jurisprudence est combattue ou modifiée à l'occasion de son incorporation.

On distinguera les véritables innovations, peu nombreuses mais significatives, des consécutions 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 consécration des jurisprudences Chronopost et Faurecia : la clause privant de sa substance l'obligation essentielle est réputée non écrite (art. 1170) ;
- le principe du consensualisme (art. 1172) et les exceptions à ce principe (contrats solennels et contrats réels) ;
- la perpétuité de l'exception de nullité (art. 1185) ;
- la caducité du contrat lorsque vient à disparaître l'un de ses éléments essentiels (art. 1186, al. 1^{er}) ; en particulier, en présence d'un groupe de contrats nécessaires à la réalisation d'une même opération (art. 1186, al. 2 et 3).

C – Les maintiens

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

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

II – Les effets du contrat

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

A – Les innovations

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

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

L'« exceptio timoris » (art. 1220). Inspirée des Principes européens (art. 9 : 201), elle consiste à faire jouer l'exception d'inexécution à titre préventif : lorsqu'il « est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas », une partie peut lui notifier qu'elle « suspend » l'exécution de sa propre obligation. Le texte n'en dit pas plus, ce qui renvoie à l'exception d'inexécution classique, toujours provisoire et soulevée aux risques et périls de son auteur.

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

B – Les 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.

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

IV – Le régime général des obligations

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

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

A – Les nouveautés

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



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

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

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

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

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

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

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

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

C – Les maintiens

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

- le terme (art. 1305 s.) ;
- la pluralité d'objets (art. 1306 s.) énumérant obligation cumulative (art. 1306), alternative (art. 1307 s.) et facultative (art. 1308), véritable alliance de mots désignant une obligation substituable au gré du débiteur ;
- la solidarité, active ou passive (art. 1310 s.) ;
- l'indivisibilité (art. 1320) renommée obligation « à prestation indivisible » ;
- la novation (art. 1329 s.) ;
- la délégation (art. 1336 s.) ;
- l'action oblique (art. 1341-1) ;
- l'action paulienne (art. 1341-2) ;
- l'action directe (art. 1341-3) ;
- le paiement (art. 1342 s.) ;
- la subrogation conventionnelle par le créancier ou par le débiteur (art. 1346-1 s.) ;
- la compensation (art. 1347 s.) ;
- la confusion (art. 1349) ;
- la remise de dette (art. 1350) ;
- les intérêts légaux (art. 1231-6 s.) ;
- le droit de la preuve (art. 1353 s.).

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



Quelques abandons de jurisprudence

Solution jurisprudentielle	Nouvelle disposition
Rétractation du promettant	
Obstacle à la formation du contrat	N'empêche pas cette formation (<i>art. 1124</i>)
Imprévision	
Refus de prise en compte	Renégociation et révision (<i>art. 1195</i>)
Acquéreurs successifs du même immeuble	
Premier publié, même de mauvaise foi	Priorité subordonnée à la bonne foi (<i>art. 1198</i>)
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 »¹, 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

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)



par le juge administratif. D'autre part, les hypothétiques dépassements de l'habilitation donnée par le Parlement ne peuvent plus être contestés². 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'ordonnance³. Le Parlement, à vrai dire, n'avait guère le choix. Le Gouvernement, en précipitant l'entrée en vigueur de l'ordonnance au 1^{er} 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 modifications⁴. 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 assemblées⁵.

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 délibéré⁶ 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 Souverain⁷. Ils constituent un puissant argument au soutien de l'interprétation qui a convaincu le Parlement⁸.

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 outrepassé 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 ».

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.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/l17-022/l17-022.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 Gény, 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. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique* : LGDJ, 2^e 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^e éd. 2015, n° 558 et les réf. citées.



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 »⁹. On portera particulièrement attention aux cinq points suivants¹⁰.

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 accompagnant l'ordonnance, selon laquelle la supplétivité est la règle¹¹. 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 dépassée¹². 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 public¹³.

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 parties¹⁴. 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 »¹⁵.

9. M^{me} 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.

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^{re} lecture, p. 21 et 22).

13. V. la position de M^{me} 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.



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 »¹⁶, 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 point de droit en cas de difficulté »¹⁷. 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 »¹⁸.

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 »¹⁹ – 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 sémantique²⁰. 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 ! »²¹. 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 défectueuse 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)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 ».

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^{re} 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^{me} 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^{re} 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^{me} Nicole Belloubet, garde des Sceaux, examen en séance publique, 1^{re} 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^{re} 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^{re} éd., 2016, p. 756. – F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats : Dalloz, 1^{re} éd., 2016, n° 45.42.



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 suivantes²³.

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 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 offre²⁴.

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 consacrée²⁵. 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 valeur²⁶. 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)²⁷.

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 sociétés²⁸.

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-cadre²⁹, 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

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

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, 2nd 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.



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 bévue 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 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 suite³⁰.

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-même³¹).

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

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



(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 conduite 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 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 »³² 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 domaine³³. 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.

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^{me} 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.



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^{er} 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 contrats³⁴.

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^{er} 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 »³⁵.

29. – Cette modification s'applique elle-même rétroactivement, à compter du 1^{er} 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 précision³⁶.

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^{er} 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 vailent pour le passé ou même immédiatement³⁷. 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^{er} 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 »³⁸. 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-ci³⁹, 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 nouvelle⁴⁰ et aussi au fait que la Cour de cassation ne déduit plus automatiquement du caractère interprétatif d'un texte son caractère rétroactif⁴¹. Il faut, pour cela, « rechercher

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^{re} éd., 2017, n° 42 et s.

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^{er} 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^e, 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. Capitain, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Dalloz, coll. Grands arrêts, 13^e éd., 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^e 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. A 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



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 »⁴². Les arguments ne manquent pas pour établir que les dispositions ici qualifiées d'interprétatives rétroagissent, quoiqu'il faille faire preuve de prudence dans l'analyse⁴³.

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, doctr 529.

© LexisNexis SA

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^{er} 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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^{er} octobre 2016 et le 1^{er} 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,

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.



la commodité commande de préciser le sort des contrats selon leur date de conclusion : – avant le 1^{er} octobre 2016 ; – entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018 ; – après le 1^{er} octobre 2018.

A – Les contrats antérieurs au 1^{er} octobre 2016

5. Commençons donc par la surprise : de ces contrats antérieurs au 1^{er} 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^{er} octobre 2016 ».

6. Lue littéralement, cette adjonction est plutôt énigmatique (peut-être même syntaxiquement bancal, 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^{er} 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^{er} octobre 2016 et le 1^{er} 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^{er} 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 différenciant 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^{er} 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^{er} 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'imprévus quelque 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

Retouches interprétatives : (application depuis le 1 ^{er} oct. 2016)	c. civ.	Modifications de fond : (application à partir du 1 ^{er} oct. 2018)
	1110	Définition du contrat d'adhésion
Négociation : préjudice réparable en cas de faute	1112	
	1117	Offre : décès du destinataire
	1137	Dol : définition
Violence économique : définition	1143	
	1145	Capacité des personnes morales : limites
	1161	Représentation : opposition d'intérêts
Abus dans la fixation du prix : sanction	1165	
	1171	Déséquilibre significatif : clauses visées
Cession de contrat : maintien des sûretés	1216-3	
Réduction du prix : à «obtenir»	1217	
Exécution en nature excessive : condition de bonne foi	1221	
	1223	Réduction du prix par le créancier : procédure
Condition : faculté d'y renoncer	1304-4	
Déchéance du terme : inopposabilité aux cautions	1305-5	
	1327	Cession de dette : forme écrite
Cession de dette : opposabilité au créancier	1327-1	
Cession de dette : maintien des sûretés	1328-1	
	1343-3	Paiement en devises
Compensation : codébiteurs et cautions	1347-6	
Restitutions à un mineur	1352-4	
	c. mon. fin. L. 112-5-1	Paiement en devises
	c. mon. fin. L. 211-40-1	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*⁴⁴.

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.



2. « Réforme de la réforme », car c'est bien ce qu'emporte cette loi de ratification.

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 »⁴⁵. 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 questions⁴⁶, 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 »⁴⁷. 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 temps⁴⁸, 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^{er} 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^{er} 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

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.



de l'ordonnance⁴⁹. Or la 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 Leveneur⁵⁰, « 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 »⁵¹. 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'homme⁵².

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 malfaçons, 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 cassation⁵³, 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

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. 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, n° 305, note B. Sturlèse ; Civ. 1^{re}, 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.

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



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 avant⁵⁴.

À tout prendre, on aurait préféré que la loi de ratification suive le sillon tracé par la Cour de cassation en 2014⁵⁵ 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 »⁵⁶ ; 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 »⁵⁷.

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^{er}, 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 justice⁵⁸. 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

54. *Eod. loc.*, n° 27.

55. Civ. 1^{re}, 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. Laitier, 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



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 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 »⁵⁹.

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 antérieur⁶⁰, 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 valeur⁶¹. 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 »⁶² 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.

59. *Ibid.*, spéc. n° 216

60. Civ. 1^{re}, 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. Dourmaux, 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



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...

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 »⁶³. 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 régime⁶⁴. 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

63. *Ibid.*, spéc. n° 85

64. *Ibid.*, *passim*



l'oméga du contrat⁶⁵ ; 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 »⁶⁶.

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 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 »⁶⁷. 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 »⁶⁸. 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 »⁶⁹. 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 négocier⁷⁰. 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 qualification⁷¹. 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^{er}) et le code de commerce (art. L. 442-6, I, 2^o), 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

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.

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.*



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 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...

