

Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)

Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy

Lucas Bettoni
Mathilde Cayot
Malo Depincé
Camille Dutheil
Brunelle Fessard
Cécile Lisanti
Daniel Mainguy
Clémence Mouly-Guillemaud
Cathie-Sophie Pinat
Caroline Raja
Julien Roque
Amélie Thouément



UMR-CNRS 5815
« Dynamiques du droit »
Faculté de droit et science
politique
Université de Montpellier



*Etudes Teutates**

**TEUTATES [toetatès]. var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine à Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou à Mars, Dieu de la guerre, dieux romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Etudes de théorie du droit, de droit économique et du marché, du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (UMR-CNRS 5815 « Dynamique du droit »).*

Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

(après l'ordonnance du 10 février 2016)

Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy

**Lucas Bettoni
Mathilde Cayot
Malo Depincé
Camille Dutheil
Brunelle Fessard
Cécile Lisanti
Daniel Mainguy
Clémence Mouly-Guillemaud
Cathie-Sophie Pinat
Caroline Raja
Julien Roque
Amélie Thouément**

**« Dynamiques du droit », collection « Teutates
consommation et du marché »**

1. D. Mainguy (dir.), La crise du contrat de franchise ?, Lectison, 2015.
2. D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2016.



© UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit » 2016
39 rue de l'Université – 34000 Montpellier

LES AUTEURS

Lucas Bettoni

ATER à la faculté de droit et science politique de Montpellier, Centre du Droit de l'Entreprise

Mathilde Cayot

Doctorante à la faculté de droit et science politique de Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Camille Dutheil

Doctorante, Chargé de travaux dirigés à la faculté de droit et science politique de Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Malo Depincé

Maître de conférences à la faculté de droit et science politique de Montpellier, directeur adjoint de l'UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Brunelle Fessard

Docteur en droit, chargée d'enseignements à la faculté de droit et science politique de Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Cécile Lisanti

Maître de conférences à la faculté de droit et science politique de Montpellier, Centre du Droit de l'Entreprise, Directrice du Master 2 Gestion du patrimoine

Daniel Mainguy

Professeur à la faculté de droit et science politique de Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Clémence Mouly-Guillemaud

Maître de conférences à la faculté de droit et science politique de Montpellier, Centre du Droit de l'Entreprise, directrice du magistère DJCE

Cathie-Sophie Pinat

Docteur en droit, chargée d'enseignements à la faculté de droit et science politique de Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Caroline Raja

Maître de conférences à l'Université de Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Julien Roque

Maître de conférences à l'Université Paul Valéry Montpellier, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »

Amélie Thouément

Doctorante contractuelle à la faculté de droit et science politique de Montpellier (UMR CNRS 5815), UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »



AVERTISSEMENT

Cet ouvrage, bien que publié électroniquement et mis à la disposition gracieusement, demeure une œuvre soumise aux règles du droit de la propriété intellectuelle.

Un « exemplaire papier » sera par ailleurs bientôt disponible



INTRODUCTION ET PRESENTATION

1. Le droit légiféré français des contrats a, finalement, été réformé, par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* mettant fin à 212 ans d'application des règles du Code civil de 1804, assez peu retouchées durant tout ce temps sinon par bribes, par exemple s'agissant de l'introduction des délais de grâce, de la révision des clauses pénales en 1975 par exemple, ou plus récemment pour supprimer, comme dans tout le Code civil, la référence au traditionnel et romain « bon père de famille » par le moderne et anglo-américain « personne raisonnable » en 2014, etc. Depuis, d'ailleurs, ça se précipite, puisqu'un avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile a été publié et ouvert à consultation publique, avant sa présentation comme projet de loi, et qui sera, également, mais rapidement, présenté.

Au-delà d'une présentation de la réforme, qui sera par nature partielle, seront ainsi présentés les nouveaux articles du Code civil, par bloc de règles, parfois article par article, en suivant globalement le plan et l'architecture du Code, pour aider la lecture de cette réforme, tout en insérant les éléments nouveaux du Code civil dans un plan légèrement différent de celui que les auteurs de l'ordonnance ont choisi, non pas, de manière présomptueuse, pour essayer de montrer qu'un meilleur plan du Code aurait pu être

retenu, mais simplement pour proposer des césures dans des ensembles à forte normativité ou discussion, ou bien pour présenter, didactiquement, cet ensemble de manière parfois différenciée (V. not. *Sur le projet d'ordonnance* : Ch. Albiges (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2015, N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, Dalloz, 2015., *Ordonnance relative au droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, Dalloz 2016, G. Chantepie et M. Lattna (dir.), *Blog Dalloz Réforme du droit des obligations* 2015, M. Mekki, *Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover*, *Dr. et patrimoine*, 2015, n° 250, p. 236, M. Mekki, *Article 1355 : Les présomptions légales*, in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 805, É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, D. 2014, p. 622.

Sur l'ordonnance de 2016 : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, Th. Revet et D. Mazeaud, *La réforme du droit des contrats : quelles innovations*, RDC n°hors série, 2016, N. Dissaux et G. Chanteie (dir.), *Réforme du droit des contrats et contrats de distribution*, RLDA, 2016, à paraître, M. Mekki, *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, p. 494 et p. 608, D. Mainguy, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JCP, éd. E, 2016, 151, N. Molfessis, *Droit des contrats : que vive la réforme*, JCP, éd. G, 2016, 180).

2. Il reste que, à titre introductif, la question de savoir pour quelles raisons une telle réforme est apparue nécessaire, voire indispensable sinon urgente, mérite d'être envisagée, surtout après l'échec des différentes tentatives notamment celles présentées depuis 2005 (I), tout comme une rapide présentation architecturale de la réforme (II) et quelques éléments présentant les principales innovations (III), et enfin la question de l'entrée en vigueur de ces règles (IV).

I. UTILITE DE LA REFORME

3. Cette réforme est une heureuse solution et ce, pour plusieurs raisons.

4. En premier et contrairement à ce que l'on dit ou écrit souvent, les règles du droit des contrats du Code civil n'étaient pas si bien rédigées, loin du modèle de séduction légistique, de concision et de précision, tel qu'on le présente souvent ; bien des règles étaient peu claires, supposaient des interprétations multiples, etc. Disons que les juristes s'étaient accommodés de cette situation, surtout après deux siècles de commentaires doctrinaux où les professeurs de droit s'étaient, consciemment ou non, appropriés le Code et s'étaient parfois substitués au codificateur, notamment à compter du « moment 1900 » comme dit Christophe Jamin, ce moment de la première crise de l'interprétation du Code civil, en proposant, souvent avec succès d'ailleurs, des éléments d'interprétation, parfois rigides, des règles du Code civil.

Ces règles avaient surtout beaucoup vieilli. Ou plus exactement le monde et les situations juridiques qui sont l'objet de l'interprétation de ces règles avaient grandi : on était passé d'un Etat autoritaire à, avec bien des vicissitudes, un Etat républicain, qui n'appétait qu'à devenir un Etat de droit, libérant progressivement la justice et donc l'interprétation et la discussion des règles de droit ; d'un Etat agricole à un Etat industriel, etc. Le Code se présentait par ailleurs de manière inégale, avec quelques passages assez médiocres mêmes, surtout s'agissant des règles relatives aux contrats spéciaux, et on pouvait constater de nombreuses confusions entre obligation et contrat par exemple (par ex : art. 1129, 1131, 1133, 1142, etc.), des règles contradictoires, voire obsolètes, comme la question du mystère de l'obligation de donner (art. 1136 s.). En outre, le Code civil de 1804 se fondait sur un modèle de contrat hésitant entre la vente, le bail et le contrat d'entreprise, où ce sont aujourd'hui les contrats de longue durée qui posent difficulté. Toute personne qui a enseigné le droit des contrats s'est trouvée confrontée à la nécessité de donner un exemple illustrant une règle légiférée du droit des contrats et a immédiatement songé à la vente, tandis que lorsqu'il s'agissait de fournir un exemple jurisprudentiel, de *Point Club Video* à la

détermination du prix en passant par *Canal de Craponne* c'était souvent à un contrat de longue durée, disons d'affaires, qu'elle empruntait. La temporalité inhérente aux contrats était ainsi totalement absente, ce qui avait donné lieu à de grandes difficultés par exemple s'agissant du vice de perpétuité, de la considération des contrats à durée indéterminée ou déterminée, de la question des dettes de valeur, du traitement du changement de circonstances économiques, de la prise en compte de l'intérêt des parties à exécuter le contrat tout au long de celui-ci, de la circulation du contrat, etc., toutes situations usuellement considérées aujourd'hui, mais à travers des solutions jurisprudentielles, présentes ou attendues.

Outre le fait que le Code civil avait été conçu aux temps des calèches et des premiers toussotements de la machine de Papin ou des frères Montgolfier, le droit des contrats aurait ainsi eu besoin d'une sérieuse cure de rajeunissement. D'autres considérations techniques entrent en jeu, le fait que le centre de gravité du droit des contrats s'est déplacé vers la prise en compte de l'ordre public, de l'intérêt général, et l'irruption de contraintes sociales ou économiques conduisant à l'organisation d'un droit du travail, de la consommation, de la concurrence par exemple, puissants, organisés et spécialisés, d'un droit des contrats désuet centré autour « des différentes manières dont on acquiert la propriété » et plus spécifiquement de la vente, contrat à exécution instantanée, alors qu'aujourd'hui les objectifs contractuels sont différenciés et que les « grands contrats », les contrats d'affaires sont des contrats de durée, des contrats de contrepartie et d'intérêts variables dans le temps, lesquels sont ignorés du Code civil dans son principe comme dans ses effets, le fait que les grands litiges mettent en œuvre des débats connexes sur la « validité » de la norme applicable, au regard de « droits fondamentaux » qui sont des valeurs positivées où règne la méthode la proportionnalité entre les exigences contraires, déhiérarchisant les valeurs, notamment les valeurs d'ordre public face à leur contraire, etc. Ce constat n'est pas inexact : le droit « légiféré » des contrats est d'expression ancienne, ancienneté qui est d'ailleurs antérieure au Code civil lui-même si l'on veut bien admettre qu'à l'exception de la présentation formelle, particulièrement moderne et de quelques particularités empruntées au droit révolutionnaire, il a repris des solutions

connues de l’Ancien droit. Ce droit s’imposait un contexte de faible juridicisation, dans un état autoritaire, bien loin de notre Etat de droit moderne, rendant saisissant le contraste entre le texte du Code civil de 1804 et les débats juridiques d’aujourd’hui. Toutefois, le droit des contrats, entendu comme l’ensemble des règles applicables, c’est-à-dire de l’ensemble formé des textes de loi et de leurs interprétations, est au contraire parfaitement contemporain, outre les critiques techniques ou de méthode que l’on peut opposer ici ou là. Il était devenu un droit d’érudit, un droit jurisprudentiel et complexe, mais pas davantage que le droit administratif français ou le droit anglais des contrats. La volonté de « moderniser » le droit des contrats, qui répondrait à cette logique de supposé vieillissement est d’ailleurs en contradiction avec l’affirmation selon laquelle la plupart des règles sont la reprise des solutions jurisprudentielles actuelles, à l’exception, cependant, des modifications les plus remarquables de la réforme.

5. Cette réforme offre alors une deuxième raison de satisfaction, qui repose sur la manière de présenter le droit français par les juristes français. Celle-ci se fonde sur l’idée que le droit français, et pas seulement le droit des contrats, serait tout entier établi sur le primat de la loi écrite, que les juges n’auraient plus qu’à appliquer, ensemble qui serait sublimé par le « code », le Code civil notamment. On cite souvent la formule de Carbonnier qui considérait que le Code civil était la « *constitution civile des français* ». Pas moins, comme si, selon une certaine lecture de cette formule, le Code civil s’inscrivait dans une hiérarchie particulière dans l’ensemble des lois. En réalité, Carbonnier évoquait la logique historique dans laquelle le Code civil avait consacré des acquis de la Révolution française, notamment s’agissant du droit civil « pur », le droit des personnes, de la famille et du droit patrimonial de la famille qui avait été « civilisé » en ce sens qu’il avait été « nationalisé » en ce sens qu’en le sortant des paroisses, le droit « civil » satisfaisait à l’idéal d’égalité porté par la Révolution. En ce sens, le Code civil était une forme de « constitution civile », achevant la Révolution et figeant pour l’avenir ses acquis. En revanche cette « Constitution civile », aussi chargée de symbole et de considération qu’elle se présente, n’a pas de sens constitutionnel, en ce sens que le Code civil serait réformable mais seulement en respectant des procédures particulières, du fait de

cette nature « civilement constitutionnelle » ou s'inscrirait dans une hiérarchie particulière.

Il reste que le droit français, résumé au Code civil, se présente dans une logique legaliste très forte : le juge est le serviteur de la loi, il est d'ailleurs la « bouche de la loi » selon la formule de Montesquieu, un juge automate. Par l'existence des lois et surtout des codes seraient vérifiées des exigences d'intelligibilité, d'accessibilité, de complétude, de cohérence, de sécurité, de prévisibilité du droit, voire de garantie de cette existence : le droit codifié serait alors l'incarnation des valeurs que sont l'intelligibilité, la sécurité, la cohérence, etc. C'est un mouvement connu : issue du droit naturel, la conception française de la loi s'est positivée, puis « renaturalisée » par l'idée que la loi est juste, puisqu'elle est la loi. Il en résulte que le sens du mot droit (français) est alors globalement équivalent à celui de « loi », qu'il suffit de connaître et d'étudier, pour la comprendre, le juge étant cantonné à une fonction d'exécution, d'application, et non d'interprétation créatrice, volontaire et libre. Qu'on adhère ou pas à cette présentation (nous n'y adhérons pas), elle demeure très partagée, y compris par les juristes étrangers qui posent leur regard sur le droit français. Or, le droit des contrats, plus exactement le Titre III du Livre III du Code civil contenant le droit légiféré des contrats et des obligations, était devenu, de ce point de vue, incompréhensible, inaccessible, incomplet voire non garanti puisque les principaux problèmes contemporains n'y figuraient pas ou faisant l'objet d'interprétations très éloignées des textes supposés fonder la simple « application » de la loi par les juges (l'action directe, l'équilibre des prestations dans le contrat, la négociation, la circulation du contrat, l'existence d'obligations inhérentes au contrat, la résiliation, la résolution unilatérale, la révision pour changement des circonstances économiques, la durée, etc.).

Désormais donc, le Code civil pourra à nouveau être présenté selon la méthode qui est traditionnellement celle du récit du droit français, avec plus d'efficacité, au moins pour quelque temps, celui nécessaire à de nouvelles interprétations judiciaires. Observons que c'est déjà faux : bien des questions ne sont pas traitées par le Code civil version 2016, pas plus qu'elles ne l'étaient par le Code civil version 1804, de sorte qu'il convient déjà de se référer à la

jurisprudence pour déterminer bien des régimes juridiques d'institutions contractuelles (songeons à la promesse *synallagmatique* de contracter, à l'action directe dans les contrats, aux définitions de différentes clauses, etc.), que les règles du droit des contrats spéciaux, notamment celles, totalement obsolètes ou inexistantes du contrat d'entreprise, demeurent inchangées, ou celles, maigres, confuses et ambiguës, des contrats d'affaires (C. com., art. L. 330-1 s., 441-3 s., 442-6) et qu'enfin bien des règles nouvelles suscitent déjà, et avant même leur entrée en vigueur débats et interprétations doctrinales.

A bien des égards, d'ailleurs, si nous ne souscrivons pas à la conception « légaliste » du droit français, nous succombons, au moins formellement, à la méthode exégétique, du moins dans sa tradition la plus classique, celle du commentaire « article par article » et donc, selon la tradition des premiers commentateurs du Code civil (*comp. G. Chantepie et M. Latina, op.cit., n°1*) ; nous tenterons cependant de nous préserver de la tentation de la prophétie ou de la prédiction de ce que *sera* le droit français des contrats. Celui-ci dépendra en effet des choix réalisés, au final, par la Cour de cassation, et, en amont des problèmes juridiques rencontrés, anciens ou nouveaux, et de la manière de proposer les interprétations permettant de les résoudre.

6. Une troisième raison repose sur la nécessité de disposer d'un « outil » normatif concurrentiel dans le paysage de concurrence des droits, qu'il s'agisse de la mesure de l'efficacité des droits, comme le fait (de manière contestable ou non) le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale, de situations de négociation de conventions internationales où les modèles juridiques sont confrontés, voire plus prosaïquement lorsqu'il s'agit de promouvoir le droit français dans le choix d'une loi contractuelle dans un contrat international, dans le dessein de promouvoir le *french legal business*. De ce point de vue c'est assez efficace (*comp. J. Cartwright, Regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats, RDC 2015, n°3*), notamment au regard de la promotion de la sécurité juridique attendue d'un contrat, notamment au stade de l'exécution des contrats ; tant pis, alors, pour la cause, trésor « poétique » du droit français, inconnue des législations anglo-américaines.

L'ensemble est présenté sous les atours d'une logique « d'attractivité » du droit français. Ce vocabulaire économique, voire mercantile, est assez malheureux : le droit n'est pas une marchandise qui aurait à être promue pour séduire on ne sait quel destinataire. Il demeure cependant que la concurrence des droits est une réalité et que de ce point de vue, le droit à intérêt à se présenter de manière « attractive » ou disons intéressante, utile, non banale, exemplaire, etc., c'est-à-dire de proposer un ensemble cohérent, un « modèle ».

Après l'exportation du Code civil par la voie des conquêtes napoléoniennes ou de la séduction par l'universalisme philosophique dont il était le résultat tangible, en effet, l'image du Code civil avait fortement décliné, à la fois du fait de la défaite de l'Aigle, de la concurrence du romantisme allemand et de sa traduction dans le BGB apparu en 1900, mais également du fait de l'irruption de la puissance des droits anglo-américains, aujourd'hui conquérants et d'une philosophie utilitariste, déjà balbutiante, avec Jeremy Bentham, témoin affectueux de la Révolution française mais détracteur farouche des « droits naturels » de la Déclaration des droits de l'homme, « un non sens sur des « échasses » écrivait-il, et des fondements du Code civil, les croyances, les usages, la coutumes ou les mœurs, « l'ordre naturel » conservateur, alors qu'il fut à l'origine du libéralisme politique moderne. De ce point de vue, « l'attractivité » du droit français des contrats se présenterait de manière économique : le droit français des contrats proposerait désormais des solutions économiquement fondées, assurant ainsi des solutions « utiles » ou « efficaces », par opposition à des solutions « justes », cette justice fondée sur la « morale » qui aurait irrigué le droit « ancien » des contrats.

La réforme de 2016 n'a cependant pas pour objectif d'encourager une attractivité philosophique, mais plus sûrement une attractivité économique. On peut émettre quelques doutes sur l'utilité d'une réforme du droit des contrats pour rendre le droit français économiquement attractif, à supposer qu'il ne le soit pas, mais on peut constater que nombre de règles nouvelles s'inscrivent dans un débat, sinon d'attractivité économique et encore moins d'analyse économique, mais du moins de prise en compte d'arguments de

type économique, s'agissant par exemple de la question de la fixation du prix des contrats, du temps dans le contrat et de la gestion de l'imprévision, de l'exception d'inexécution par anticipation ou de la résolution unilatérale des contrats, etc., mais également, et contrairement aux idées reçues, la question de l'éradication des clauses abusives (y compris, malgré la réduction de cette question aux seuls contrats d'adhésion dans la réforme finale, dans tous les contrats si on admet que « argument économique » n'est pas équivalent de « droit du plus fort »).

7. Au-delà cependant du rafraîchissement du droit légal des contrats et des obligations qui résulte de cette réforme, cette dernière est, formellement un succès. Cette réforme fait suite à près de soixante-dix ans de tergiversations, depuis les travaux de la Commission de révision du Code civil constitué après la seconde guerre mondiale, puis l'action réformatrice de Carbonnier, écartant le sujet au profit d'une action européenne future supposée, jusqu'aux célébrations du bicentenaire du Code civil où le président de la République suscitait une telle réforme, incitant les juristes à s'y plonger, aiguillonnés par le rapport *Doing Business* de 2003 ou les travaux à l'échelon de la doctrine européenne, entre Code européen des contrats (dit « Projet de Pavie), Principes du droit européen des contrats, principes Unidroit, etc. « Avant-projet de loi Catala », « Projet Terré » et « Projet de la Chancellerie » de 2009 ponctuaient alors un débat aimable, jusqu'à la discussion d'un projet de loi de simplification du droit, fin 2013, aboutissant à la loi du 16 février 2015 et, finalement, l'ordonnance du 10 février 2016.

Outre les autres raisons, substantielles, justifiant la réforme aujourd'hui, on peut se demander si la multiplication des projets, notamment européens, n'a pas fait craindre une initiative européenne, sur la base de la communication de 2001 (*Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, 2001/C 255/01, sp. n° 66s.) après les Projet « Lando » et « Gandolfi » puis l'élaboration d'un « Cadre commun de référence » en matière contractuelle (*Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, COM(2004) 651 final) aboutissant au projet « Von Bar » (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2009) et au projet de l'Association Capitant

(*Principes contractuels communs*, Vol. 7, SLC, 2008), initiative à la vigueur que l'on murmurait encore il y a quelques années, notamment après la publication d'un projet de directive sur le droit de la vente en 2011 (M. Latina, « *Les derniers développements du droit européen des contrats* », RDC 2012, n° 1, p. 299 s.) en vue d'un droit unifié européen des contrats, plus aisé à promouvoir face à un droit français moins ostensible qu'il ne l'est devenu.

Enfin, une nouvelle donne apparaît, celle du changement du paysage juridique dans lequel s'installent ces nouvelles règles. La fondamentalisation du droit en premier, sous l'influence des règles de la Convention européenne des droits de l'homme (Cf. A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, Dalloz, 2008, not. n°33 s., L. Maurin, *Contrat et droit fondamentaux*, LGDJ, 2013, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003). Son corollaire, également, et le changement de paradigme annoncé dans la manière de juger et la promotion du principe de proportionnalité, et la comparaison systématique entre la finalité d'une règle, la mesure des intérêts en jeu, de leur légitimité, voire leur hiérarchie, les moyens utilisés, ici contractuels, qui pourraient être considérés comme des atteintes à ces derniers, et la mesure de la nécessité de celles-ci. Ce faisant, il s'ensuit une nouvelle manière de juger et de motiver (V. not. C. Jamin, *Juger et motiver*, RTDciv. 2015, p. 263, P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de cassation*, D. 2015, p. 2022, V. toutefois, P.-Y. Gautier, *Contre « la balance des intérêts », hiérarchie des droits fondamentaux*, D. 2015, p. 2189). Or, le contrat est par nature, au centre de presque toutes les règles de droit, du droit privé et du droit public, et par conséquent les règles qui les régissent au cœur de ce bouleversement. Par conséquent, est annoncée la fin du prétendu « syllogisme juridique » (Comp. P.-Y. Gautier, *L'éloge du syllogisme*, JCP 2015, 902) ou de la « méthode traditionnelle », comme la désignait Gény, en tant qu'elle permettrait par le seul secours de l'esprit juridique, d'identifier une solution à un problème donné par l'application d'une loi dans la culture du mythe de ce qu'elle serait par nature préexistante, complète et claire, et qui avait déjà pour objectif de masquer la très grande multiplicité des potentialités d'interprétation d'un énoncé législatif et donc, déjà, de la maîtrise presque totale d'une cour souveraine comme la cour de

cassation sur l'interprétation des règles et sur les méthodes à utiliser pour le faire (*Comp. D. Mainguy, Introduction générale au droit, Litec, 7ème éd. 2016*).

8. Le chemin de la réforme a été long et inhabituel. La plupart des réformes du Code civil ont en effet été confiées à un universitaire ou un groupe d'universitaires (Jean Carbonnier, Gérard Cornu, Michel Grimaldi, etc.) tandis que cette fois, les universitaires avaient vainement tenté de forcer la porte, à travers l'avant-projet de loi Catala, ou le projet de l'Académie des Sciences morales et Politiques, dit « projet Terré », alors que la Chancellerie proposait, en 2009 puis en 2013, son propre projet, rédigé sans consultation véritable et, frustration ou déshonneur, sans un universitaire chevronné comme architecte. Telle était peut-être la condition du succès : du dépôt du projet de loi d'habilitation par ordonnance à la publication de celle-ci, la réforme a été réalisée en moins de dix-mois, malgré la résistance du Sénat, qui souhaitait une réforme législative, à la perspective hasardeuse. On pourra reprocher au gouvernement d'avoir légiféré à la hussarde, pas moins, finalement, que son illustre prédécesseur : la réforme est au moins là. Un certain nombre de manques pourraient être reprochés toutefois. Par exemple le droit des contrats bute aujourd'hui sur le régime d'un certain nombre de clauses qui se sont généralisées, clauses d'exclusivité, clauses de non concurrence, qui ne sont définies nulle part, alors pourtant que leur régime est essentiel dans certains contrats et sont éventuellement, et implicitement, envisagées dans la catégorie des clauses créant un « déséquilibre significatif ». Par exemple encore, on peut difficilement dissocier les règles du droit commun des contrats avec les règles spéciales à certains contrats, dont ceux faisant déjà l'objet d'une réglementation dans le Code civil, dont certains, celles relatives au contrat d'entreprise ou au mandat par exemple sont particulièrement obsolètes, tandis que la réforme du droit de la responsabilité civile (dans le peu d'espace numérogique des articles 1240 et suivants du Code civil) est déjà annoncée.

9. Il est parfaitement clair que la réforme des contrats ne se contente pas d'un simple toilettage ou d'une méthode de codification à droit constant en ce sens que la réforme se serait contentée de reprendre les solutions jurisprudentielles établies.

Bien au contraire il s'agit d'une véritable réforme, d'ampleur, avec des modifications remarquables. L'effet de saisissement d'une telle réforme aboutit à une certaine surestimation de son importance, ce que pourrait tempérer le souvenir de la formule, utilisée de manière assez générale à propos de la réforme, du Guépard de Lampedusa « *il faut que tout change pour que rien ne change* ».

II L'ARCHITECTURE DU NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS.

10. Le premier changement repose sur la présentation du droit des contrats, son plan, ou mieux, son architecture.

Le Titre III du Livre III du Code civil proposait un plan finalement assez approximatif, où se mêlaient des considérations générales sur le contrat, sur la preuve du contrat ou des obligations, le régime des obligations. Par exemple l'article 1184 du Code civil siège de l'interprétation des questions relatives à la rupture d'un contrat s'inscrivait dans le chapitre relatif aux conditions. Désormais, les questions sont nettement identifiées. Trois titres, qui remplacent les anciens Titre III (des contrats et des obligations conventionnelles), IV (des engagements qui se forment sans convention) et IVbis (de la responsabilité du fait des produits défectueux), se succèdent. Le Titre III « Des sources d'obligations », qui succède à l'ancienne désignation « des contrats ou des obligations conventionnelles en général », et qui comprend trois sous-titres, « Le contrat » (Sous-titre I), « La responsabilité extracontractuelle » (Sous-Titre II) et « les autres sources d'obligations » (Sous-Titre III), puis le Titre IV « Du régime général des obligations » (anciennement « des engagements qui se forment sans convention ») et le Titre IV bis « De la preuve des obligations » (qui était le titre consacré à la responsabilité du fait des produits défectueux).

11. La césure est indubitablement meilleure : d'une part elle sépare les difficultés et surtout elle scinde les questions relatives au contrat, dans son entier, et aux obligations, contrairement à la présentation de 1804 qui présentait ce défaut majeur de confondre systématiquement contrat et obligations. On pourrait toutefois chicaner un peu. Ainsi, l'article 1101 reprend la définition moderne du contrat comme une technique productrice d'effets, dont

certaines, les plus remarquables, sont des obligations, le tout sous le Titre « des sources d'obligations » (pourquoi pas « des sources des effets du contrat »). De même le sous-titre II, la « responsabilité extracontractuelle » semble fonder le point d'articulation autour du fait que cette responsabilité n'est pas contractuelle comme si la responsabilité contractuelle était le principe, la responsabilité non contractuelle son pendant. Or, la situation de principe est celle de la rareté de l'application des règles du contrat, avant, après ou au-delà des contrats ; la responsabilité « délictuelle », pour désuète que soit l'expression, semblait plus appropriée, tout comme l'abandon des « quasi-contrats » au profit d'un pauvre « autres sources d'obligations » malgré la qualité pédagogique de la formule « quasi-contrat ».

12. Dans cette présentation, on distingue, dans le sous-titre I (Le contrat) du Titre III (Des sources d'obligations), une présentation à la vocation didactique évidente. Par exemple, l'article 1100 propose une distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques, puis leur définition, et une définition des « obligations naturelles », ramassées aux obligations nées d'un devoir de conscience envers autrui ». Le Chapitre 1^{er} consacre des « Dispositions préliminaires », en retrait par rapport aux « Principes directeurs » du contrat un temps proposés qui reprend, de manière moderne, l'ancienne litanie des définitions du contrat. Suit un très attendu chapitre II relatif à « La Formation du contrat » où le processus de formation du contrat, par sa « conclusion » (Section 1) et « Les négociations » (Sous section 1) font leur entrée ainsi que « L'offre et l'acceptation » (Sous-section 2).

Surtout ce chapitre est l'occasion de régler la question des « promesses unilatérales de contrat et des pactes de préférence » (Sous-section 3) qui entrent dans le Code civil pour tordre le cou à la jurisprudence et sur lesquels beaucoup a déjà été dit.

Une section 2 concerne « la validité » avec trois conditions de validité, le consentement, les questions de capacité et un « contenu licite et certain » qui se substitue et reprend les anciennes « cause » et « objet » du contrat, abandon qui fait déjà couler beaucoup d'encre. On observera ainsi que la sous-section consacrée au « consentement » est distinguée du processus de formation du

contrat et comprend trois questions celle de l'existence du consentement, du devoir d'information, érigé désormais en règle dans le Code civil et des vices du consentement, erreur, dol, violence mais sans la lésion, tandis que celle relative à la capacité amalgame les questions de capacité et d'incapacité mais également de pouvoir et de représentation et enfin que le « contenu » du contrat », au-delà de l'abandon apparent de la cause et de l'objet, enrichit en réalité les techniques d'analyse et de contrôle de ce contenu. Suit une section 3 consacrée à la « forme du contrat » (alors que la distinction entre les contrats réels, formels et consensuels s'inscrit dans les dispositions préliminaires) dont les formes du contrat conclu par voie électronique. Enfin une section 4 envisage « les sanctions » de la formation et les nullités ou la caducité, notion qui fait son entrée dans le Code civil.

Enfin, après un chapitre III consacré à « l'interprétation du contrat », vient le chapitre IV relatif aux « effets du contrat », totalement revisité entre les « effets entre les parties » (section 1), dont « l'effet obligatoire » (sous-section 1), « l'effet translatif » (sous-section 2), qui substitue aux abscons articles 1136 et suivants, des règles modernes. La section 2, « les effets à l'égard des tiers » reprend les règles qui étaient disséminées, ainsi que celles relatives au porte-fort et à la stipulation pour autrui (qui auraient pu figurer dans le régime des obligations). Une section 3, « la durée du contrat », inscrit, enfin, cette donnée moderne essentielle dans bien des contrats, dont les contrats d'affaires. Une section 4 relative à la « cession de contrat » s'insinue avant une nouvelle section 5, « l'inexécution du contrat », qui reprend ce qu'une partie de la doctrine avait considéré comme les remèdes à l'exécution du contrat, plus que ses sanctions, ce que l'article 1217 synthétise, identifie une définition de la force majeure (art. 1218) et propose une division entre « l'exception d'inexécution », « l'exécution forcée en nature », « la réduction du prix », « la résolution » et « la réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle ».

13. Le Sous-Titre II reprend les actuels articles 1382 à 1386-18, devenus 1240 à 1245-17, tandis qu'un sous-titre III relatif aux « autres sources d'obligations » intéresse les quasi-contrats dont « la gestion d'affaires (chapitre 1), le « paiement de l'indu »

(chapitre 2) et « l'enrichissement injustifié » (chapitre 3) qui, plus de cent ans après l'arrêt Boudier, intègre le Code civil.

14. Le Titre IV (« régime général des obligations ») est également l'occasion d'une présentation systématique et pédagogique à travers l'exposé des « modalités de l'obligation » (chapitre 1), dont les traditionnelles « obligations conditionnelles » (Section 1), « l'obligation à terme » (Section 2), « l'obligation plurale » (section 3), dont les obligations solidaires (solidarité qui ne se présume toujours pas), le chapitre 2, relatif à « l'extinction des obligations », reprenant « le paiement » (section 1) dont des dispositions substantielles sur la « mise en demeure », notamment celle du créancier, le « paiement par subrogation », la « compensation » (section 2), une nouveauté, « l'impossibilité d'exécuter » (Section 3, art. 1328 et 1328-1), la « remise de dette » (section 4), « la confusion » (section 5), le court chapitre 4, relatif aux « actions ouvertes au créancier » dont une action directe en paiement contre le débiteur de son débiteur (art. 1331-3 mais rien sur l'action directe en garantie), un chapitre IV relatif à « la modification du rapport d'obligation », dont « la cession de créance » (section 1) qui fait de larges dispositions, la surprenante « cession de dette » (section 2), « la cession de contrat » (section 3) qu'on aurait plutôt attendu dans le Titre III, « la novation » (section 4) et enfin « la délégation » (section 5) et se clôt avec le chapitre IV consacré aux « restitutions », qu'on aurait pu associer aux dispositions relatives aux nullités.

Enfin, le Titre IV bis est consacré à la « preuve des obligations ». Cette longue et sans doute ennuyeuse présentation permet de se faire une idée générale de l'étendue de la réforme, qui ne se contente donc pas d'un simple toilettage mais promet un certain nombre d'innovations. Elle permet également de se rendre compte que, au-delà du contenu de cette réforme et de sa modernité, évidente, et de la volonté de clarifier des règles parfois obscures, de réécrire des règles existantes dans un français plus accessible, l'objectif est également clairement pédagogique.

III PRINCIPAUX APPORTS DU DROIT FRANÇAIS NOUVEAU DES CONTRATS

15. La réforme n'est pas un simple toilettage. Pour qui voudrait l'embrasser d'un œil, et au-delà de fondements, faiblement exprimés dans le rapport remis au Président de la République, et d'ailleurs contradictoires de promotion de la justice contractuelle par la sécurité juridique (Comp. J.-P. Chazal, *Quel programme idéologique, pour la réforme du droit des contrats*, D. 2015, p. 673, Th. Revet, *Philosophie de la réforme*, in Th. Revet et D. Mazeaud (dir.), *La réforme du droit des contrats : quelles innovations*, op.cit), on peut ici s'en tenir à la présentation des principales modifications. A chercher en effet quelques « valeurs » assumées par la réforme, on trouve en effet, en balance, à défaut d'équilibre, la promotion de la sécurité juridique, ne serait-ce que par la considération de presque toutes les situations juridiques du droit, actuel, des obligations et donc la formalisation d'une sorte de « complétude » du droit, et celle de la justice contractuelle et la protection de la partie faible.

16. Ces modifications sont illustrées par quelques innovations flamboyantes : l'abandon de la cause, mais également de l'objet, institutions qui ont fait l'objet de pages et de controverses fameuses, l'institution d'une technique de gestion de l'imprévision (art. 1195), la refonte des « remèdes » à l'inexécution du contrat, le renversement des solutions en matière de promesse unilatérale de contracter, d'autres sont plus complexes à saisir. Par exemple, l'institution de la violence économique (art. 1143), la consécration des jurisprudences « chronopost-Faurecia » en matière de clauses contraires à l'obligation essentielle d'un contrat, le contrôle des clauses abusives, créant un déséquilibre significatif, dans les contrats d'adhésion, eux-mêmes identifiés à défaut d'être définis (art. 1110, 1171), l'insertion de la durée dans les contrats (art. 1210 s.), de l'effet translatif (art. 1196 s).

17. L'ensemble pourrait laisser penser que la réforme opère une véritable révolution, un renversement des situations acquises. Or, à observer le nouveau code civil dans son ensemble, on observe que cette impression de changement peut être limitée : la plupart des règles nouvelles consacrent des situations connues, soit qu'elles

étaient des solutions jurisprudentielles « acquises » (à supposer qu'il existe de telles solutions jurisprudentielles acquises, étant entendu que la jurisprudence française présente cette particularité d'être mouvante et autoréfutable), soit qu'elles faisaient l'objet d'une forme d'entendement commun, par la communion de solutions jurisprudentielles éparses, d'interprétations doctrinales et de solutions normatives étrangères ou internationales (comme pour la question de négociation du contrat ou de l'offre et de l'acceptation).

A bien des égards, la réforme assure toute une série de changements, mais également une forme de continuité paisible. Par exemple, l'article 1101 redéfinit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Oubliées les obligations de faire, ne pas faire ou de donner, mais qu'importe, l'essentiel demeure, le contrat demeure l'affaire d'un consentement, un échange de volonté destinées à produire des effets de droit, obligatoires. D'ailleurs « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait » et « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » : le changement est purement cosmétique. Le contractant est et demeure un sujet libre et responsable des contrats qu'on conclut, et qu'il doit exécuter. La sécurité juridique contractuelle est maintenue pour l'essentiel. On observera d'ailleurs que les dispositions reprises à l'identique ou presque, soit des règles existantes soit de solutions juridiques connues, sont très nombreuses, notamment dans les règles relatives au régime général des obligations ou de la preuve. Sont-elles plus nombreuses que les règles nouvelles : c'est là affaire d'appréciation, et peut-être aussi d'interprétation judiciaire qui, par nature, prendra du temps.

18. Les plus grandes évolutions sont incontestablement, celles qui affectent la formation et la validité du contrat, ainsi, que celles relatives aux remèdes à l'inexécution du contrat.

Par exemple, il n'est pas certain qu'on ait parfaitement pris la mesure du bouleversement qu'introduit, au-delà du contrôle des clauses abusives, la notion de contrat adhésion de l'article 1110 du Code civil, à la fois parce qu'y est possible le contrôle de ses clauses

abusives mais également parce que l'interprétation des clauses obscures s'effectue en faveur de celui qui n'a pas rédigé le contrat (art. 1190). On peut ajouter, au chapitre de ces règles qui sont susceptibles de paralyser la volonté des contractants, et notamment dans la prise en compte de qu'on désigne usuellement comme la partie faible du contrat, la possibilité de réviser ou résoudre le contrat dont l'exécution, du fait d'« un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat », devient « excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque » (art. 1195), l'admission de la violence comme abus d'un état de dépendance (art. 1143) mais encore l'exigence de motivation dans le changement du prix d'un contrat cadre (art. 1164), l'exécution forcée contrariée en de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (art. 1221), de la possibilité de demander une réduction du prix en cas d'exécution imparfaite d'une obligation (art. 1223), de l'exception d'inexécution anticipée (art. 1220), etc.

19. On peut relever également des institutions contractuelles nouvelles comme les « actions interrogatoires » des articles 1123, 1158 et 1183, qui ne sont d'ailleurs pas des « actions », mais plutôt des formes de notifications interrogatoires et qui permettent de tenter de résoudre des situations d'attentes qui pourraient être anxiogène pour un contractant, par exemple pour le tiers qui ne sait si le contrat à conclure n'est pas concurrencé par un pacte de préférence existant, ou face à l'inconnue des pouvoirs d'un mandataire.

De même apparaissent les « notifications » qui assurent, comme les précédentes, des formes de procéduralisation du contrat, en vue d'éviter des contentieux, par exemple pour modifier le prix dans un contrat cadre (art. 1164), mais surtout pour résoudre le contrat, la mode de résolution par notification unilatéral se substituant à la résolution judiciaire (art. 1226) ou encore pour obtenir une réduction du prix (art. 1223) ou mettre en œuvre une mesure d'exception d'inexécution par anticipation.

IV L'ENTREE EN VIGUEUR DU NOUVEAU DROIT DES CONTRATS

20. L'article 9 de l'ordonnance de 2016 introduit des règles relatives aux dispositions transitoires de la réforme. L'entrée en vigueur de ces dispositions est prévue pour le 1^{er} octobre 2016, avec, le rappel de la classique survie de la loi ancienne aux contrats conclus avant cette date, mais l'application immédiate des alinéas 3 et 4 de l'article 1123 du Code civil (pacte de préférence), de l'article 1158 et 1183 qui mettent en œuvre les nouvelles « actions interrogatoires », outre la prise en compte des règles d'ordre public, à déterminer, qui s'appliquent également dès le 1^{er} octobre 2016 (Cf. C. François, *Application dans le temps et jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats*, D. 2016, p. 506, S. Gaudemet, *Dits et non dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016*, JCP, éd. G, 2016, 559).

Or, bien des dispositions nouvelles sont d'ordre public, souvent « de protection », des règles relatives à la validité du contrat ou du consentement, la « prohibition » des engagements perpétuels, etc. En outre, il conviendra de considérer les techniques de « conclusion » des contrats après le 1^{er} octobre 2016, et notamment pour les contrats reconduits après cette date, soumis au droit nouveau, à la différence des contrats prorogés, où les contrats conclus sur la base d'éléments échangés avant le 1^{er} octobre (offre avant le 1^{er} octobre et acceptation ensuite, pacte de préférence ou promesse conclues avant et réalisés ensuite, contrats conclus avant cette date mais renégociés ensuite, avenants conclus après le 1^{er} octobre intéressant des contrats conclus auparavant, etc., contrats d'application conclus après le 1^{er} octobre en exécution de contrats cadres antérieurs, transmission, par voie de cession par exemple, d'un contrat conclu antérieurement, etc.).

L'article 9 de l'ordonnance prévoit également que « lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne », règle qui vaut également « en appel et en cassation ». On pourrait donc avoir des stratégies, visant à réfléchir à la date de conclusion de contrats, avant ou après l'entrée en vigueur de la loi, ou à l'engagement d'une action en justice, selon les cas.

Il convient également de tenir du projet de loi de ratification, dont on ne sait pas s'il sera adopté avec ou sans modification substantielle, lesquelles pourraient rendre encore plus complexes les hypothèses de droit transitoire, ni s'il sera introduit avant ou après le 1^{er} octobre 2016 (si c'est le cas et si des modifications sont introduites, on se retrouverait alors avec plusieurs droits en concurrence, le droit antérieur au 1^{er} octobre, le droit intermédiaire et le droit postérieur à la loi de transposition).

21. Par ailleurs, nous ne sommes pas, ici, face à une réforme sectorisée, mais face à une réforme globale d'une norme, le droit des contrats, fait de règles légales et de règles jurisprudentielles, lesquelles sont aujourd'hui considérables. Comment faire la part, alors entre des décisions de jurisprudence, antérieure (ou non) à la réforme, mais tenant compte (sans que l'on puisse le deviner) de celle-ci ? L'exemple est venu dès le 22 mars 2016 (*Cass. com.*, 22 mars 2016, n°14-14218) où la chambre commerciale de la Cour de cassation a « reviré » sa position sur la sanction d'une vente à prix dérisoire. Jusqu'alors, la chambre commerciale y décelait une nullité absolue. Or dans cet arrêt la Cour de cassation considère qu'il s'agit désormais d'une nullité relative, en se fondant, ce qui n'est pas, en outre, une mince avancée, sur les décisions de la première et de la troisième chambres civiles, qui avaient décidé en ce sens, alors même que c'est la solution que proposera la réforme du droit des contrats. Simple revirement ou alignement de jurisprudence ou application par anticipation de la réforme ? Difficile de le savoir dans la mesure où la Cour de cassation ne vise pas la réforme, mais difficile de ne pas y songer. Or cette perspective modifie considérablement le regard jeté sur les décisions à venir rendue sur le fondement sur droit actuel ou sur le droit à venir.

22. D'une manière plus générale, la question de l'application immédiate de règles nouvelles à des contrats conclus antérieurement va inmanquablement se poser, et ce malgré les considérations doctrinales largement entretenues à la suite des travaux de Roubier (*P. Roubier, Le droit transitoire, LGDJ, 2^e éd. 1960*). Si l'article 9 pose la règle de survie de la loi ancienne, cette règle est, pour le moins, de compréhension confuse. En effet, les normes nouvelles d'ordre public intéressant l'exécution du contrat

s'appliqueront (sans obligatoirement mais on peut le supposer) aux contrats en cours. Mais qu'en est-il de toutes les autres règles ? Par exemple, comment mettre fin à un contrat conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme ? Faudra-t-il utiliser les règles anciennes ou mettre en œuvre les règles nouvelles, celles de la résolution unilatérale par notification notamment ? De même, les règles relatives à la formation ou à la validité du contrat sont celles qui, parce qu'elles consacrent de nouveaux régimes (ceux du contenu du contrat) sont, indubitablement d'ordre public et on peut faire le pari que les parties auront la volonté de les voir appliquer, contre la règle de survie de la loi ancienne et l'inefficacité de la loi nouvelle aux situations juridiques conclues antérieurement (ce qui était valable le demeure, ce qui était annulable le demeure). Par conséquent, la Cour de cassation ne va-t-elle pas être en mesure de dépasser la règle de survie de la loi ancienne, aux contours vagues et essentiellement spéculatifs, pour proposer, au rebours, une application plus musclée de l'effet immédiat de la norme nouvelle aux contrats en cours, y compris les normes intéressant la formation du contrat ? Par exemple, que penser d'une clause insérée dans un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016 et qui serait susceptible d'être critiquée sur le fondement de l'article 1171 du Code civil après cette date ? Si l'on s'en tient aux considérations classiques, la clause, régulièrement formée, sous l'empire de la norme ancienne, était valable et le demeurera. Toutefois, ne faudrait-il pas faire une différence entre les éléments du contrat définitivement passés, par exemple les conditions de l'expression du consentement, et les éléments du contrat dont l'effet se manifeste après l'entrée en vigueur de la loi ?

Plus globalement, l'article 9 de l'ordonnance de 2016 implique de reculer à une date incertaine l'application réelle du droit des contrats, aux contrats conclus après le 1^{er} octobre, par la promotion de la règle dite de la « survie de la loi ancienne », ce qui emporte un risque considérable de chevauchement des deux règles concurrentes, celles de l'ancien et du nouveau droit des contrats, et donc leurs interprétations jurisprudentielles.

Or, on pourrait proposer d'autres interprétations de l'article 9, par exemple à propos des normes nouvelles d'ordre public affectant l'exécution du contrat, ou, de manière plus osée, celles affectant la

formation du contrat, voire, pour proposer une application immédiate de la réforme, de considérer que la « loi ancienne » de l'article 9 est celle formée des règles qui n'ont pas été modifiées par l'ordonnance de 2016 (*comp. D. Mainguy, Pour l'application immédiate de la réforme de droit des contrats, D. 2016, à paraître*).

23. Le **plan de cette présentation de la réforme de 2016** reprendra les cinq grands éléments du droit français nouveau des contrats, à savoir *LE CONTRAT* (Partie 1), *LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE* (Partie 2), *LES QUASI-CONTRATS* (Partie 3), *LE REGIME GENERAL DES OBLIGATIONS* (Partie 4) et enfin *LA PREUVE DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS* (Partie 5), sans toutefois retenir le plan du Code civil qui rappelons-le, reprend les trois titres « disponibles », les actuels Titre III, IV et IV bis, pour y loger dans le nouveau Titre III, les questions relatives aux « sources des obligations », dont le contrat, la responsabilité extracontractuelle et les « autres sources d'obligations », disons les quasi-contrats, puis dans un nouveau Titre IV, le régime général des obligations, et dans le nouveau Titre IV bis, les questions relatives à la preuve.

24. Par ailleurs, et enfin, pour plus de commodité, les règles du Code civil actuel seront visées comme les « ex-articles », et les « articles » sont ceux du Code civil dans sa version 2016, les commentaires étant réalisés, au besoin, en un plan, non systématique donc, où se succèdent des considérations sur le présent (changements et constantes) et sur l'avenir (questions et difficultés d'interprétation) qui, par nature, est inconnu. Si donc des propositions, voire des prédictions, sont envisagées, elles sont de simples propositions d'interprétation, qui dépendront des situations véritablement proposées aux juges, et à aux solutions qui seront finalement retenues par la Cour de cassation.

Daniel Mainguy

PREMIERE PARTIE

LE CONTRAT

25. La réforme instaure un premier ensemble de règles, relatifs aux actes et aux faits juridiques, mais aussi aux obligations légales et aux obligations nées dans d'un « devoir de conscience », ainsi, s'agissant des trois « sources d'obligations » retenues dans le nouveau Code que, les contrats, la responsabilité extracontractuelle et les « autres sources d'obligations », respectivement dans trois sous-titres. S'agissant d'envisager le contrat, nous présenterons trois questions, les *DEFINITIONS, PRINCIPES ET CLASSIFICATIONS* correspondant aux trois premiers articles inaugurant le Titre III du Code civil, mais également les premiers concernant le Sous-Titre III intéressant plus spécifiquement le contrat et considérés comme des « dispositions liminaires » après avoir été des « principes généraux » ou « directeur », ainsi que les principales classifications des contrats, avant d'envisager *LA FORMATION* (Titre 2), *L'INTERPRETATION* (Titre 3) et *LES EFFETS* (Titre 4) du contrat.

TITRE 1 DEFINITIONS, PRINCIPES ET CLASSIFICATIONS

CHAPITRE 1 ACTES ET FAITS JURIDIQUES

TITRE III DES SOURCES D'OBLIGATIONS

Art. 1100 Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.

Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui.

Art. 1100-1 Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

Art. 1100-2 Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.

Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations.

1. Le présent : changement et constantes

a. Actes et faits juridiques, obligations légales

26. Ces trois articles ne faisaient pas partie du projet ; ils ont été ajoutés au cours de l'année 2015, et ne réforment d'ailleurs rien : aucune disposition dans le Code civil n'envisageait cette question. Il s'agit en revanche d'une vieille question de classification des obligations, qui correspond au souci de définir les *sources des obligations* notamment sous l'Ancien régime, question reprise après 1804. Reprise du droit romain, la qualification quadripartite distinguait les obligations nées du contrat, des quasi-contrats, des délits ou des quasi-délits, auxquels Pothier ajoutait la loi. Le Code civil de 1804 distinguait cependant les sources conventionnelles (dont les contrats) et les sources non conventionnelles dont les quasi-contrats et les actes illicites (délits et quasi-délits), tandis qu'apparaissait ensuite en doctrine la distinction entre *actes*

juridiques et faits juridiques. Si l'acte juridique avait fait une timide apparition dans l'ex-article 1108-1, le fait juridique en revanche était inconnu du Code.

La réforme de 2016 choisit, de ce point de vue, une solution moderne et efficace. Les obligations sont considérées comme naissant d'actes ou de faits juridiques ou bien de la loi, reprenant pour partie la proposition de l'avant-projet de loi Catala.

Les actes juridiques sont (art. 1100-1) « *des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* », tandis que les faits juridiques sont « *des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit* ». Quant aux obligations légales, elles ne sont pas définies.

Les actes juridiques peuvent être conventionnels ou unilatéraux ; ils peuvent également être collectifs. Leur régime est celui « *en tant que de raison* » celui du droit des contrats. Celui des faits juridiques est, selon le cas, celui de la responsabilité extracontractuelle ou des « autres sources d'obligations » ce qu'on désigne par les « quasi-contrats ».

Cette distinction est assez curieuse, comme cet ajout. La distinction entre actes et faits juridiques, principalement didactique mais également opérationnelle sur le terrain de la preuve notamment, a toujours été considérée comme approximative : la faute dolosive, celle faite intentionnellement avec la volonté de causer un dommage n'est-elle pas une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit ? A l'inverse, l'acquisition d'un ticket de métro est-elle réellement une telle manifestation de volonté ou un simple « agissement » auquel la loi attacherait des effets de droit ? Pire le contrat conclu par une personne en situation de faiblesse avec une autre qui en abuse est-elle une manifestation sérieuse de volonté ?

27. La catégorie des « obligations légales » est plus sophistiquée. Les « devoirs » ou « obligations » posés par la loi sont en effet très nombreux, protéiformes pas toujours clairement posées. Ainsi, l'obligation d'information précontractuelle est désormais un tel devoir, dont le régime est celui de la responsabilité

extracontractuelle, dans la mesure où il s'exécute avant la conclusion du contrat. Bien des obligations légales en revanche sont présentées comme des exigences, ou des exigences posées en termes de licéité ou d'illicéité, par exemple en droit de la consommation, de la concurrence ou du travail. Par exemple l'obligation de fournir ou de réclamer une facture de l'article L. 441-3 du Code de commerce est-elle une « obligation » ou une exigence sanctionnée pénalement ? Ce d'autant que le régime des « obligations légales » n'est pas déterminé et on pourra estimer qu'il sera tantôt celui des contrats ou celui de la responsabilité extracontractuelle, selon que le juge aura choisi l'un ou l'autre.

b. Obligations nées d'un devoir de conscience

28. L'article 1100, al. 2 détermine également la catégorie des obligations qui « *peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* », ce qui correspond, mais approximativement à la catégorie des obligations naturelles (Cf. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957), simplement évoquées par l'ex-article 1235, al.2 du Code civil et qui constituent une sorte de pont entre la catégorie des obligations dites *morales* et non juridiques, et celles des obligations *civiles*, comme la promesse de fournir une somme d'argent, sans aucune dette préexistante ou d'exécution d'un contrat prescrit ou annulé qui correspondent à ce que l'article 1100 al. 2 considère comme l'exécution volontaire ou la promesse d'une exécution d'un devoir de conscience (pour éviter le terme « moral » ou « naturel »). Longtemps fondé sur la fausse idée d'une *novation* de l'obligation non civile en obligation civile, ce « pont » était, depuis un arrêt de 1995 (Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, Bull. civ. I, n°352, D. 1996, somm. 120, obs. R. Libchaber, D. 1997, p. 155, note G. Pignarre. Adde : N. Molfessis, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 octobre 1995 », D. 1997, Chr. 85) en une source autonome d'engagement, par la logique d'un engagement unilatéral de volonté : « *La transformation, improprement qualifiée novation d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à l'obligation* » et aujourd'hui considérée comme une *exécution volontaire* ou une *promesse d'exécuter*.

D'une manière plus générale, les obligations naturelles se rencontrent dans deux types de situations, d'une part lorsqu'une obligation est imparfaite, parce qu'un obstacle quelconque a empêché la formation normale de l'obligation (nullité, règle de forme non respectée, etc.) alors que l'obligation s'est éteinte sans avoir été payée (par prescription notamment), et d'autre part, face à des obligations relevant de la morale, le l'honneur ou de la conscience. On peut en outre observer que ce régime dépasse, et de très loin, la seule question des obligations morales, mais intéresse la catégorie, très large des engagements à portée juridique discutable comme les engagements d'honneur (B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979. *Chron.* 107 et *Droit et modernité*, Puf, 1998, p. 277 ; v. aussi D. Ammar, *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, Th. Paris I, 1990 ; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1991, J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2001, n°352s, D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjucq, (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n°958 s.).

Le régime des obligations nées d'un devoir de conscience en outre n'est pas défini : il s'agit simplement d'une source d'obligations particulièrement identifiée qui peut donc épouser ou bien celui des contrats ou de la responsabilité extracontractuelle, selon les cas.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

29. De très nombreuses questions demeurent, qui repose sur l'utilité normative réelle de ces trois articles introductifs qui illustrent la difficulté de présenter en termes obligatoires des présentations et classifications de type doctrinal. Ainsi en est-il de la confusion, apparente, que produit l'article 1100-2 qui renvoie les quasi-contrats dans le domaine des faits juridiques, alors que ceux-ci sont, selon les cas, plutôt de véritables quasi-contrat, comme la gestion d'affaire, fondée sur un quasi-mandat, ou plutôt des délits ou quasi-délits, comme dans le cas de la répétition de l'indu (qui est parfois le résultat d'un événement de type contractuel) ou encore relevant de la morale ou de l'équité, comme l'enrichissement sans cause. De même ces trois articles formulent une présentation incomplète et n'envisagent pas l'acte unilatéral de volonté, ni les actes collectifs. Surtout, le principal intérêt de la distinction entre actes et faits juridiques est d'ordre probatoire,

avec l'exigence d'écrit pour les premiers, par principe, et la liberté de la preuve pour les seconds, alors même que le flou relatif qui entourait cette distinction permettait à la jurisprudence d'adapter, sans se soucier de cette distinction, le jeu de la preuve à la situation pratique.

Daniel Mainguy

CHAPITRE 2. LES « PRINCIPES GENERAUX » DU DROIT DES CONTRATS

30. Le sous-titre 1^{er} du Titre III du Code civil commence par un chapitre intitulé, de façon neutre, « dispositions générales », contenant les articles 1101 relatif à la définition du contrat, aux articles 1006 à 1111-1 relatifs aux différentes classifications des contrats, en passant par les règles relatives à la liberté contractuelle, à la force obligatoire du contrat, à la bonne foi ou encore aux contrats nommés et innomés. On peut toutefois considérer que l'importance de certaines de ces règles sont mises en exergue d'une telle manière qu'elles se présentent à la manière des « principes directeurs » qui introduisait les règles du contrat dans le projet de la Chancellerie de 2009. Principes directeurs, principes généraux, l'usage dira quelle formule retenir ; bien plus que de simples « dispositions générales » (formule qu'on retrouve d'ailleurs à plusieurs endroits de la réforme) et ici divisées en cinq parties, celles relatives à la définition du contrat (Section 1), au principe de la liberté contractuelle (Section 2), aux règles désormais recombinaisons de la force obligatoire et de la bonne foi (Section 3), des contrats innomés et nommés (Section 4) et enfin aux diverses classifications proposées (Section 5).

SECTION 2 LE PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE

SOUS-TITRE I ER LE CONTRAT

Chapitre Ier Dispositions liminaires

Art. 1101 Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

1 Le présent : changement et constantes

31. Fin de la « convention », désormais tout est contractuel. Le titre III du Code civil s'ouvrait sur la formule célèbre de l'ex-article 1101 qui indiquait que « *le contrat est une sorte de convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose* », remplacé par la nouvelle formule qui s'ajoute à la définition de l'acte juridique de l'article 1101 qui évacue les convention (mais qui est plus large que la version issue du Projet). Tout est désormais contractuel et le contrat est un accord de volonté destiné à produire des effets de droit. N'est donc pas ou plus un contrat un accord de volonté qui ne produirait pas des effets de droit. C'est le cas des engagements d'honneur (cf. supra). En revanche, les contrats « pédagogiques » (Cf. P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM 2007, J. Rochfeld, « Le PARE et les vertus du contrat pédagogique », RDC 2005/2, p. 257) dont les parties se bornent à recopier les mentions en ajoutant simplement les éléments d'identification des parties.

Si le contrat nouveau n'est plus une simple espèce de convention, il concerne désormais l'ensemble des accords de volontés producteurs d'obligations (Comp. Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, R. loir, *Les conventions non créatrices d'obligations*, Th. dr. Lille, 2007), et par exemple les conventions créant de simples effets réels et l'ensemble du domaine des conventions, classiquement entendues comme des accords de volonté ayant pour effet de créer, modifier ou éteindre un rapport juridique, pour autant qu'ils créent, modifient, transmettent ou éteignent des obligations. En outre, le contrat nouveau n'est plus simplement une machine produisant des obligations de donner, faire ou ne pas faire, laissant des questions sur l'existence d'autres types d'obligations, comme les obligations de *praestere*, et surtout alors que le contrat produit des effets de droit, qui ne sont pas nécessairement des obligations, et qui sont toujours ignorées de l'article 1101 nouveau, comme les options, les facultés et autres mécanismes contractuels.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

32. La définition nouvelle, n'est donc pas exempte, sinon de critiques du moins de questions, sur le sens du terme « contrat » employé par le nouvel article 1101 du Code civil. Par exemple, la notion de « clause », qui pouvait se fondre tout aussi bien dans celle de contrat que dans celle de convention de l'ancien article 1101 selon qu'elle produisait, ou non, des obligations de donner, faire, ou ne pas faire, par exemple une clause d'option ou de faculté, ou encore une clause de force majeure, etc. et qui pourra désormais être considérée selon les cas comme relevant du « contrat » de l'article 1101 nouveau ou de l'acte juridique de l'article 1100 dont le régime est celui, « *en tant que de raison* » celui des contrats : on aurait finalement pu préférer une formule selon laquelle le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire des effets de droit, notamment créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

Daniel Mainguy

SECTION 2 LE PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE

Art. 1102 Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

1 Le présent : changement et constantes

33. L'article 1102 du Code civil entame la série des « principes directeurs », ou « généraux » pour reprendre la formule de la loi d'habilitation de 2015, et consacre le principe de la liberté contractuelle de manière nette à travers plusieurs composantes, la liberté de contracter, celle de ne pas contracter, celle de choisir son contractant et enfin de déterminer le contenu du contrat. La précision est d'autant plus heureuse que ce principe n'était pas expressément exprimé sinon, à travers des textes épars, l'article 6, l'ex-article 1123, l'ex-article 1128 et l'ex-article 1134 du Code civil, alors que se pose régulièrement la question de la constitutionnalité de ce principe (*Déc. Cons. constit. 3 août 1994, JCP, 1995, II, 22404*,

note Y. Broussole, *RTD civ.* 1996.151, obs. J. Mestre, *déc. Cons. constit.* 20 mars 1997, *JCP* 1997, I, 4039, obs. M. Fabre-Magnan, *RTD civ.* 1998.99, obs. J. Mestre, *déc. Cons. constit.* n°2013-672 DC, 13 juin 2013, *D.* 2014, p. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano, *déc. Cons. constit.*, n°2013- 337 QPC. V. Ph. Terneyre, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges G. Peiser*, PU Grenoble, 1995, p. 473. Pour une étude globale P.-Y. Gadoun, *La liberté contractuelle et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008). On ne tranchera certes pas ici la question de la valeur constitutionnelle du principe de liberté contractuelle sinon pour observer, avec P.-Y. Gadoun, que cette question « *s'avère finalement fluctuante, instable et précaire* », non certaine donc (P.-Y. Gadoun, *op. cit.*). Il en est de même, d'ailleurs, de la reconnaissance du caractère « fondamental » du principe au regard des règles du droit européen des droits de l'homme (J.-P. Marguenaud, *Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale*, *RDC* 2009, p. 121, D. de Béchillon, *Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *Malanges D. Labetouille*, 2007, p. 53). Ne nous trompons pas cependant : la fondamentalisation de la liberté contractuelle est une épine dans le pied du normateur, à la fois en ce qu'il ne reconnaît pas la pleine mesure du principe et de ses conséquences, en regard de la contrariété de ce principe avec un principe concurrent, l'ordre public notamment, et parce que les règles contraignantes qui seraient adoptées par le législateur seraient alors sous le contrôle par le juge constitutionnel ou des droits fondamentaux (Pour une étude globale : A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, *Préf. M. Fabre-Magnan*, *IRJS*, 2015).

L'apport de ce texte est purement informatif, et ne change absolument pas l'ordre des règles applicables, surtout pas l'alinéa 2 qui ne fait que répéter la formule de l'article 6 du Code civil, à ceci près toutefois que l'article 6 évoque les « lois » qui intéressent l'ordre public, et l'article 1102, al. 2 les « règles ». Le changement n'est ici pas sans intérêt et valide l'idée de l'existence, à côté d'un ordre public formel, un « ordre public virtuel », c'est-à-dire l'absence de « loi de validation universelle ». Est souvent véhiculée l'idée que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, ce qui, si une telle règle existait, à la manière du principe de légalité du droit

pénal, inviterait à ne considérer que l'ordre public formel, l'ensemble des règles qui précisent expressément que telle situation est interdite. Or, aucune règle de ce type n'existe en droit français, ce qui autorise le juge à établir des règles d'ordre public, en interprétant des règles non expressément d'ordre public voire en en créant de nouvelles (comme c'est le cas des règles de *validité* des clauses de non concurrence par exemple), mais jusqu'à l'article 1102, al. 2, aucune règle n'invalidait non plus expressément (sauf en droit pénal) l'idée d'une règle de validation universelle.

En outre l'article 1102, al.2 n'invoque que les règles d'ordre public et point les bonnes mœurs, ce qui pourrait entériner l'idée de abandon de la référence aux bonnes mœurs, à moins toutefois que la notion d'ordre public suffise à les englober.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

34. En revanche, l'article 1102 abandonne la référence, formulée dans le projet, aux droits et libertés fondamentaux, qui étaient tout à la fois mal présentées (la référence à des « textes » était ambiguë dans un contexte hyperjurisprudentiel) et bienvenues, car déjà contenues dans la sphère de l'ordre public et dont l'appréciation, par le prisme d'un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à un droit fondamental et à la liberté contractuelle est, en pratique, déjà réalisé en jurisprudence, mais particulièrement adaptées à la logique de « fondamentalisation » du droit privé en général, du droit des contrats en particulier. Formulée dans le « Projet Terré » préconisé par un auteur à la plume rare mais puissante (G. Rouhette, *Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations* », RDC 2007, p. 1371, n° 43), cette proposition avait en outre l'avantage d'instaurer, dans le Code civil, un ancrage formel des droits et libertés fondamentaux, et, surtout, de la méthode de contrôle de ces derniers, par la technique du contrôle de proportionnalité. On ne peut s'empêcher de penser que le débat actuel sur les réformes de la Cour de cassation, s'agissant de son rôle et de la motivation de ses arrêts, notamment lorsqu'ils touchent aux droits fondamentaux, notamment dans ses rapports avec la CEDH, débat qui inspirent un certain nombre de réticences ou de questions, n'est pas pour rien dans ce retrait. On peut également penser que ce retrait est totalement vain : le contrôle de

proportionnalité entre de droits fondamentaux ou entre des droits fondamentaux et l'ordre public est entré dans le débat judiciaire depuis plus de vingt ans, par exemple à propos du contrôle de validité des clauses de non-concurrence, et on ne voit pas bien ce qui l'arrêterait.

Daniel Mainguy

SECTION 3 FORCE OBLIGATOIRE ET BONNE FOI DANS LE CONTRAT

Art. 1103 Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

Art. 1104 Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public.

1 Le présent : changement et constantes

35. Le dépeçage de l'ex-article 1134 du Code civil s'effectue à l'inverse du projet de loi, qui séparait l'ex-alinéa trois de l'article 1134, des deux premiers, en isolant, dans deux articles distincts, l'ex-alinéa 1^{er}, réécrit, et l'ex-alinéa 3 de l'article 1134, également reprise, dans les articles 1103 et 1104. Les contrats, et non plus les conventions, légalement formés, tiennent donc toujours de loi à ceux qui les ont faites, érigeant donc la règle de la force obligatoire du contrat en un principe directeur, voisin de l'article 1104 qui isole la règle de négociation, de la formation et de l'exécution de bonne foi des contrats.

36. Le Code civil nouveau entend donc restaurer l'équilibre, à arbitrer par les juges, entre les alinéas de l'ex-article 1134 du code civil, dont la concurrence avait fait couler tant d'encre depuis les années 1990, au profit d'un objectif de sécurité juridique du contrat limité à son contenu exprès par l'article 1103 (la lettre du contrat et rien que la lettre du contrat) et d'un objectif d'équilibre contractuel (le contrat dans son esprit, au-delà de sa stricte lettre, y compris par des obligations inhérentes, quand bien même elles n'y figureraient pas, par exemple comme résultat d'un rapport de force

contractuelle), par une interprétation large de ce qui devient l'article 1104.

37. Cela précisé, la modification n'est pas seulement formelle. En premier le déplacement de l'ex-article 1134, al. 1 dans l'article 1103, c'est-à-dire au cœur des « principes directeurs », aux côtés de l'article 1104, ex-article 1134, al.3 entend bien restaurer le *statu quo ante*, contrairement au projet qui faisait la part belle, dans ces principes directeurs, à la bonne foi. Le projet laissait entendre que la règle de la bonne foi, aux stades de la formation et de l'exécution du contrat, aurait pu être considérée comme un principe directeur, supérieur, au moins dans la lettre, à la simple règle de ce qui était l'article 1194 du projet. L'équilibre entre ces deux objectifs est donc, au moins formellement, maintenu.

38. Il reste que l'article 1104 est enrichi par rapport à la version antérieure, et pas seulement par l'adjonction d'un « devoir être » de bonne foi (cf. D. Mainguy, *Le contractant, personne de bonne foi ? in Le contractant, personne de bonne foi ? in La réforme du droit des contrats (C. Albigès, dir.), Dalloz, 2015, p. 83*), par l'extension de l'exigence de bonne foi à la période de la négociation et de la formation du contrat, relayé d'ailleurs par l'article 1112 (principe de bonne dans la négociation des contrats) et 1112-1'obligation précontractuelle d'information), voire les règles nouvelles relatives au contenu du contrat ou à l'imprévision). Dès lors, le principe de bonne foi est *a priori* complet, en ce qu'il s'impose, positivement, aux trois stades de la négociation, de la formation ou de l'exécution du contrat, en ce sens que le juge peut ajouter des exigences non envisagées par les parties, négativement, par la possibilité laissée au juge de supprimer certaines clauses ou de modifier le contrat en cas de changement de circonstances économiques. Curieusement, cependant, l'article 1104 ne s'étend pas formellement au stade de la rupture du contrat, alors pourtant que les thèmes de la rupture brutale ou abusive d'un contrat forment l'essentiel du contentieux contractuel.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

39. Restent, entières, deux questions. D'abord, celle de l'autorité du mécanisme contractuel. On sait que l'ex-article 1134 du Code

civil commençait par la célèbre formule, aujourd'hui déplacée à l'article 1103 et qui, selon que l'on insistait sur la seconde référence à la loi ou à la première assurait comme fondement de cette autorité, l'autonomie de la volonté « le contrat tient lieu de loi », ou la conformité aux normes applicables (lois et jurisprudence) : « les conventions légalement formées ».

C'est également le cas de la seconde, relative à la détermination de la détermination ou de la sanction de la bonne foi. Aucune information particulière ne permet d'identifier, à ce stade, le moindre élément permettant de considérer que quelque chose aurait été ajouté ou retranché au regard des critères que la jurisprudence a dégagés, laissant entière la liberté d'interprétation par la Cour de cassation. Aucun critère, par ailleurs, n'identifie non plus le moindre indice permettant de repérer les contours de l'effet utile de l'article 1104, à savoir la mauvaise foi, ni même les contours de sa sanction, après l'arrêt *Les Maréchaux* (Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2007, n°06-14768) et la distinction entre la « substance du contrat » échappant au contrôle de la bonne foi, et les « prérogatives contractuelles », qui y sont soumises.

Daniel Mainguy

SECTION 4 CONTRATS NOMMES ET INNOMES

Art. 1105 Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.

40. La dernière règle de cet ensemble formant les principes directeurs du contrat (si on excepte les règles relatives aux classifications, à la portée symbolique et normative nettement moins forte) reprend, en le modifiant, l'ex-article 1107 du Code civil (et « répare » ainsi une omission dans le projet). Ainsi, l'article 1105 se contente d'exprimer une distinction en fonction de l'existence d'une dénomination propre ou non des contrats, de manière un peu confuse. Ainsi, les contrats, quels qu'ils soient, sont soumis aux règles générales du Titre III du Livre III du Code civil, tandis que les règles particulières à certains contrats disposant de

règles qui leur sont propres, les règles générales demeurant à titre subsidiaire. Rien d'extraordinaire donc : l'application des logiques du droit commun et des règles spéciales. Toutefois, le texte ne reprend pas la précision de l'application de ces règles, y compris aux contrats soumis aux règles du Code de commerce, inutile désormais.

Toutefois, si le texte se comprend bien au regard des dispositions relatives aux contrats spéciaux (ils sont gouvernés par les règles spéciales, et à défaut par les règles générales), il se comprend moins bien, notamment au regard des deux derniers alinéas au regard d'autres disciplines utilisant l'outil contrat comme le droit de la consommation ou le droit du travail par exemple : *a priori* les dispositions générales du code civil s'appliquent à ces corps de règles sauf dispositions particulières.

Daniel Mainguy

SECTION 5 CLASSIFICATION DES CONTRATS

Art. 1106 Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.

Art. 1107 Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie.

Art. 1108 Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.

Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.

Art. 1109 Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.

Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose.

Art. 1110 *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.*

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

Art. 1111 *Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution.*

Art. 1111-1 *Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.*

Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps.

1 Le présent : changements et constantes

41. Les articles 1105 à 1111-1 reprennent, aménagent et innovent dans les classifications des contrats, qui étaient celles des ex-articles 1102 et suivants du Code civil. Si l'article 1106 définit le contrat synallagmatique de la même manière que l'ex-article 1104, al.1^{er} les autres modifications sont légères pour identifier le contrat unilatéral, le contrat commutatif ou aléatoire, onéreux ou à titre gratuit de l'article 1107 (qui abandonne toutefois la formule du « contrat de bienfaisance » de l'ex-article 1105) à l'exception d'ajouts dont certains reprennent des catégories connues, sans aller toutefois jusqu'à reprendre des catégories dégagées par la doctrine, comme les contrats « organisation », « relationnels », « échange », etc.

a. Contrat cadre et contrats d'application

42. Ainsi, la définition du contrat cadre et des contrats d'application, mais également les contrats à exécution instantanée et à exécution successive et encore des contrats de gré à gré et d'adhésion.

La distinction entre contrats cadre et contrats d'application notamment légitime la catégorie phare du droit de la distribution. Elle n'est pas parfaite d'ailleurs, dans la mesure où les contrats cadres sont des contrats qui présentent, en général, au moins deux fonctions, l'une, celle exprimée dans l'article 1111 qui est de préparer la conclusion des contrats qui en sont l'application et d'en fixer le contenu, mais également, et comme leur nom l'indique d'identifier le « cadre » d'une opération contractuelle plus riche, en fonction de l'existence d'une exclusivité, d'une technique de sélection du contractant ou encore de la mise à disposition d'un certain nombre d'éléments incorporels (marque, savoir-faire notamment), corporels ou financiers), dimension ici totalement absente de la définition.

b. Contrats à exécution instantanée et successive

43. La considération des contrats à exécution instantanée et à exécution successive est l'occasion, très tôt dans cette partie du code civil, d'intégrer la notion de temporalité, totalement ignorée du Code civil de 1804 et, ensuite précisée (art. 1210 s.), notamment pour poser dans le Code la distinction entre contrats à durée déterminée et indéterminée.

c. Contrats de gré à gré et contrats d'adhésion

44. Enfin, la distinction entre contrats de gré à gré, ou négociés, et contrats d'adhésion est également la reconnaissance du caractère pleinement contractuels de la seconde catégorie, renvoyant au contrat de travail ou de consommation notamment mais plus largement à toutes les hypothèses dans lesquelles un contrat, par antinomie, n'est pas un contrat de gré à gré ? Cette question illustre deux points essentiels.

Le premier tient au fait que le Code civil s'ouvre à des contrats dans lesquels la part du consentement est faible. Le second tient à la portée de ce texte, qui en fait sans doute l'un des plus importants de la réforme, ouvrant alors à bien des interrogations pour l'avenir.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

45. Largement descriptive, sinon pour permettre de nouvelles techniques d'interprétation du contrat (cf. art. 1190), la distinction entre contrats de gré à gré et contrats d'adhésion pourrait connaître cependant un certain succès, du fait du champ d'application de l'article 1171, concernant la nullité des clauses « abusives » dans les contrats d'adhésion.

Contrairement au projet, qui proposait que cette règle (Projet, art. 1169) s'étende à tous les contrats, l'ordonnance de 2016 en a réduit la portée aux seuls contrats d'adhésion. Il devient donc essentiel de mesurer les éléments de détermination des contrats de gré à gré ou d'adhésion, en ce que ces derniers, catégorie désormais générale, ne se réduit pas aux seuls contrats de consommation notamment, mais à tous les contrats, y compris entre professionnels, par exemple les contrats de distribution, les contrats de crédit, et bien d'autres encore qui seront appelés à être considérés comme tels ou en être exclus. Deux pistes apparaissent. On pourrait considérer que, au regard de la portée de l'article 1102 et de la reconnaissance du principe de liberté contractuelle, les contrats de gré à gré sont de principe et les contrats d'adhésion, l'exception. Ainsi, les contrats d'adhésion seraient ceux dont les conditions générales ne sont pas négociées et sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Cette catégorie est aussi celle qui identifie les contrats de *simple adhésion*, et où la volonté d'une seule des parties s'exprime. Les contrats de *double adhésion*, dont le contenu est déterminé par un tiers, le législateur ou un tiers ayant fixé le contenu d'un contrat auquel les parties renvoient par référence (comme les conditions générales de vente type d'un secteur particulier) seraient alors exclus du champ de cette catégorie, et partant, de l'article 1171. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion, serait alors de gré à gré.

Deuxième hypothèse alors qu'on peut remarquer que les deux définitions ne se répondent pas exactement et que la solution inverse pourrait être envisagée : les contrats d'adhésion seraient tous ceux qui ne sont pas des contrats de gré à gré. Ainsi, l'article 1110 considère que le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées tandis que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales ne le sont point.

Les contrats de gré à gré sont définis comme les contrats dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Quelles stipulations : toutes les stipulations, une seule stipulation, celles dont on peut considérer qu'elles constituent les « conditions générales » pour répondre à la définition du contrat d'adhésion (mais alors comment l'envisager ? Est-ce par référence aux « conditions générales » de l'article 1119 qui elles-mêmes renvoient aux conditions générales du type de celles visées à l'article L. 441-6 du Code de commerce), ou bien par référence aux stipulations essentielles du contrat (ce qui était la formule du Projet ? Tout contrat qui n'est pas de gré à gré serait alors un contrat d'adhésion.

Par ailleurs, des situations très complexes apparaissent. Par exemple, les ventes commerciales, notamment dans le secteur de la grande distribution, sont établies sur la base de conditions générales (rédigées par l'une des parties, non négociées), des conditions particulières (*idem*), et le « contrat unique » de l'article L. 441-7 qui rassemble les éléments résultant de la négociation des premiers. L'ensemble forme-t-il alors le contrat, dont le caractère négocié ou non négocié devrait être mesuré, en fonction de l'importance des éléments de la négociation et du rapport de principal à accessoire, à moins que le contrat de vente soit résumé au contrat unique, négocié. On pourrait alors multiplier les exemples, dans les contrats d'assurance, de crédit ou de distribution en réseau notamment.

Daniel Mainguy

TITRE 2 LA FORMATION DES CONTRATS

46. Le Code civil nouveau propose de nouvelles règles en matière de négociation, de détermination des éléments du processus de formation du contrat, et relatives à certains contrats préparatoires, comme c'était attendu l'ensemble étant ici envisagé à travers le *processus de conclusion des contrats* (Chapitre 1), avant, (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LE PROCESSUS DE CONCLUSION DES CONTRATS

SECTION 1 LA NEGOCIATION DU CONTRAT

§ 1 LE PRINCIPE DE LA NEGOCIATION

Chapitre I La formation du contrat

Section 1 La conclusion du contrat

Sous-section 1 Les négociations

Art. 1112 *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.*

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

47. Tout est ici, dans le Code tout au moins, changement. La formation du contrat était l'un des grands manques dans la législation du droit des contrats, le Code civil de 1804 étant limité aux questions de validité du contrat.

Pour autant, depuis les années 1970, la question des négociation a été largement débattue, fouillée, décidée, tout à la fois dans le principe de la libre négociation, de la responsabilité civile délictuelle comme sanction des fautes dans la négociation, dans d'exigence d'une négociation de bonne foi, et dans l'absence de conséquences tangibles de cette exigence (pas d'exclusivité, pas d'obligation de révélation d'une négociation tierce, etc.), y compris dans la limitation de la réparation due au titre de la rupture abusive d'une négociation.

Les changements sont donc en premier assez formels et reprennent les acquis de la jurisprudence. La négociation est libre, c'est bien entendu la conséquence du principe de liberté contractuelle ; elle doit « *impérativement* » satisfaire les exigences de la bonne foi. C'est déjà explicité par l'article 1104 du Code civil, étant entendu que les fautes de la négociation est aujourd'hui envisagée de manière plus

large que la simple question de la bonne ou de la mauvaise foi, mais par exemple su celui de l'abus dans le droit de rompre, ou encore la légèreté blâmable, voire la simple absence de motif légitime, le caprice en quelque sorte (*Cass. com. 14 déc. 2004, n°02.10157*). Rien n'interdira de maintenir et poursuivre cette liste ne serait-ce que par la référence à la « faute » de l'article 1112, al. 2.

48. On observera toutefois que l'article 1112 n'a pas conservé la formule du projet qui indiquait expressément que le régime de responsabilité qui en découle est le régime de responsabilité extracontractuelle, ce qui, au final est assez heureux.

En effet deux types de négociations sont envisageables : la négociation ordinaire, extracontractuelle, les pourparlers, préalables à la conclusion de n'importe quel contrat, et dont l'initiative (une simple invitation à entrer en négociation, une publicité, etc.) peut être même peu expresse, ou des formules plus lourdes, contractuelles, sur la base des contrats de négociation, quelque forme qu'ils prennent (contrat de négociation proprement dit, échange de lettres d'intentions, etc.), voire sans que les parties s'en soient rendus compte (sur la base de la notion d'« accord de principe » ou d'échange de courriers engageant à une négociation : *comp. J.M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, l'avant contrat, Ed. F. Lefebvre, 2001*) identifiant des contrats de négociation « subis », voire par des documents de la négociation, sans qu'un contrat soit véritablement conclu. Les situations concrètes de négociation sont donc suffisamment multiples et complexes pour ne pas enfermer la négociation dans un modèle limité, celui des négociations simples, dont la responsabilité est assurée, en droit français, par le régime de la responsabilité extracontractuelle. Dans ces situations donc, les solutions anciennes demeurent, sur la base de l'arrêt *Gerteis* (*Cass. com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n°93, JCP, 1973, II, 17543, note J. Schmidt, RTD civ. 1972.779, obs. G. Durry*) : la négociation initiée, conduite ou rompue de mauvaise foi emporte par principe une réparation établie sur la responsabilité extracontractuelle, la négociation fondée sur un contrat suppose en revanche de respecter les prévisions contractuelles (exclusivité, confidentialité, loi applicable, clauses relatives aux litiges, etc.) et les conflits de documents seront sans doute envisagés sur la base de l'article 1119 du Code civil qui envisage les conflits de conditions générales.

49. L'autre point abordé par l'article 1112, dans son alinéa 2 concerne la question de la réparation des préjudices subis du fait d'une négociation conduite de « mauvaise » foi, c'est-à-dire surtout rompue de manière brutale ou abusive. Au rebours de la plupart des droits étrangers, la France accueillait, supposément, de manière très généreuse ces préjudices ou du moins ne proposait pas de manière claire de solution à cette question, jusqu'à l'arrêt *Manoukian* de 2003, (Cass. com. 26 novembre 2003, n°00-10243, JCP 2004, I, 163, obs. G. Viney, RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, Bull. civ. IV, n°164, JCP, 2006, II, 10130, note O. Deshayes) qui avait décidé que la faute commise pendant la négociation n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat et que consacre l'article 1112, al. 2.

Daniel Mainguy

§ 2 LE DEVOIR PRECONTRACTUEL D'INFORMATION

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

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

Art. 1112-2 Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.

1. Le présent : changements et constantes

50. Le projet proposait au sein des règles relatives au consentement une disposition particulière relative au devoir d'information (Projet, art. 1129), qui a désormais disparu, mais est repris dans l'article 1112-1 que complète utilement l'article 1112-2.

51. L'article 1112-1 enrichit d'ailleurs considérablement le devoir d'information précontractuelle de la formule proposée dans le projet. Ce devoir correspond à la synthèse de la jurisprudence mise en lumière par la doctrine (Cf. not. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, D. Mazeaud et Th. Revet (dir.), *Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'information à la charge du professionnel*, RDC 2012, 1041 s.) essentiellement à partir des obligations spéciales imposées par les règles du droit de la consommation, du droit bancaire ou encore de la jurisprudence dans la vente par exemple.

Au-delà des casuistiques jurisprudentielles, toutefois, l'article 1112-1 impose désormais un véritable devoir général d'information, dont le principe est retouché, et quelque peu amoindrie au regard du projet, au-delà de la question de vocabulaire (les « parties » à la négociation plutôt que les « contractants » qui par hypothèse ne l'étaient pas encore). Le devoir a pour objet une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre, et non plus également l'information « qu'il aurait dû connaître », notamment parce qu'il est un professionnel. La suppression de cette précision est-elle décisive ? Vraisemblablement pas. L'information doit en outre, pour être fournie, être « légitimement » ignorée de l'autre partie ; cela signifie-t-il que l'autre partie doit se renseigner (P. Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner*, D. 1983, Chr. p. 139) ? Il peut également s'agir d'une situation dans laquelle le destinataire de l'information « fait confiance » à l'autre partie. Une rédaction plus claire aurait été heureuse mais c'est probable. En toute hypothèse l'information doit « être déterminante » du consentement de l'autre partie. Cette formule est embarrassante puisque, par hypothèse, le consentement n'est pas encore acquis : cette question fait clairement référence à l'éventuel vice du consentement, par dol, voire par violence économique, qui pourrait résulter du défaut d'information. Les alinéas 2 et 3 proposent des

éléments d'identification : n'est pas déterminante l'information portant sur la valeur de la chose, et surtout sont déterminantes, les informations qui ont « *un lien direct avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* », ce qui n'est ni clair ni utile.

52. Enfin le régime de la preuve (absent du projet) et de la sanction sont abordées, là encore à droit constant, en s'inspirant du Projet Terré (art. 33 al. 3). S'agissant de l'existence du devoir d'information, c'est au créancier de le prouver, en revanche s'agissant de son exécution, c'est au débiteur d'information de prouver qu'il l'a fournie ». Si la formule valide la jurisprudence *Hédreul* (Cass. civ. 1ère, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n°75, JCP 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney, RTD civ. 1997, 434, obs. P. Jourdain) qui avait été posée dans les relations entre médecins et patients, elle risque de bouleverser la situation de bien d'autres relations, à commencer par les relations de distribution soumises à l'« obligation » précontractuelle d'information de la loi *Doubin* (C. com., art. L. 330-1), où, à l'inverse, la jurisprudence considère que c'est au créancier d'information de prouver l'absence d'exécution de ce devoir, sur le fondement des règles relatives à la preuve d'un dol.

D'ordre public (C. civ., art. 1112-1, al. 4), précision utile ne serait-ce que dans le cas des négociations contractuelles, le régime de responsabilité reprend le régime traditionnel du dol : dommages-et intérêts et/ou annulation du contrat en cas de dol.

53. L'article 1112-2 ajoute alors une exigence particulière relative à l'utilisation d'une information présentée comme confidentielle, qui engage la responsabilité de son auteur, « selon les conditions de droit commun », extracontractuelle ou contractuelle, donc, selon les cas. C'est évidemment reconnaître la place des clauses de confidentialité, incluses dans un contrat de négociation ou isolée, ou bien hors toute stipulation contractuelle (à condition de pouvoir prouver le caractère confidentiel de l'information). Une action interrogatoire aurait, d'ailleurs, pu être envisagée comme complément.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

54. Un détail d'abord : l'article 1112-2 prévoit, à titre des sanctions de la violation du devoir précontractuel d'information, une indemnisation et/ou l'annulation du contrat, dans les conditions du dol, ce qui est relativement superfétatoire, dans la mesure où l'information, pour être fournie doit être déterminante pour l'expression du consentement de son destinataire et que le défaut d'information emporte nullité pour dol, si elle est... déterminante du consentement.

Question voisine, la sanction du défaut d'information par des dommages et intérêts peut s'étendre, du moins en l'état de la jurisprudence actuelle, à la perte de chance de conclure le contrat négocié : doit-on considérer que le rapprochement de cette question du thème des négociations change la règle, du fait de l'application de la formule de l'article 1112 qui les exclut et suffirait-il de demander des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1130 (sanction du dol) pour les obtenir ?

55. Une question essentielle ensuite, s'agissant de la portée de l'article 1112-1. La limitation de l'exigence d'information aux seules informations que son débiteur savait déterminantes, et non plus celles qu'il aurait dû connaître, telle qu'envisagée dans le Projet aura-t-il l'effet escompté, notamment lorsque le débiteur est un professionnel ? En outre, et au-delà de la portée de la question de la preuve sur des obligations « spéciales » d'information, comme dans le cas de la loi *Doubin* (C. com., art. L. 330-3), la question de la corrélation entre la règle de l'article 1112-1 et celles relatives au dol s'impose. En effet, l'un des fondements de l'exigence d'information repose sur une forme étirée de la réticence dolosive : le fait de conserver par devers soi une information qu'on l'on sait déterminante du consentement de l'autre partie, éventuellement rendue réciproque sur le fondement de ce qu'on désigne parfois comme le « dol de l'acheteur ». Rien, dans l'article 1112 ne permet de deviner une avancée ou un recul dans un sens ou dans l'autre. En revanche, l'article 1137, al. 2, qui consacre la question de la réticence dolosive, prévoit que constitue un dol « *la dissimulation*

intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminante pour l'autre partie ».

Daniel Mainguy

SECTION 2 OFFRE ET ACCEPTATION

56. Innovation née de la réforme, le processus de formation du contrat fait son entrée dans le code civil, à travers le prisme de la rencontre de l'offre et de l'acceptation, à la manière des principaux textes normatifs modernes, présentant les solutions usuellement retenues en la matière.

§1 LE PRINCIPE DE LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION

Sous-section 2 L'offre et l'acceptation

Art. 1113 Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.

1. Le présent : changement et constantes

57. Par cette seconde sous-section, le processus de conclusion du contrat fait son apparition dans le Code civil. Cette introduction était attendue puisque, jusqu'à présent, les règles relatives à la formation du contrat étaient prétoriennes ou n'apparaissaient que dans des codes satellites (v. par ex., art. L. 111-1 à L. 142-1 C. conso.). L'article 1113 définit le processus de conclusion du contrat comme la rencontre de deux volontés : une offre et une acceptation. Cette disposition doit être mise en rapport avec l'article 1101 qui qualifie le contrat d'accord de volontés. L'article 1113 précise que, pour se rencontrer, l'offre et l'acceptation doivent être manifestées. Cette précision tombe sous le coup de la logique. En effet, une volonté demeurée dans le for interne de son auteur se saurait produire quelconque effet de droit. Reste à préciser ce que l'on entend par « manifestation ». A cet égard, l'alinéa second du texte prévoit deux modes d'extériorisation possibles : la déclaration et le

comportement non équivoque de son auteur. Est ici consacrée la distinction classique entre volonté expresse et volonté tacite. La déclaration vise une parole, une écriture, ou un geste délibérément accompli en vue de faire connaître à autrui la volonté de son auteur (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, n° 137). Un comportement désigne, au contraire, une attitude qui n'est pas spécialement accomplie en vue de faire connaître une volonté de contracter, mais qui présuppose cette volonté (*Ibid.*). Par exemple, l'exécution d'une prestation peut manifester l'intention de conclure ou de renouveler un contrat.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

58. Il ne fait guère de doute que, dans une majorité de situations contractuelles, l'accord de volontés se réalise par la succession d'une offre et d'une acceptation. Afin de refléter cette réalité, l'ordonnance a pris le parti d'ériger le schéma de l'offre et de l'acceptation en modèle unique de référence. Or, dans d'autres situations, le processus de formation du contrat se prête mal à une approche séquentielle. Par exemple, les contrats commerciaux, en particulier lorsqu'ils sont relatifs à des opérations complexes, sont souvent conclus après de longues négociations. Dans ce cas, il est bien artificiel, sinon impossible, de déceler un moment où l'un des participants aurait émis l'offre, que l'autre partie aurait ensuite acceptée (M. Fontaine, « *Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats* », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 115 et s.). Un auteur a également remis en question la pertinence du schéma de l'offre et de l'acceptation pour la conclusion de contrats rédigés par des notaires pour être signés simultanément par les deux parties : laquelle des parties offre, laquelle accepte (G. Rouhette, « *Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations* », RDC 2007/4, p. 1371 et s., spéc. n° 48) ? Pour ces hypothèses, loin d'être marginales, il était sans doute opportun de prévoir d'autres modalités de conclusion du contrat. On songe alors à la règle posée par les Principes d'Unidroit selon laquelle la formation du contrat peut résulter du comportement des parties (art. 2.1), laquelle figurait dans une version du projet datant de février 2009 (art. 19).

Lucas Bettoni

§ 2 L'OFFRE

Art. 1114 L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

Art. 1115 Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

Art. 1116 Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.

Art. 1117 L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur.

1. Le présent : changement et constantes

59. Pour définir l'offre, l'article 1114 reprend les caractères traditionnellement dégagés par la jurisprudence : la précision et la fermeté. S'agissant de la précision, la Cour de cassation veille, en effet, à ce qu'une offre comporte l'ensemble des éléments essentiels du contrat proposé afin qu'une acceptation puisse emporter la formation de celui-ci (pour une offre de bail, v. Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 2009, n° 08-20.224 : Bull. civ. III, n° 237 ; JCP G 2009, I, 574, note G. Loiseau ; Dr. et proc., janv. 2010, p. 2, note E. Savaux). S'agissant de la fermeté, les hauts magistrats considèrent qu'« une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » (Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477 : JCP G 1990, II, 21583, note B. Gross ; D. 1991, p. 317, note J.-L. Aubert). En outre, il est rendu compte, dans la définition, de l'indifférence de la circonstance que l'offre a été faite à personne déterminée ou au public. Il s'agit de consacrer une jurisprudence, déjà ancienne, selon laquelle l'offre au public lie son auteur dans les mêmes conditions que l'offre à personne déterminée (Cass. civ.

3^{ème}, 28 nov. 1968, n° 67-10.935 : Bull. civ. III, n° 507 ; RTD civ. 1969, p. 348, obs. G. Cornu, et p. 555, obs. Y. Loussouarn). Enfin, le dispositif requalifie une proposition de contracter insuffisamment précise ou ferme en simple invitation à entrer en pourparlers. Un commentateur du projet d'ordonnance s'était déjà interrogé sur l'utilité d'une telle précision, dès lors que l'invitation à entrer en négociations n'a pas de régime propre (N. Molfessis, « La formation du contrat : Observations et propositions de modification », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JCP G 2015, n° 21, supplément, spéc. n° 9). Surtout, l'approche binaire qui en découle, obligeant à ranger les propositions de contracter dans l'une ou l'autre de ces catégories, ne rend pas compte de la complexité de la pratique qui connaît des propositions intermédiaires aux degrés de précision et de fermeté plus ou moins prononcés. L'on songe tout particulièrement à l'appel d'offres qui est une initiative contractuelle que l'on ne peut ramener ni à une offre, ni une invitation à entrer en pourparlers. Il y a également le cas particulier des offres de professionnels sujettes à confirmation mais proposées *ne varietur* aux consommateurs ou encore celui des propositions partielles successivement échangées lors des négociations.

60. Les trois articles suivants ont trait au régime de l'offre. L'article 1115 dispose que l'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. Une telle solution est communément admise (v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 118). Il en résulte qu'il sera toujours possible de rétracter une offre acheminée par voie postale, en usant d'un moyen de transmission plus rapide (téléphone, message électronique). Implicitement, mais nécessairement, se trouve donc affirmé le caractère « réceptice » de l'offre (v. P. Rémy-Corlay, « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 29 et s.). L'article 1116 dispose que l'offre ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, avant l'issue d'un délai raisonnable. Sur la forme, il importe de relever que la terminologie a évolué par rapport au projet d'ordonnance, lequel visait, non pas la rétractation, mais la révocation. En supprimant la notion de révocation, l'ordonnance suit les préconisations d'un auteur relevant l'inutilité de la

distinction sémantique (N. Molfessis, *op. cit.*, n° 12). Sur le fond, le texte combine deux arrêts de la troisième chambre civile de la Cour de cassation rendus à une année d'intervalle. Le premier avait (ré)affirmé l'obligation, pour l'offrant, de maintenir sa proposition durant tout le délai ainsi accordé (Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11.690 : RTD civ. 2008, p. 474, obs. B. Fages ; Dr. & patr. 2009, n° 178, 123, obs. Ph. Stoffel-Munck). Le second avait considéré que, nonobstant l'absence de toute stipulation de délai, l'offre doit être maintenue pendant une période raisonnable (Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230 : RTD civ. 2009, p. 524, obs. B. Fages ; RDC 2009/4, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier). Les deux alinéas suivants de l'article 1116 tirent des conséquences pour le moins discutables de l'interdiction de rétracter une offre durant le délai exprès ou raisonnable. Ils affirment, en effet, que la rétractation fautive empêche la conclusion du contrat et engage la responsabilité délictuelle de l'offrant, le texte précisant même que la perte des avantages attendus du contrat n'est pas compensée. Ce faisant, l'ordonnance traite la rétractation fautive de l'offre comme la rupture fautive des pourparlers, ce qui constitue un parti pris signifiant (D. Fenouillet, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009/1, p. 279 et s., spéc. n° 18). Par ce choix, les rédacteurs de l'ordonnance manifestent leur hostilité, ou du moins leur indifférence, à une analyse doctrinale, pourtant pertinente, retenant, pour l'offre, la qualification d'acte juridique unilatéral, du fait du pouvoir d'acceptation conféré par son auteur à son destinataire (v. G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247 et s., spéc. n° 18). Le parti pris se confirme à la lecture de l'article 1117 où il est énoncé que le décès de l'offrant entraîne la caducité de sa proposition. En effet, si l'offre était un engagement unilatéral, celle-ci, soutenue par l'obligation de maintien souscrite par son auteur, conserverait sa validité et passerait aux héritiers de l'offrant (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 145). D'un point de vue pratique, cette solution est discutable en ce qu'elle fait peser le risque du décès de l'offrant sur l'acceptant, alors même que le délai exprès ou raisonnable a pour ambition de lui octroyer une période de réflexion et de préparation de son acceptation. La solution a au moins le mérite de mettre fin aux tergiversations de la jurisprudence en matière de

décès de l'offrant (sur ces hésitations, v. *ibid.*). Les deux autres cas de caducité visés par le texte, en l'occurrence l'expiration du délai d'acceptation et l'incapacité de l'offrant, n'appellent pas d'observations particulières.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

61. Les articles relatifs à l'offre laissent en suspens quelques questions. En premier lieu, l'article 1114 est muet sur la compatibilité de l'offre avec les réserves. Or, d'après la doctrine, il y aurait des réserves qui privent l'offre de sa qualification et d'autres qui, au contraire, la laissent subsister (v. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, t. 1 Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 847). Il est regrettable que l'ordonnance n'apporte aucun éclaircissement sur ce point. En deuxième lieu, la libre rétractation de l'offre avant qu'elle ne parvienne à son destinataire suscite des difficultés d'interprétation. En effet, on peut hésiter sur le sens du verbe « parvenir » : s'agit-il du moment où l'offre est délivrée au destinataire (dépôt d'une lettre dans la boîte postale du destinataire par exemple) ou du moment où ce dernier en prend effectivement connaissance (ouverture de la lettre après avoir relevé le courrier) ? La CVIM est venue utilement préciser qu'une offre parvient à son destinataire « lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle » (art. 24). En troisième lieu, l'article 1116 ne donne aucune définition du délai raisonnable. Certes, l'appréciation par les tribunaux de la durée de ce délai est souveraine (*Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411 : JCP G 2005, I, 172, n° 1, obs. P. Grosser ; RDC 2005/3, p. 1071, obs. F. Collart-Dutilleul*).

Néanmoins, l'énumération de facteurs pouvant être pris en considération aurait été appréciable : objet de l'offre, qualité du destinataire, lourdeur des formalités nécessaires à son acceptation, etc. (v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 268). En quatrième lieu, des précisions sur les chefs de préjudices réparables en cas de rétractation fautive méritaient d'être apportées. Si le préjudice de perte de chance de conclure le contrat offert n'est pas réparable,

que va recouvrir l'indemnisation accordée à la victime de la rétractation fautive ? Les frais de déplacement, de conseil ou d'audit engagés pour l'examen de l'offre ? Les occasions ratées de conclure avec un tiers ? En cinquième et dernier lieu, on peut se demander si les causes de caducité de l'article 1117 sont ou non limitatives. Un arrêt de la Cour de cassation a par exemple considéré que le décès du destinataire rendait également l'offre caduque (Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, n° 07-16.505 : D. 2010, p. 226, obs. S. Amrani-Mekki).

Lucas Bettoni

§ 3 L'ACCEPTATION

Art. 1118 *L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.*

Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.

L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.

Art. 1119 *Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.*

En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.

En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières.

Art. 1120 *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.*

Art. 1121 *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue.*

Art. 1122 *La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »*

1. Le présent : changement et constantes

62. L'alinéa premier de l'article 1118 définit la dernière séquence du processus de formation du contrat qu'est l'acceptation. Il s'agit de la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Autrement dit, l'acceptation doit être pure et simple. Elle pourrait ainsi se résumer en un simple « oui ». Le premier alinéa doit être mis en rapport avec le troisième disposant que l'acceptation non conforme est dépourvue d'effet. Puisque l'acceptation ne peut s'entendre que d'un agrément pur et simple de l'offre, toute réponse non conforme à celle-ci ne saurait logiquement être qualifiée d'acceptation. Cette réponse pourra, tout au plus, constituer une contre-offre si elle est suffisamment précise et ferme. L'alinéa second consacre le caractère réceptice de l'acceptation : celle-ci n'est efficace que du fait de sa réception par l'offrant. En conséquence, l'acceptant peut retirer son acceptation tant que celle-ci n'a pas été reçue. L'article 1121 tire les conséquences de ce caractère réceptice quant à la date et au lieu de formation du contrat : le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant et il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue. C'est donc le système de la réception qui est consacré, conformément à ce que retiennent les codifications savantes (v. art. 1105, avant-projet Catala) et les textes internationaux (v. art. 18, CVIM). Le texte renforce la sécurité juridique dans la conclusion des contrats par correspondance en mettant fin aux atermoiements de la jurisprudence qui faisait coexister le système de l'émission (v. Cass. com., 7 janv. 1981, n° 79-13.499 : Bull. civ. IV, n° 14 ; RTD civ. 1981, p. 849, obs. F. Chabas : *ayant retenu que le contrat litigieux « était destiné à devenir parfait, non pas par la réception par la société (X) de l'acceptation de la société (Y), mais par l'émission de celle-ci de son acceptation »*) et celui de la réception (v. Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2011, n° 09-72.679 : Bull. civ. III, n° 103 ; D. 2011, p. 2260, obs. N. Dissaux).

63. L'article 1120 a trait à la manifestation de l'acceptation. L'acceptation ne pouvant résulter que d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque (v. art. 1113), il en résulte un principe communément admis : le silence ne vaut pas acceptation (v. Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, n° 94-16.528 : Bull. civ. I, n° 181). Ce principe est toutefois assorti d'exceptions mentionnées dans le texte, conformes à la jurisprudence : outre la loi (par ex., l'art. L.

112-2, al. 5, C. assur. dispose qu' « est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue », il faut ajouter les usages (v. Cass. com., 9 janv. 1956 : Bull. civ. III, n° 17 : usage de la Bourse de commerce de Paris, en vertu duquel le commissionnaire qui reçoit avis confirmatif d'une commande est censé avoir accepté s'il n'a pas répondu télégraphiquement dans les 24 heures), les relations d'affaires (v. Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-16.422 : RDC 2011/3, p. 795, obs. Th. Génicon : une offre « conforme aux relations habituelles des parties » peut être « acceptée tacitement » par son destinataire) et les circonstances particulières (v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-15.188 : RDC 2005/4, p. 1007, obs. D. Mazeaud ; CCC 2005, comm. 165, obs. L. Leveneur : « si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation »).

64. L'article 1119 est consacré aux conditions générales de contrat. Les solutions qui y sont posées sont classiques. L'alinéa premier énonce que les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à sa connaissance et si elles ont été acceptées. Cette règle est admise en jurisprudence (v. Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-14.844 : Bull. civ. I, n° 187). Il s'agit d'une application de l'article 1113 en vertu duquel les volontés de s'engager des parties doivent être clairement manifestées. L'alinéa second traite de la discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties. Si la « bataille des conditions générales » ne fait pas rage dans la doctrine française, la question se pose néanmoins en droit positif (Y.-M. Laithier, « La bataille des conditions générales : le vainqueur n'est pas le dernier tireur », RDC 2013/2, p. 528). Il y a deux façons de résoudre le conflit né de la contradiction entre conditions générales : soit la neutralisation des clauses contraires, soit l'application des clauses de l'une des parties. L'ordonnance opte pour la première solution, en conformité avec la jurisprudence dominante (v. Cass. com., 3 déc. 1996, n° 94-21.796 : Bull. civ. IV, n° 299). Cette solution est la plus fidèle aux intentions exprimées par les parties, aucune d'elles ne voulant accepter les clauses de l'autre. L'alinéa troisième vise une autre hypothèse de discordance, plus fréquente que la précédente en pratique : la discordance entre des conditions générales et des conditions particulières. Sans surprise, les conditions particulières

priment (v. l'art. L. 441-7 C. com. disposant déjà que les partenaires commerciaux peuvent « *convenir (...) de conditions particulières de vente* » qui dérogent aux conditions générales de vente).

65. L'article 1122 dispose que la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion ou un délai de rétractation. Les définitions de ces deux mécanismes n'appellent aucune remarque particulière tant elles sont classiques. Un commentateur du projet d'ordonnance estime la disposition inopportune au motif que « *les délais de réflexion et de rétractation relèvent des droits spéciaux pour l'essentiel et il n'y a pas de raison que le droit commun viennent « préempter » et figer leur régime* » (N. Molfessis, *op. cit.*, n° 14). Moins hostiles, d'autres relèvent toutefois que le délai de rétractation n'a pas sa place dans la section relative à la formation du contrat (N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme, commentaire article par article, supplément au Code civil Dalloz 2016*, p. 18). L'existence d'un droit de rétractation remet en cause la force obligatoire dans la mesure où il permet à son titulaire de revenir sur son engagement, sauf à considérer que celui-ci n'est pas définitif (la discussion renvoyant à un débat classique sur la formation progressive du consentement).

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

66. La portée de l'exigence de conformité visée par l'article 1118 est incertaine. Le texte exige-t-il une stricte conformité entre les termes de l'offre et ceux de l'acceptation ? Une discordance sur des termes accessoires entre les deux propositions empêche-t-elle la formation de l'accord ? Selon la position classique, la formation du contrat suppose un accord ferme des parties sur tous les éléments essentiels. Le contrat est donc formé même si les parties sont en désaccord au sujet d'éléments accessoires, à moins qu'elles ne les aient érigés en conditions déterminantes de leur consentement (v. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 271). Il aurait été souhaitable de prévoir une règle en ce sens afin d'éviter que les contractants ne prennent prétexte de la moindre contradiction pour ne pas exécuter leurs obligations.

67. Pour terminer, il importe de revenir sur les cas d'acceptation par le silence visés à l'article 1120, et tout particulièrement sur celui des circonstances particulières. La formule est très générale.

Quelles circonstances sont susceptibles de donner au silence la valeur d'une acceptation ? Deux exceptions classiques, non reprises par le texte, pourraient être visées : lorsque les parties conviennent que le silence du destinataire de l'offre vaut acceptation de sa part (*Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1988, n° 86-12.849 : Bull. civ. I, n° 8*) et lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire (*Cass. Req., 28 mars 1938 : DP 1939, I, 5, note P. Voirin*). Pourrait-il y en avoir d'autres ? La formulation semble indiquer que la liste des circonstances est ouverte.

Lucas Bettoni

SECTION 3 LES CONTRATS PREPARATOIRES ; PROMESSE ET PACTE DE PREFERENCE

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

Art. 1123 *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.*

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

Art. 1124 *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.*

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

1. Le présent : changements et constantes

68. Pour qui pensait encore que la réforme ne s'effectue pas à droit constant, l'insertion des règles relatives au pacte de préférence et aux promesses unilatérales de contracter (dont le sens est inversé par rapport au Projet) en est un démenti formel puisqu'elles sont précisément présentées, notamment s'agissant des promesses unilatérales, comme visant à briser la jurisprudence *Cruz*.

69. Rappelons le contexte : un promettant conclut un contrat de préférence ou un contrat de promesse unilatérale avec un bénéficiaire, mais viole ce contrat, généralement en concluant avec un tiers, et en général également, à un prix plus élevé que celui envisagé avec le bénéficiaire. Dans cette situation, le bénéficiaire lésé peut chercher soit à obtenir des dommages et intérêts du fait de cette violation soit à obtenir l'exécution forcée du pacte ou de la promesse, solution qui jusqu'à présente étant contrainte par la jurisprudence, notamment en matière de promesse unilatérale, depuis la « jurisprudence *Cruz* » de 1993 jusqu'à 2011 (*Cass. 3^e civ.*, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Cts Cruz* : *JurisData* n° 1993-002405 ; *JCP N* 1995, p. 31, note D. Mazeaud. - *Cass. 3^e civ.*, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Millet Boussard* : *JurisData* n° 2011-008034 ; *D.* 2011. p. 1457, note D. Mazeaud ; p. 1460, note D. Mainguy ; p. 2683, obs. I. Goanvic ; *JCP E* 2011, 1670, note Y. Paclot ; *JCP N* 2011, 1163, rapp. G. Rouzet ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 186, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. B. Fages ; *Defrénois* 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; *RDC* 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; p. 1259, obs. Ph. Brun. - *Adde* : *Cass. com.*, 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : *JurisData* n° 2011-018742 (reproduisant la solution de la 3^e ch. civ. et *Cass. 3^e civ.*, 6 sept. 2011, n° 10-20.362, contre, assez vaguement, cette solution. : *Adde* : D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter* : *RTD civ.* 2004, p. 1 À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de vente », *JCP G* 2012, n° 27, 808).

Au-delà des difficultés techniques difficilement surmontables dans ce qui aurait, alors, le choix de l'exécution forcée du contrat, la solution se justifiait également pour des raisons économiques, dans la mesure où aucun acteur n'y perdait (*Cf. D. Mainguy, op. cit.*) qui aurait pu, d'ailleurs, être contrariée par la reconnaissance d'un préjudice de frustration du bénéficiaire, dont la réparation généreuse

aurait peut-être, au-delà des clauses organisant l'efficacité des contrats de préférence ou de promesse, permis d'enrichir considérablement la violation de ces contrats.

Le contexte ne change pas ; ce qui change ce sont les solutions choisies par la réforme et encore lorsqu'elles sont clairement exprimées.

a. Le pacte de préférence

70. Le pacte de préférence, en premier, fait l'objet d'une définition, d'une bonne définition même : « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». La définition présente l'intérêt de ne pas se centrer sur les pactes de préférence traditionnellement envisagés par la doctrine, c'est-à-dire les pactes de préférence portant sur un immeuble, mais les pactes ou clauses de préférence en général, y compris donc portant sur la cession de titres de société, d'un fonds de commerce, d'un bail, etc., très usuelles, notamment dans les contrats de distribution par exemple, dites « clauses de préemption », d'ailleurs objet, en substance, des dispositions des articles L. 340-1 et 2 du Code de commerce, telles qu'issues de la loi « *Macron* ».

71. Le régime du pacte de préférence, ou plus exactement des conséquences de la violation d'un pacte de préférence, est l'objet des trois alinéas suivants, dans la ligne de la jurisprudence existante, dans l'objectif de la rendre efficace et pérenne.

L'article 1123, al. 2, notamment, reprend la solution de l'arrêt de la Chambre mixte du 26 mai 2006 (Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, n°06-19376, D. 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier, RTDciv. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages, Adde Cass. civ. 3^e, 31 janv. 2007, D. 2007. 1698, note D. Mainguy, Cass. civ. 3^e, 14 févr. 2007, RDC 2007. 701, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2007. 1048, obs. R. Libchaber, H. Kenfack, « *Le renforcement de la rigueur du pacte de préférence* », Defrénois 2007. 38621 ; Civ. 3^e, 3 nov. 2011, CCC 2012. 60), selon laquelle la violation du pacte de préférence emporte l'engagement de la responsabilité du promettant. Surtout, lorsque cette violation se traduit par la conclusion du contrat promis avec le tiers, le bénéficiaire peut obtenir la nullité du contrat conclu

entre le promettant et le tiers ou la substitution dans les droits du tiers, à la condition toutefois que le tiers ait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention de ce dernier de s'en prévaloir. De ce point de vue l'article 1123, al. 2 reprend exactement la formule de l'arrêt de 2006, avec les questions qui l'accompagnent d'ailleurs, notamment les conditions dans lesquelles la substitution peut s'opérer, notamment le prix à payer par le bénéficiaire au tiers.

72. L'article 1123, al. 3 offre en toute hypothèse une solution visant à sécuriser, non point le bénéficiaire, mais le tiers, par l'instauration de l'une des « *actions interrogatoires* » nouvelles. Par celle-ci, le tiers, inquiet de l'existence d'un pacte, peut adresser, par notification, un écrit au bénéficiaire, pour que celui-ci confirme, ou infirme, l'intuition du tiers sur l'existence d'un pacte, dans un délai « *raisonnable* » et s'il entend s'en prévaloir.

La formule est claire, elle vise à donner corps à l'alinéa précédent. Elle est surtout renforcée par le suivant : la notification écrite doit mentionner le fait que le défaut de réponse vaut infirmation, en ce sens que le bénéficiaire perd son droit d'agir en substitution ou en nullité.

On peut imaginer le succès que cette formule va emporter notamment dans le milieu notarial, à ceci près, toutefois que le bénéficiaire n'est peut-être pas la bonne cible de l'action interrogatoire. Si en effet, et par hypothèse, le tiers qui conclut le contrat avec le promettant a un doute quant à l'existence d'un pacte de préférence portant sur l'objet de la préférence, c'est –en premier lieu à ce dernier qu'il doit s'adresser, à moins que cette information doive faire l'objet d'une communication, au titre de la négociation, au sens de l'article 1112 du Code civil, ou bien au sens de l'absence de dol. S'il adresse la notification interrogatoire au bénéficiaire c'est donc qu'il connaît ce dernier, soit du fait de l'information donnée par le promettant, soit de son propre fait et, dans ce cas, le jeu de l'action interrogatoire prend toute sa dimension. Il y donc un défaut dans le mécanisme de sécurisation, dans l'hypothèse où le tiers ignore l'existence du bénéficiaire et donc l'existence du pacte. Le bénéficiaire, non destinataire d'une notification interrogatoire, conserve ainsi la possibilité d'exercer

l'action de l'article 1123, al.2, ce qui suppose donc qu'il parvienne à prouver que le tiers, comme avant la réforme, connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. A supposer cette action efficace, le tiers pourrait alors se retourner contre le promettant, en indemnisation notamment. On peut donc supposer que le tiers à tout intérêt à d'abord interroger le promettant, puis, en fonction de sa réponse, de formuler la notification interrogatoire adressée au bénéficiaire

b. La promesse unilatérale de contracter

73. Ici également, la réforme passe par une définition et un régime, dont la plupart des auteurs considèrent qu'il rompt avec celui proposé jusqu'à alors par la jurisprudence, notamment l'arrêt de 2011.

74. Remarquons que la définition proposée est, de ce point de vue, très sobre : *« la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire »*.

La définition ne reprend donc pas les définitions proposées par la doctrine qui critiquait les solutions jurisprudentielles passées et selon lesquelles la promesse serait un contrat par lequel le promettant à « d'ores et déjà donner son consentement au contrat promis, et de ce manière irrévocable ». La définition insiste simplement sur le fait, en premier que la promesse est bien un contrat, et ensuite un contrat dont l'objet est « la conclusion » d'un contrat promis dont les éléments essentiels sont déterminés et d'assurer une « option » au bénéficiaire dont l'exercice, s'il vaut consentement, formera le contrat promis. Rien de renversant et, surtout, rien de véritablement nouveau. Rien par exemple sur la durée de l'option, sur l'indemnité d'immobilisation systématique dans les promesses portant sur un immeuble, etc.

75. S'agissant du régime, l'article 1124, al. 2 contient la règle qui est censée provoquer la rupture avec le droit jurisprudentiel antérieur *« la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis »* et

l'alinéa 3 poursuit en indiquant que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

L'ensemble, cependant, pose davantage de questions qu'elle n'en résout.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

76. Les questions sont nombreuses notamment pour savoir si la réforme a, comme c'est systématiquement présenté par la doctrine, « renversé » les solutions jurisprudentielles issues de la jurisprudence *Cruz*. On peut constater en l'état que certains éléments justifient ce questionnement. En premier, la sanction de la nullité n'affecte que l'hypothèse du contrat conclu avec un tiers qui connaissait l'existence de celle-ci ce qui était déjà la solution retenue, à l'imitation du régime des pactes de préférence.

77. Or, tant la définition des promesses que la sanction de la révocation ne sont présentées avec autant de soin. Le terme « révocation » remplace celui de « rétractation », sans aucune conséquence, sinon celle d'éviter le terme « résiliation » ou résolution unilatérale ».

Pourtant l'article 1124 du Code civil définit sans conteste la promesse comme un « contrat », dont le régime est, hormis les points précisés dans ce texte, celui des contrats. La « rupture » d'un tel contrat, ici désignée comme une « révocation », efficace et éventuellement fautive, comme cela était déjà considéré avant la réforme pose, à nouveau, la question de savoir si la rupture d'un contrat de promesse unilatérale sera, comme aujourd'hui, efficace, ou au contraire, et comme l'espère une bonne partie de la doctrine, inefficace. Cette solution ferait cependant du contrat de promesse unilatérale un contrat d'une extrême originalité si, par extraordinaire, le juge décidait de considérer que l'alinéa 2 de l'article 1124 s'interprétait comme le comprend la doctrine qui voulait la suppression de la jurisprudence antérieure.

Or, la formule selon laquelle « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du* »

contrat promis » qui se présente comme l'inversion presque exacte de la formule retenue par l'arrêt du 10 mai 2011 n'est pas extrêmement claire. La réforme n'a pas retenu une formule radicale, du type « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter *est nulle, et le bénéficiaire peut obtenir l'exécution forcée en nature du contrat* », puisque telle est la solution prônée par la doctrine qui critique la jurisprudence actuelle. On peut penser qu'une telle formule n'a pas été retenue précisément parce qu'elle ne correspond pas à la définition choisie par ailleurs : le contrat de promesse est un contrat, il y est mis fin comme un contrat et on voit mal comment on pourrait contraindre une partie d'exécuter un contrat qu'elle ne souhaite pas voir conclure.

Par ailleurs, l'exécution forcée en nature du contrat de promesse unilatérale suppose, en pratique, que la révocation ne soit pas simplement l'objet d'un caprice mais que le promettant ait conclu le contrat promis avec tiers. Cette exécution forcée en nature suppose donc que le contrat conclu avec le tiers soit détruit. Or, l'alinéa 3 de l'article 1123 dispose que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* » ce qui suppose que le contrat conclu avec un tiers qui l'ignorait (et cette connaissance suppose qu'elle soit démontrée par le bénéficiaire et, ici, point d'action interrogatoire, *a priori*, sauf extension de la formule de l'article 1123, al. 4), n'est pas « nul ». Il est donc, *a priori*, valable, ce qui pourrait, alors tendre à déconsidérer la portée supposée de l'alinéa 2 dans la mesure où celui-ci propose une généralité, limitée par l'alinéa 3.

Enfin, la question de l'exécution forcée en nature d'un contrat, ici un contrat de promesse unilatérale de contracter, suppose de contraindre à la conclusion du contrat promis, c'est-à-dire de contraindre un consentement, qui n'est pas encore donné ou, à supposer qu'il l'avait été, qui n'est plus donné, et donc de porter atteinte à une liberté fondamentale, celle de contracter. L'ensemble dépend alors des conditions dans lesquelles l'exécution forcée en nature d'un contrat sera interprétée, sur le fondement des articles 1226 et 1228, dont nous verrons que l'obstacle de l'existence d'une liberté fondamentale se pose, ne serait-ce qu'en considération de l'article 1263 de l'avant-projet de loi sur la réforme de la responsabilité civile (*cf. infra, art. 1224 s*).

Il reste donc, au-delà de la lettre de la réforme, la possibilité à la Cour de cassation de maintenir le *statu quo* jurisprudentiel et considérer que la révocation de la promesse, qui n'empêche pas la formation de la promesse, par exemple parce que le promettant a révoqué sa révocation, ne peut faire l'objet d'une exécution forcée en nature.

78. Cela ne signifie d'ailleurs pas que le promettant ne doit pas être sanctionné. Le préjudice subi par le bénéficiaire peut être très important, par exemple si le contrat promis n'a pas d'alternative (par exemple un contrat de promesse unilatérale de vente d'une œuvre d'art ou de cessions de titres conférant par exemple la majorité au bénéficiaire, etc.) de telle manière que la réparation de ce préjudice enchérit alors le coût d'opportunité de la violation de la promesse par le promettant. Lorsque le contrat de promesse unilatérale porte sur un immeuble, on observe souvent que le préjudice du bénéficiaire est relativement faible, dans la mesure où il conserve sa potentialité d'acquérir un immeuble identique. L'une des voies, toutefois, que les juridictions n'ont pas retenue repose sur la réparation du préjudice moral, le *préjudice de frustration*, subi par le bénéficiaire, outre le préjudice matériel qu'il a pu avoir à supporter.

Daniel Mainguy

SECTION 4 LA CONCLUSION PAR VOIE ELECTRONIQUE DES CONTRATS

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

Art. 1125 La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services.

Art. 1126 Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.

Art. 1127 Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique.

Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.

Art. 1127-1 Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.

L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

L'offre énonce en outre :

1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ;

4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

Art. 1127-2 Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

Art. 1127-3 Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1127-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1127-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 1° à 5° de l'article 1127-1 et de l'article 1127-2 dans les contrats conclus entre professionnels.

Art. 1127-4 Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique.

L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 1127-5 Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.

Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.

Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat.

Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 1127-6 Hors les cas prévus aux articles 1125 et 1126, la remise d'un écrit électronique est effective lorsque le destinataire, après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception.

Si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, la remise d'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture.

79. Si le contrat électronique bénéficie d'un régime spécifique qui n'échappe pas à l'ordonnance du 10 février 2016 (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), il demeure une figure contractuelle soumise au droit commun des contrats. L'analyse qui sera faite des dispositions susvisées doit, ainsi, être appréhendée en complément de l'ensemble des règles de droit commun et, partant, des problématiques y afférant.

80. Le contenu des articles applicables aux contrats électroniques ne révèlent pas une évolution majeure puisque la réforme constitue, sur le fond, un maintien du régime d'ores et déjà en vigueur (A. Bénabent et L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 2016, p. 434). Le seul apport significatif du législateur réside en effet dans le nouvel article 1127-1 3° puisqu'il impose désormais le fait de faire figurer la langue française parmi celles proposées pour la conclusion du contrat. Si cet ajout constitue une nouveauté dans le Code civil, il ne l'est toutefois pas en droit français puisqu'il s'agit d'une codification de la loi de 1994 relative à l'emploi de la langue française (L. n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française).

81. Les évolutions apportées par ce nouveau droit des contrats résident ainsi majoritairement dans des modifications strictement formelles tant s'agissant des notions employées, de la syntaxe que de la répartition des dispositions.

82. La réforme du droit des contrats témoigne, d'abord, d'une évolution du vocabulaire à trois égards.

Premièrement, lorsque l'ancien article 1369-1 du Code civil précisait que la voie électronique permet, notamment, la mise à disposition des « conditions contractuelles », le nouvel article 1125 vise désormais les « stipulations contractuelles ». Le recours à cette dernière notion n'est pas nouveau puisqu'elle était déjà en pratique utilisée par la doctrine (V. par ex : M. Vivant, « L'importance des stipulations contractuelles », in *Lamy droit du numérique*, Lamy, pt. 2559 – J.-M. Jacquet, « Contrats », *Rép. dr. international*, Dalloz, oct. 2015, pt. 278 : « Par principe la loi du contrat s'applique à l'ensemble des stipulations contractuelles »). Cette modification textuelle n'apporte donc pas de changement significatif mais constitue une clarification. Elle permet en effet de distinguer les stipulations contractuelles de l'obligation conditionnelle – autrement appelée condition – qu'est l'évènement futur et incertain dont dépend la naissance d'une obligation (Y. Buffelan-Lanore, « Condition », *Rép. civ. Dalloz*, janv. 2016, pt. 1 – C. civ., art. 1304 et s.).

Deuxièmement, la notion d'écrit « sous forme électronique » de l'ancien article 1127-6 a été abandonnée par le législateur au profit de celle d'écrit « électronique ». Cette évolution de terme n'emporte, une fois de plus, aucune conséquence sur le fond si ce n'est un allègement de l'expression employée et la consécration d'une formulation déjà employée en pratique (V. *par ex* : Cass. civ. 1ère, 28 juin 2012, n° 11-18211 – D. Mazeaud, *Contrat électronique*, éd. Panthéon, 2003 – Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 8^{ème} éd., 2014-2015 – A-S. Turmel, « La formation du contrat électronique », Thèse, Montpellier, 2004). Ce postulat est d'ailleurs renforcé par le maintien de la formule « contrat conclu sous forme électronique » dans le titre des sections du Code civil où figurent les dispositions qui leurs sont applicables qui démontre d'une coexistence entre deux notions à la définition similaire.

Troisièmement, la notion de « destinataire de l'offre » consacrée au nouvel article 1127-1 2° du Code civil a été préférée à celle d'« utilisateur » de l'ancien article 1369-4 2°. Si cette évolution ne modifie pas le fond de la réglementation relative aux contrats électroniques, elle permet d'uniformiser le vocabulaire employé avec les dispositions relatives à l'offre et l'acceptation (C. civ., nouv. art. 1122 : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le **destinataire de l'offre** ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement »).

83. La syntaxe, ensuite, de certaines dispositions évolue dans la réforme du droit des contrats puisque des ajouts et suppressions de mots ou groupes de mots (V. *par ex.* : C. civ., anc. art. 1127-2 al. 2 : « sans délai injustifié, par voie électronique » devenu « sans délai injustifié et par voie électronique » - anc. art. 1174 al. 1er : « deuxième alinéa » devenu « second alinéa » - anc. art. 1127-1 al. 1er : « Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé » devenu « L'auteur d'une offre reste engagé »), accompagnés d'un changement grammatical sont observables. Ces modifications encouragent la lisibilité et la clarification des textes visés. D'un point de vue grammatical, par exemple, lorsqu'est employée une proposition subordonnée circonstancielle de but dans l'alinéa premier de l'ancien article 1369-5 (« *pour que* le contrat

soit valablement conclu »), le nouvel article 1127-2 envisage une tournure restrictive (« le contrat *n'est valablement conclu que si* »). Cette évolution de style apparaît davantage comme un effort de lisibilité que comme une modification substantielle puisque les conditions de validité d'un contrat conclu sous forme électronique demeurent identiques. Ce choix grammatical, insistant sur l'aspect restrictif des conditions de formation renforce le caractère impératif des circonstances de l'objectif visé. Il apparaît ainsi comme un renforcement de la responsabilisation des contractants.

84. S'agissant, enfin, de la répartition des dispositions, il apparaît regrettable, dans la logique de simplification et de lisibilité qu'annonce la réforme, que les articles ayant trait aux contrats électroniques soient à présent dispersés (*C. civ., nouv.* 1125 et s. et 1174 et s.) et non plus regroupés, en leur ensemble. Si les nouveaux articles 1175 à 1177 du Code civil centralisent les anciens articles 1108-1, 1108-2 relatifs à la validité de l'écrit électronique et 1369-10 et 1369-11 relatifs aux formalités nécessaires à la conclusion d'un contrat électronique, le choix qui a été fait de procéder à un éclatement du régime juridique applicable à ces contrats spéciaux n'apparaît pas être des plus pertinents notamment en ce que l'ensemble de ces dispositions concernent tant le processus de formation du contrat que son contenu.

85. D'un point de vue général, la réforme du droit des contrats n'altère donc pas le régime applicable aux contrats électroniques aujourd'hui en vigueur.

Brunelle Fessard

CHAPITRE 2 LA VALIDITE DU CONTRAT

Section 2 La validité du contrat

Art. 1128 Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain.

86. L'article 1128 est celui qui se substitue à l'ex-article 1108 dont on se souvient qu'il imposait, comme condition de la validité du

contrat, le consentement, la capacité, un objet et une cause, ces deux conditions étant confondues en une condition nouvelle : « le contenu », licite et certain du contrat. Au-delà de cette innovation, il reste les aménagements des deux premières conditions, le consentement, la capacité et la représentation.

SECTION 1. LE CONSENTEMENT

SOUS-SECTION 1. CONSENTEMENT ET SANITE D'ESPRIT

Sous-section 1 Le consentement

Paragraphe 1 L'existence du consentement

Art. 1129 Conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat.

87. L'article 1129 du Code civil se présente comme un simple renvoi aux règles relatives aux incapacités des majeurs. L'article 414-1 du Code civil est d'ailleurs plus complet : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ». L'intérêt de ce texte est ici purement « documentaire » en renvoyant à la condition de santé d'esprit comme condition première d'expression d'un consentement valable, dans les conditions des articles 414-1 et suivants du Code civil.

SOUS-SECTION 2 LES VICES DU CONSENTEMENT

§ 1. CONDITIONS GENERALES RELATIVES AUX VICES DU CONSENTEMENT

Paragraphe 2 Les vices du consentement

Art. 1130 L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

Art. 1131 Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

1. Le présent : changement et constantes

88. La formule particulièrement évocatrice, qui coiffait les règles consacrées aux vices du consentement, et aux termes de laquelle « *il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* » (actuel article 1109 du Code civil) n'est pas reprise par la réforme.

89. Les articles 1130 et 1131 du Code civil, qui introduisent désormais cette partie, constituent une codification à droit constant. Ils se contentent en effet de généraliser des règles qui étaient jusqu'ici énoncées individuellement, selon le vice considéré.

L'article 1130 al. 1^{er} exige que le vice soit déterminant pour emporter la nullité de l'acte vicié. Déterminant c'est-à-dire que sans lui, « *l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Cette condition a déjà été exigée en jurisprudence pour l'erreur (*v. par ex. : Soc.*, 6 oct. 1971, n°69-13.651, *Bull. civ.* IV, n° : n°545) et la violence (*v. par ex. : Civ.*, 3^{ème}, 7 févr. 1984, n°82-14.163, *Bull. civ.* III, n°27). Concernant le dol, elle était suggérée à l'ex-article 1116 du Code civil, puisque l'importance des manœuvres dolosives y est soulignée, ce que la Cour de cassation a par ailleurs confirmé (*v. par ex. Soc.*, 5 oct. 1994, n°93-43.615, *Bull. civ.* V, n°256 : « *Attendu qu'aux termes de ce texte le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* » ; ou aurait contracté à des conditions différentes : *v. not. Civ.* 3^{ème}, 22 juin 2005, n°04-10415, *Bull. civ.* III, n°237).

L'article 1130 al. 2 signale quant à lui que ce caractère déterminant s'apprécie *in concreto* en considération de la qualité des contractants et des circonstances entourant la conclusion du contrat. Là encore, la règle n'est pas nouvelle : le pouvoir d'appréciation des juges du fond a déjà été reconnu par la Cour de cassation en matière de dol (*v. par ex. : Civ.* 3^{ème}, 5 nov. 1970, n°69-10.838, *Bull. civ.* III, n°572 : « *Les juges du fond apprécient souverainement l'existence et la pertinence*

*des faits allégués comme constitutifs du dol ») et d'erreur (v. par ex. : Civ. 1^{ère}, 26 févr. 1980, n°78-15.631, Bull. civ. I, n°66 : « Saisis d'une action en nullité pour cause d'erreur, les juges du fond apprécient souverainement les qualités qui dans le contrat, doivent être considérées comme substantielles aux yeux des parties »). Quant à la violence, l'appréciation *in concreto* était prévue par les textes (v. ex-art. 1112 al. 2 : « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ») et a été rappelée en jurisprudence (v. par ex. Civ. 1^{ère}, 22 avril 1986, Bull. civ. I, n°98).*

L'article 1131 du Code civil rappelle classiquement que les vices du consentement sont « *une cause de nullité relative du contrat* ». La nullité de la convention conclue à la suite d'un vice ayant déterminé le consentement de l'une des parties était déjà signalée pour chacun des vices (cf. les anciens articles 1110 pour l'erreur, 1111 et 1113 pour la violence et 1116 pour le dol), et à titre général à l'ex-article 1117. Le caractère relatif de la nullité est toutefois souligné par le nouveau texte, alors qu'il n'apparaissait auparavant que par renvoi de l'ex-article 1117 à l'ex-article 1304 relatif à l'action en nullité.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

90. La codification à droit constant de ces éléments introductifs laisse peu de place à des difficultés d'interprétation. Un point attire notre attention.

L'article 1130 al. 1^{er} précise que le vice est déterminant y compris lorsqu'en son absence, la partie aurait contracté à des « *conditions substantiellement différentes* ». Cette précision est heureuse puisqu'elle met fin à un doute exprimé par une partie de la doctrine considérant qu'en pareille hypothèse, le dol n'est qu'incident et n'ouvre droit qu'au versement de dommages-intérêts. Certes, la Cour de cassation n'a jamais posé clairement une telle solution et a, au contraire, reconnu la nullité d'un contrat qui aurait probablement été conclu à des conditions différentes en l'absence de dol (v. *supra* et pour un ex. récent : v. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, n° 08-13060) mais la précision légale évite le questionnement. Dans leur appréciation des faits, soit les juges considèrent que le contrat vicié aurait tout de même été conclu et la victime n'est fondée qu'à engager la responsabilité délictuelle de son

cocontractant, soit ils estiment au contraire que le contrat vicié, tel qu'il avait été arrêté entre les parties, n'aurait pas été conclu, et la victime est alors en droit d'en obtenir la nullité.

Cathie-Sophie Pinat

§ 2. L'ERREUR

Art. 1132 L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

Art. 1133 Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité.

Art. 1134 L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne.

Art. 1135 L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité.

Art. 1136 L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.

1. Le présent : changement et constantes

91. Les cinq nouvelles dispositions consacrées à l'erreur reprennent les formules de l'ex-article 1110 du Code civil et intègrent les solutions jurisprudentielles établies.

92. Si l'article 1132 ne définit toujours pas l'erreur (traditionnellement considérée comme une différence entre la conviction d'une partie au moment de la formation du contrat et la réalité), il livre de nombreuses indications qu'il faut présenter distinctement. Il signale d'abord que l'erreur peut être de *fait* ou de *droit* prenant acte d'une solution dégagée très tôt par la Cour de cassation (V. *pour une erreur de droit* : Cass.civ. 17 nov. 1930, DP 1932, 1, 161). De la même façon, il précise que l'erreur n'est une cause de nullité que si elle est excusable (v. *par ex.* : Cass. soc., 3 juil. 1990, n° 87-40.349, Bull. civ. V, n°329 : « L'erreur n'est une cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable »). Il éclaire ensuite sur le domaine d'élection principal de l'erreur : celle-ci n'est une cause de nullité que si elle porte « sur les qualités essentielles de la prestation » ou sur les qualités essentielles du cocontractant. Ce faisant, est abandonnée la formulation vieillie de l'ex-article 1110 évoquant l'erreur « sur la substance » dont l'interprétation avait d'ailleurs rapidement conduit les juges à reconnaître plus largement l'erreur sur les qualités essentielles, que la substance soit objectivement ou subjectivement considérée (V. not. Cass.civ. 28 janv. 1913, S. 1913. 1. 487 : « l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance même de la chose, lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté »). Ces deux erreurs, sur les qualités essentielles de la prestation ou sur celles du cocontractant, vont ensuite être définies respectivement aux deux dispositions suivantes.

93. L'article 1133 est en effet entièrement consacré à l'erreur sur les qualités essentielles. Sont d'abord définies, à l'alinéa 1^{er}, les qualités essentielles comme « celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté » conformément à la conception subjective du vice que l'on vient de signaler. L'alinéa second précise que l'erreur sur les qualités essentielles est admise qu'elle porte sur la contre-prestation ou sur la propre prestation de l'errant, codifiant ainsi une solution constante (v. not. la célèbre affaire Poussin I, Civ. 1^{ère}, 22 févr. 1978, n°76-11.551, Bull. civ. I, n°74). Le troisième alinéa consacre enfin la solution traditionnelle selon laquelle « l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité » (v. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, n° 85-15.736, Bull. civ. I, n° 105 : « ainsi accepté de part et d'autre, l'aléa sur l'authenticité de l'œuvre avait été dans le champ contractuel ; qu'en conséquence, aucune des deux

parties ne pouvait alléguer l'erreur en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune »).

94. L'article 1134 concerne l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant et reprend l'ex-article 1110 du Code civil en précisant qu'elle n'est reconnue que dans les contrats *intuitu personae*, « *conclus en considération de la personne* ».

95. L'article 1135 du Code civil vise des erreurs dont l'objet est traditionnellement exclu du champ de la nullité. Cette disposition porte sur l'*erreur sur les motifs* qui n'est pas une cause de nullité si ces motifs sont extérieurs « *aux qualités essentielles de la prestation due ou du contractant* » et s'ils ne sont expressément considérés par les parties comme « *un élément déterminant de leur consentement* ». Il s'agit d'une codification à droit constant qui reprend les solutions dégagées par la Cour de cassation (*v. Civ.*, 3 août 1942, DA 1943.18 : « *les motifs vrais ou erronés qui peuvent inciter une partie à conclure à titre onéreux avec une autre personne exempte de dol, sont sans influence sur la validité de leur opération, à moins que les parties aient été d'accord pour en faire la condition de leur traité* » ; *Civ.*, 1^{ère}, 13 févr. 2001, n° 98-15.092, Bull. civ. I, n° 31 : « *L'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant (...) faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel* »). On notera parallèlement que les quelques arrêts qui avaient retenu une erreur sur l'existence de la cause (*v. par ex. : Civ.*, 1^{ère}, 10 mai 1995, n° 92-10.736, Bull. civ. I, n° 194 : « *L'erreur même inexcusable sur l'existence de la cause justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause* ») ou une erreur sur l'objet de l'engagement (*C'est l'erreur-obstacle : v. not. Civ.* 3^{ème}, 1^{er} févr. 1995, n° 92-16.729, Bull. civ. I, n° 36) ne font pas leur entrée dans le Code pour deux raisons tout à fait logiques : l'action pourra être engagée sur le fondement d'une erreur sur les motifs (à condition que ce motif soit interne au contrat et déterminant du consentement des parties) et les notions de cause et d'objet ont été volontairement supprimées du champ lexical de la validité des contrats. C'est d'ailleurs cette suppression qui a poussé les réformateurs à reconnaître au deuxième alinéa de l'article 1135 que « *l'erreur sur le motif d'une libéralité* » justifie sans autre condition la nullité, nullité qui était jusqu'à maintenant fondée sur une cause absente, fausse ou illicite (*articles 1131 et 1133 du Code civil destinés à l'abrogation (v. par ex. pour une absence de*

cause : Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1986, n°84-15.513, Bull. civ. I, n°393). Ce rapatriement du contentieux relatif à la validité des libéralités vers l'erreur sur le motif n'est pas problématique dans la mesure où la cause d'une libéralité est définie par la Cour de cassation comme « le motif déterminant qui l'a inspirée » (Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1959, D. 1960, p. 515, note Ph. Malaurie).

96. Enfin, le nouvel article 1136 du Code civil est relatif à l'erreur sur la valeur qui est définie comme celle « *par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte* ». À droit constant, la disposition rappelle qu'elle « *n'est pas une cause de nullité* » sauf si elle accompagne une erreur sur les qualités essentielles au contrat, alors que la jurisprudence avait exclu la réception de l'erreur sur la valeur (v. Com. 26 mars 1974, n° 72-14.791, Bull. civ. IV, n°108 : « *Ne peut constituer une cause de nullité d'une cession d'actions, l'erreur invoquée par le cessionnaire, et portant, non pas sur les qualités substantielles de l'objet du contrat, mais sur la valeur attribuée auxdites actions* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 2005, n°03-20096, Bull. civ. III, n°81, Dr. et Patrim. 2005, n°141, obs. Ph. Stoeffel-Munck, JCP, éd. G, 1995, I, 194, n°6, obs. Y.-M. Sérinet).

La jurisprudence a proposé, récemment une analyse qui a laissé beaucoup d'interrogation, à propos d'une erreur sur la rentabilité d'un contrat de franchise (Com., n°10-20956, D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux, D. 2012, Pan. p. 577, obs. N. Ferrier, JCP, éd. G, 2012, 135, note J. Ghestin, RDC 2012, p. 9, note Th. Génicon, Adde : D. Mainguy, L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise, RLDC, nov. 2012, 4876, : « *après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* » V ; aussi Cass. com. 12 juin 2012, n°11-19047).

La formule de l'article 1136 laisse ainsi à imaginer bien des interprétations : « *l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de*

nullité ». Doit-on entendre que l'erreur sur la valeur, distinguée de l'erreur sur les qualités essentielles, et notamment celle par laquelle un contractant fait une appréciation inexacte de la situation, est exclue, ou bien que l'erreur sur la valeur est recevable, à condition que le contractant ait commis une erreur sur les qualités essentielles, lesquelles ne se limitent pas une simple appréciation économique inexacte (se tromper sur le prix par exemple) peut être considérée comme une telle erreur ? Il s'agirait alors, dans le premier cas, de renvoyer l'hypothèse soulevée dans l'arrêt de 2011 à d'autres dispositions, violence économique ou dol, ou article L. 330-3 du Code de commerce et dans le second de recevoir la solution de l'arrêt de 2011.

97. En somme, ces dispositions actualisent l'ex-article 1110 du Code civil en prenant en compte les décisions de la Cour rendues sur ce fondement et en intégrant, à propos des libéralités, une partie du contentieux autrefois régi par la cause.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

98. Dans la mesure où la refonte du droit de l'erreur ne contient pas de grands changements, il est peu probable que les dispositions étudiées fassent l'objet de difficultés d'interprétation même s'il est impossible de deviner jusqu'où l'imagination des plaideurs pourra porter. En l'état, seulement deux points interrogent.

Le premier est lié à l'importance accordée au caractère excusable de l'erreur pour emporter la nullité. Placée en tête des nouvelles dispositions (art. 1132), une lecture stricte par La Cour de cassation pourrait conduire à rejeter toute action en nullité fondée sur une erreur inexcusable contrairement à que la juridiction a jusque-là considéré (*v. à propos d'une action en erreur sur l'existence de la cause qui pourrait prendre les traits d'une action en erreur sur les motifs* : Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, n°92-10.736, Bull. civ. I, n°194 : « L'erreur même inexcusable sur l'existence de la cause justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause » ou encore à propos de l'erreur-obstacle : Civ. 3^{ème}, 1^{er} févr. 1995, n°92-16.729, Bull. civ. I, n°36).

Le second est lié à la question de l'aléa existant à la conclusion du contrat qui empêche l'une des parties d'en obtenir ensuite la nullité

sur le fondement de l'erreur. Alors que la formule « *l'aléa chasse l'erreur* » était auparavant considérée en doctrine comme générale, c'est-à-dire applicable à toute erreur quel que soit son objet, cette règle est aujourd'hui placée uniquement dans la disposition relative à l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation (art. 1133). Est-ce à dire qu'un aléa serait inapte à empêcher une action en nullité pour une erreur sur les qualités essentielles d'une personne ou pour une erreur sur les motifs qui remplit les conditions de sa recevabilité ? Rien n'est moins sûr.

Cathie-Sophie Pinat

§ 3. LE DOL

Art. 1137 Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Art. 1138 Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence.

Art. 1139 L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.

1. Le présent : changement et constantes

99. Alors qu'avant la réforme, le dol n'était régi que par l'ex-article 1116 du Code civil, il fait désormais l'objet de trois dispositions qui viennent, pour l'essentiel, intégrer l'héritage jurisprudentiel. Elles s'ouvrent sur une définition du vice, qui faisait auparavant défaut : le dol consiste pour l'une des parties au contrat à « *obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, mensonges* » ou « *dissimulation intentionnelle* » d'information.

100. L'article 1137, décline l'ensemble des comportements dolosifs. L'ex-article 1116 n'évoque que des « *manœuvres* », le premier et le second alinéa de la nouvelle disposition y ajoutent respectivement

les « mensonges » et la rétention intentionnelle d'information. La codification est sur ce point à droit constant, puisque ces éléments matériels ont déjà été considérés comme pouvant à eux seuls entraîner un dol (sur les mensonges : Civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, n°69-11.665 : « un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol » ; sur la réticence : Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, Bull. civ. I, n°58 et Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n°69-12.180, Bull. civ. III, n°38, n°140 : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ») et l'intentionnalité de l'auteur de la réticence a déjà été exigée pour que soit admise la nullité du contrat (Com., 28 juin 2005, n°03-16.794, Bull. civ. IV, n°140 : « le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci »).

101. L'article 1138 apporte des précisions, absentes de l'ex-article 1116 du Code civil, sur la qualité de l'auteur du dol, reprenant pour une large part les solutions dégagées par la jurisprudence. Si comme l'article 1137 le suggère, le dol émane de l'une des parties au contrat dont la validité est mise en cause, le premier alinéa de l'article 1138 précise qu'il peut également être retenu lorsqu'il est provoqué par son « représentant » (V. Com., 13 juin 1995, n°93-17.409, Bull. civ. IV, n°175), « gérant d'affaires » (V. Civ. 1^{ère}, 7 juil. 1960, Bull. civ. I, n°371) « préposé » ou « porte-fort » (V. Com. 27 févr. 1996, 94-11.241, Bull. civ. III, n°165).

Quant à l'alinéa second de l'article 1138 du Code civil, il dispose que le dol est aussi constitué lorsqu'« il émane d'un tiers de connivence ». Cette disposition est plus générale que celle qui était prévue dans l'avant-projet de réforme (v. art. 1137 *in fine* : « il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers, si le co-contractant en a eu connaissance et en a tiré avantage ») et suggère ainsi une admission moins exceptionnelle que celle du droit positif actuel. La Cour de cassation, qui a plusieurs fois rappelé que le dol n'était une cause de nullité que s'il émane d'une partie à la convention (v. par ex : Com., 22 juil. 1986, n°85-12.392, Bull. civ. IV, n°163), n'a en effet reconnu le dol d'un tiers qu'en matière de libéralité (Req. 5 déc. 1838, DP 1839. 1. 41, v. égal. le nouvel art. 1135 al. 2 qui admet l'erreur sur les libéralités comme une cause de nullité du contrat, cf. *supra*) ou uniquement en cas de collusion entre le contractant et le tiers (V. en

ce sens Com. 10 juil. 1978, n°77-10.194, Bull. civ. I, n°193) et lorsque l'erreur qui en résulte porte sur le substance du contrat (Civ., 1^{ère}, 3 juil. 1996, n°94-15.729, Bull. civ. I, n°288 : le dol d'un tiers à la convention peut entraîner la nullité du contrat lorsqu'elle porte sur la substance même de ce contrat »).

102. L'article 1139 reprend enfin des solutions classiques en précisant que l'erreur provoquée par le dol « *est toujours excusable* » (v. par ex. : Civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n°98-20.817, Bull. civ. 2001, III, n°20 : « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* ») et que la nullité peut être prononcée y compris lorsqu'elle porte « *sur la valeur de la prestation* » ou « *sur un simple motif du contrat* » (v. not. : Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, Bull. civ. I, n°58 : « *l'erreur provoquée par le dol peut être prise en considération, même lorsqu'elle ne porte pas sur la substance de la chose* »).

103. Ainsi, ces trois articles intègrent et prolongent plusieurs décisions de la Haute juridiction. On notera toutefois que certains éléments, prévus à l'ex-article 1116 du Code civil, n'ont pas été repris. Ainsi, le caractère déterminant du dol, exigé pour obtenir la nullité du contrat, qui ressortait des termes de l'ex-article 1116 du Code civil (« *les manœuvres sont telles, qu'il est évident que sans ses manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* », n'est pas signalé dans les nouvelles dispositions mais il est exigé pour l'ensemble des vices du consentement à l'article 1130 (cf. *supra*). Exit également la formule selon laquelle le dol « *ne se présume pas. Il doit être prouvé* », ce qui a pu paraître logique aux auteurs de la réforme puisque le droit commun de la preuve est dans le même sens (v. le nouvel art. 1353 al. 2). D'une manière plus générale, il semble ressortir de ces dispositions un déclin de l'élément intentionnel : en définissant le dol comme le fait « *d'obtenir* » le consentement de l'autre et non plus de le *surprendre* (v. ex-art. 1109 du Code civil) et en codifiant le cas de la réticence (qui ne fait qu'entretenir une erreur déjà existante sans la provoquer) au titre de la matérialité du dol, l'élément intentionnel est moins saillant qu'auparavant et le mouvement d'objectivation de ce vice, qui avait déjà été engagé par la jurisprudence, semble ainsi se poursuivre.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

104. Les dispositions relatives au dol contiennent d'abord des approximations terminologiques mais qui ne soulèveront certainement pas de difficultés d'interprétation. Elles évoquent en effet les agissements dolosifs d'un *contractant*, alors qu'au moment où ils se produisent, ces faits précèdent la conclusion du contrat. Cette maladresse n'emporte toutefois aucune incidence pratique dans la mesure où le litige intervient quant à la lui une fois le contrat conclu, et le demandeur est alors effectivement une partie contractante. Certains auteurs ont également relevé que la formulation « *dissimulation intentionnelle* » (*v. sur le projet de réforme « Analyses et propositions », M. Latina et G. Chantepie (dir.), p. 32-33*) est discutable puisque par définition, une dissimulation est volontaire. Là encore, la redondance sera sans effet et présente l'avantage de renforcer l'idée qu'elle répète.

Il est en revanche au moins deux questions qui pourraient retrouver une vitalité qu'elles avaient perdue au fil des contentieux.

La première concerne le dol du tiers. La Cour de cassation avait effectivement fortement restreint son importance en ne l'admettant que de façon ponctuelle (cf. *supra*). L'article 1138 al. 2 inverse cette tendance, puisque l'admission du dol d'un tiers n'est pas présentée comme une exception à un principe l'excluant. Il se pourrait donc bien que les plaideurs cherchent à dessiner plus largement ses contours en invoquant la disposition pour qu'elle soit appliquée à des situations auparavant exclues. On pense par exemple à la question du dol provoqué par le débiteur principal dans le cadre d'un contrat de cautionnement (*v. contra Civ., 1^{ère}, 27 juin 1973, n°72-11.564, Bull. civ. I, n°219 : « le contrat de cautionnement se formant par l'accord des volontés de la caution qui s'oblige et du créancier qui accepte, le dol viciant le consentement de l'une des parties n'en peut emporter la nullité que s'il émane de l'autre partie »*).

La seconde question, qui n'est pas explicitement envisagée par la réforme, est celle de la réticence dolosive imputable à l'acquéreur. La solution du célèbre arrêt *Baldus* selon laquelle l'acheteur n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur

(Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, Bull. civ. I, n°131) rappelée en 2007 (Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°06-10.442, Bull. civ. III, n°5 : « L'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur (...) ») pourrait être remise en cause par des plaideurs sur la base des nouvelles dispositions. Le principe pourrait effectivement s'inverser et devenir celui de l'admission de la réticence imputable à l'acheteur. D'une part, une obligation générale d'information au stade de la négociation est posée à l'article 1112-1 et d'autre part, les nouvelles dispositions relatives au dol admettent la réticence au titre des agissements dolosifs sans égard pour la qualité de la partie au contrat qui en est l'auteur. Bien sûr, des exceptions pourraient être maintenues notamment lorsque l'erreur entretenue par la réticence de l'acheteur porte sur la valeur (*v. en ce sens les arrêts précités de 2000 et 2007, et l'art. 1112-1 al. 2 : « (...) ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation*). Cela dit, rien dans les dispositions relatives au dol ne permet *a priori* de l'exclure et d'autres arrêts, certes plus isolés, autorisent encore à douter de l'ampleur d'une telle exclusion (Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, n°99-11.203, Bull. civ. III, n°171).

Cathie-Sophie Pinat

§ 4. LA VIOLENCE

Art. 1140 *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.*

Art. 1141 *La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif.*

Art. 1142 *La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers.*

Art. 1143 *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.*

1. Le présent : changement et constantes

105. Le vice de violence est régi par quatre dispositions qui mêlent codification à droit constant et innovations (*avant la réforme, il était abordé dans cinq dispositions : v. art. 1111 à 1115 du Code civil*).

Concernant tout d'abord la codification à droit constant, l'article 1140 définit le vice de violence comme l'hypothèse dans laquelle « *une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Cette définition est très proche de celle de l'ex-article 1112 du Code civil, à ceci près qu'elle n'exige plus du juge qu'il prenne en considération « *l'âge, le sexe ou la condition des personnes* » concernées. Cet abandon n'a n'empporte toutefois aucune conséquence puisqu'au regard de sa définition l'existence d'un vice de violence devra toujours être appréciée *in concreto* par les juges du fond et parce que l'appréciation *in concreto* des vices du consentement est désormais posée comme une règle générale à l'article 1130 al. 2 (cf. *supra*).

106. L'article 1141 du Code civil intègre ensuite une solution jurisprudentielle acquise aux termes de laquelle « *la menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence (...) que s'il y a abus de cette voie de droit soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* » (Civ., 3^{ème}, 17 janv. 1984, n° 82-15.753, Bull. civ. III, n°13).

107. L'article 1142 n'innove pas non plus en signalant que « *la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers* ». L'ex-article 1111 du Code civil exprime en effet la même règle.

108. Concernant les innovations de la réforme, elles se manifestent par l'abandon de certaines règles et par l'insertion d'une nouvelle disposition.

L'ex-article 1114 du Code civil, qui dispose que « *la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* », est abrogé

sans être repris dans une nouvelle disposition. Ce retrait participe de l'abandon progressif d'une conception de la famille peu conforme à l'évolution de la société.

Par ailleurs, l'ex-article 1115 du Code civil qui signale que le contrat ne peut pas « être attaqué pour violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé » implicitement ou expressément n'est pas non plus repris. Cette exclusion est toutefois justifiée puisque le caractère relatif de la nullité, rappelé à l'article 1131 (« Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ») implique la possibilité pour la personne habilitée à agir en nullité de confirmer un acte vicié (v. égal. sur la nullité relative couverte par la confirmation, les articles 1181 et 1182 du Code civil). Il n'était donc pas nécessaire de conserver une disposition qui faisait doublon avec d'autres.

109. Enfin, la nouveauté la plus remarquable se situe probablement à l'article 1143 du Code civil qui dispose qu'« 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 ». Encore qu'il faut immédiatement signaler que le gouvernement a reculé sur cette question, puisque dans son projet de réforme, la disposition était moins conditionnée car elle n'exigeait pas que l'auteur de la violence en ait tiré un avantage manifestement excessif (v. art. 1142 du projet : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse »).

La nouveauté ne se situe donc pas dans la reconnaissance d'un vice de violence économique qui avait déjà été retenu par la Cour de cassation et à des conditions plus avantageuses puisqu'elle exigeait seulement que l'auteur du vice ait tiré un profit et non un profit « manifestement excessif » (v. Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n°00-12.932, Bull. civ. I, n°108 : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »). La nouveauté provient simplement du fait que la codification de la violence économique va peut-être autoriser les

juges à se montrer plus accueillants face à une situation qui n'était sanctionnée que ponctuellement. Mais les conditions de sa reconnaissance, encore plus drastiques, laissent peu d'espoir.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

110. Dans la mesure où la réforme du vice de violence se contente de codifier à droit constant des solutions déjà présentes dans l'ancienne version du Code ou dans la jurisprudence, elle ne donne pas vraiment naissance à des questions qui seraient susceptibles de se poser devant les juges. Ce sont les faits, avec leur irrépressible singularité, qui inviteront les juridictions à faire œuvre créatrice. Tout au plus, peut-on imaginer que les magistrats seront invités à préciser le sens de l'article 1143 du Code civil, et auront plus spécialement à trancher la question de savoir s'il suffit qu'un profit ait été réalisé par celui qui exploite un état de dépendance économique ou si ce profit doit encore être manifestement disproportionné. Il faut rappeler que ces hypothèses de violence économique sont déjà prises en charge, par le droit des pratiques restrictives, où l'on trouve des dispositions spécialement pensées pour lutter contre les abus des grands distributeurs à l'égard des fournisseurs, souvent en situation de dépendance (*V. C. com., art. L. 442-6, I, 1^o et 2^o notamment*). Ce droit des pratiques restrictives, certes plus efficace que la prohibition de l'abus de dépendance économique (*v. C. com., art. L. 420-2: l'abus n'étant reconnu qu'en présence de plusieurs conditions difficiles à réunir, notamment celle de l'affectation sensible de la concurrence sur le marché considéré*), ne permet toutefois d'obtenir que la responsabilité de l'auteur de l'abus. L'article 1143 du Code civil offre ainsi, en complément, une autre sanction : la nullité de l'acte conclu en présence d'un abus de dépendance économique et en particulier la nullité des contrats de coopération commerciale par lesquels les fournisseurs rémunèrent les distributeurs pour des services ou avantages souvent fictifs ou dont le coût est bien en-deçà de leur facturation effective.

Cathie-Sophie Pinat

§ 5. POINT DE DEPART DE L'ACTION EN NULLITE

Art. 1144 *Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé.*

1. Le présent : changement et constantes

111. Aucune innovation dans cette disposition qui figure maladroitement au sein des règles relatives à la violence, alors qu'elle aurait eu une meilleure place aux côtés des articles introductifs (et notamment après l'art. 1131, cf. supra, ou au contraire dans le chapitre consacré aux nullités, cf. art ; 1178 s.).

Elle fixe en effet le point de départ de l'action en nullité d'un acte vicié. Pour l'erreur et le dol, le délai court à partir de la *découverte du vice*, alors que pour la violence, il court à partir du *moment où elle a cessé*. Rien de nouveau dans cette disposition qui se contente de reprendre la formulation de l'ex-article 1304 al. 2 du Code civil (abrogé par la réforme) : « *Ce temps [de l'action] court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts* ».

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

112. Aucun problème d'interprétation ne risque d'être posé avec cette disposition, puisqu'elle reprend l'ex-article 1304 du Code civil qui a déjà fait l'objet d'une abondante jurisprudence visant à en préciser les conséquences.

113. Pour conclure cet exposé, il faut signaler que l'ex-article 1118 du Code civil, qui faisait suite aux vices du consentement, et selon lequel « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* » est abrogé par la réforme. La lésion n'est désormais admise comme cause de nullité qu'à propos des actes conclus par les personnes mineures (v. nouvel art. 1149 du Code civil) et se trouve exclue par principe (v. nouvel Art. 1168 : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des*

prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement »).

Cathie-Sophie Pinat

SECTION 2. CAPACITE ET REPRESENTATION

SOUS-SECTION 1 CAPACITE

Sous-section 2 La capacité et la représentation

Paragraphe 1 La capacité

Art. 1145 Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.

La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles.

Art. 1146 Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :

- 1° Les mineurs non émancipés ;*
- 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425.*

Art. 1147 L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative.

Art. 1148 Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales.

Art. 1149 Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible.

La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation.

Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession.

Art. 1150 Les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435, 465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148, 1151 et 1352-4.

Art. 1151 Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci. Il peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable.

Art. 1152 La prescription de l'action court :

- 1° A l'égard des actes faits par un mineur, du jour de la majorité ou de l'émancipation ;*
- 2° A l'égard des actes faits par un majeur protégé, du jour où il en a eu connaissance alors qu'il était en situation de les refaire valablement ;*
- 3° A l'égard des héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle ou de la personne faisant l'objet d'une habilitation familiale, du jour du décès si elle n'a commencé à courir auparavant.*

1. Le présent : changements et constantes

114. Les articles 1145 à 1152 du Code civil regroupent au sein d'un même paragraphe les articles du Code civil relatifs à la capacité, ainsi que certains des articles ayant trait à l'action en rescision pour lésion. Au-delà de quelques simplifications de rédaction, les nouveaux articles du Code rappellent le principe de capacité de personnes physiques (a), avant de consacrer la capacité des personnes morales (b). L'ordonnance restructure également les sanctions de l'incapacité (c).

a. La capacité des personnes physiques

115. L'article 1145 alinéa 1^{er} du Code civil rappelle le principe selon lequel toute personne physique a la capacité de contracter, sauf dans les cas prévus par la loi et dont l'article 1146 en précise la teneur : le mineur non émancipé, d'une part, et les majeurs protégés au sens de l'article 425 du Code civil, d'autre part. Il s'agit là d'incapacités d'exercice. L'individu ne peut exercer lui-même des droits dont il est titulaire. Celles-ci sont des mesures de protection liées à l'âge et à l'altération des facultés mentales ou physiques. Elles sont obligatoirement d'origine légale et ne peuvent ainsi faire l'objet d'une convention.

L'article 1148 limite néanmoins la portée de l'incapacité des mineurs en reproduisant et en consacrant la règle générale sur les actes de la vie courante. Traditionnellement, les juridictions considèrent, à la lecture des articles 389-3 et 408 du Code civil (*et l'article 450 ancien du Code civil*), que les mineurs sont capables de contracter s'agissant des actes de la vie courante. Ces textes disposent, en effet, que l'administrateur légal ou le tuteur représente le mineur « *dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ». Bien qu'équivoque, la référence aux « *usages* » autorise une souplesse d'interprétation profitable au mineur. La Cour de cassation estime ainsi qu'« *il résulte des dispositions des articles 389-3 et 450 du Code civil que le mineur peut passer seul les actes de la vie courante* » (Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1972 : Gaz. Pal. 1972, 2, 871).

Cette solution, unanimement reprise par la doctrine, permet donc de considérer que le mineur dispose d'une autonomie générale pour les actes de la vie courante (J.-C. Montagnier, *Les actes de la vie courante en matière d'incapacités*, JCP G 1982 I, 3076 – F.- J. Pansier, *Propos sur le client mineur*, Cahier dr. Entrepr. 1982, 5-6).

L'ordonnance codifie donc opportunément cette règle générale en rappelant que « *toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage* », tout en précisant que ces actes doivent être conclus « *à des conditions normales* » (Pour l'appréciation de cette nouvelle condition voir *infra*).

116. Par ailleurs, l'article 1150 précise que les actes accomplis par un majeur protégé demeurent soumis au régime des incapacités (articles 435, 465 et 494-9 du code civil). Il s'agit ici d'un simple rappel n'entraînant aucune modification du droit positif.

Enfin, il convient également de relever que l'ex-article 1314 du Code Civil a été supprimé. Il avait pourtant été initialement envisagé dans le projet de réforme de l'insérer presque à l'identique à l'article 1151-2 du projet : « *Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des majeurs en tutelle, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant la tutelle des majeurs* ». Cet article,

qui précisait la validité de certains actes conclus par un mineur lorsque les formalités légales prescrites avaient été respectées, est apparu, à juste titre, superfétatoire, donc inutile. De la même manière, l'ex-article 1125-1 du Code civil, qui avait été repris à l'article 1151-1 du projet d'ordonnance (« *Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes dépendantes ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement. Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées* ») a été supprimé du Livre III du Code civil. Il a été déplacé dans le Code de la santé publique et dans le Code de l'action sociale et des familles. Ces suppressions s'inscrivent parfaitement dans les objectifs de l'ordonnance, visant notamment à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats.

b. La capacité des personnes morales

117. L'un des principaux apports de l'ordonnance concerne la capacité des personnes morales. L'article 1145 la limite cependant aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. Avant de s'interroger sur la portée de cette limitation, il convient de mettre en relief l'importance de cette consécration légale. Elle est d'autant plus remarquable que le projet de réforme avait limité la capacité aux seules personnes physiques, éludant ainsi la problématique des personnes morales, alors pourtant qu'il s'agit d'une question d'importance. La reconnaissance de la personnalité juridique des personnes morales et la capacité qui en découle, en effet, a fait l'objet de vives controverses, opposant deux interprétations. Selon une première théorie, dite « de la fiction », seules les personnes physiques, par principe, ont la capacité de contracter. La reconnaissance de la capacité et de la personnalité juridique des personnes morales, qui ne sont que des « fictions juridiques », n'est possible que si elle est consacrée par la loi. Le projet de réforme, en évinçant entièrement la question de la capacité des personnes

morales, semblait favoriser cette interprétation. Cette orientation semblait alors écarter la seconde théorie, « de la réalité », qui avait pourtant les faveurs de la Cour de Cassation de longue date (*Cass. Civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954 : D.1954, 217, note Levasseur*). Selon cette théorie, dès lors que la personne morale manifeste une volonté propre et exerce une activité personnelle, sa personnalité juridique et de sa pleine capacité doivent être reconnues (*Sur ces deux théories, voir notamment : Espesson-Vergeat, JCL Sociétés Traité, Fasc. 8-10 : la capacité des contractants, n°50 – Dissaux, Jamin, Commentaire du projet de réforme du droit des obligations : Dalloz, p.46*). L'ordonnance clôt définitivement le débat, en affirmant la capacité de principe des personnes morales, se rapprochant ainsi de la « théorie de la réalité ».

118. Cette capacité de principe est cependant immédiatement limitée, à double titre, au sein même de l'article 1145. En premier lieu, elle se restreint aux actes utiles à la réalisation de l'objet social et aux actes qui leur sont accessoires. Cette restriction est une innovation de l'ordonnance du 10 février 2016 (*P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social : D.2016, p.906.*) et ne manquera pas de soulever certains points d'interrogation (*voir infra*). En second lieu, la capacité des personnes morales ne pourra s'exprimer que « dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ». À la lecture du texte, on pourrait croire que les règles auxquelles il est fait référence concernent les pouvoirs des dirigeants. Cela étant, il est essentiel ici de rappeler que la capacité se distingue du pouvoir. Le pouvoir permet à celui qui le détient d'agir pour autrui au moyen d'actes juridiques, alors que la capacité est l'aptitude à agir pour soi-même. Les limites posées aux pouvoirs des dirigeants ne sont donc pas visées par l'article 1145, lequel ne concerne que la capacité de la personne morale. S'agissant des sociétés, aucune disposition légale spéciale ne limitant expressément leur capacité, cette limitation semble donc avoir une portée réduite, sauf à inclure dans les « règles » visées par le texte les usages et la jurisprudence. S'agissant des associations, en revanche, cette restriction revêt une portée plus significative. En effet, l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association subordonne l'obtention de la capacité au respect d'un formalisme strict (*Toute association qui voudra obtenir la capacité juridique (...) devra être rendue publique par*

les soins de ses fondateurs. La déclaration préalable en sera faite au représentant de l'Etat dans le département où l'association aura son siège social. Elle fera connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements et les noms, professions et domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration. Un exemplaire des statuts est joint à la déclaration. (...).

c. La sanction de l'incapacité

119. L'ordonnance du 10 février 2016 a vocation à renforcer l'attractivité du droit des contrats en simplifiant et en réorganisant les textes. Un travail tout particulier a ainsi été effectué pour reformuler les sanctions de l'incapacité. Il apparaît désormais clairement que la nullité relative est la sanction générale de principe (i) alors que la rescision pour lésion est une sanction spéciale réservée aux actes courants conclus par les mineurs (ii).

i. La nullité relative

120. L'article 1147 consacre de manière opportune le caractère relatif de la nullité pour incapacité. L'article 1179 rappelle, en effet, que la nullité est relative dès lors que la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé, ce qui correspond à l'objectif de protection de l'incapacité d'exercice de l'article 1146. Si la précision n'est pas nouvelle, puisque la jurisprudence avait déjà fait sienne cette analyse (*Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009 : D.2009 AJ 371.*), cette codification participe au mouvement de simplification et au souhait de renforcer l'attractivité du droit des contrats. La qualification de nullité relative emporte logiquement deux conséquences qui, sans être inédites, sont reformulées par le nouveau texte. D'abord, comme le rappelle l'article 1151, la nullité ne peut être invoquée que par l'incapable ou son représentant. Cette analyse s'infère d'une lecture *a contrario* du texte. Ce dernier dispose que seul le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui, ce qui suggère que seul l'incapable peut initier l'action en nullité. On regrettera la suppression de l'ex-article 1125 du Code civil, et l'abandon corrélatif de l'article 1149 du projet de réforme qui offrait d'ailleurs une rédaction plus aisée et plus pédagogique de cette règle (*Article 1149 du projet d'ordonnance : le contractant capable ne peut invoquer l'incapacité de la personne avec laquelle il a contracté*). Cette éviction s'explique

certainement par une volonté d'éviter une répétition en regard des textes relatifs à la nullité relative. La règle, en effet, est clairement rappelée à l'article 1181: *La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger*. Cette solution est d'ailleurs celle retenue par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 2015 : n° 14-23.340, D. 2015. 2374). L'ordonnance confirme ensuite la recevabilité de la confirmation. L'article 1152 alinéa 2 permet au contractant d'opposer à l'action en nullité la ratification postérieure de l'acte par son contractant devenu ou redevenu capable.

121. L'article 1151 alinéa 1^{er} permet également de clarifier, de simplifier et de moderniser des règles établies, mais dont l'utilisation se faisait rare du fait du caractère obscur et complexe des textes. Aux termes de cet article, le contractant capable pourra désormais faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci. Le texte permet ainsi au défendeur à toute action en nullité d'opposer une fin de non-recevoir au demandeur. Il devra apporter la preuve, soit que l'acte est utile et non lésionnaire, soit que l'acte a tourné au profit de l'incapable.

Ce texte s'inspire à la fois des ex-articles 1312 et 1241 du Code civil dont il combine les conditions et les effets. Selon l'ex-article 1312 du Code civil, « *lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle des majeurs, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit* ». Les incapables ne sont donc tenus de restituer ce qu'ils ont reçu en exécution du contrat nul que dans la mesure où cela leur aura profité (Cass. civ. 23 février 1891 : DP92.129 – Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 1978 : Bull. civ. I, n°147). Le texte du Code réformé, au-delà d'un simple travail de simplification, étend donc le champ d'application de l'ex-article 1312 du Code civil. Ce dernier se limite au cas des restitutions dans la mise en place d'une action en rescision pour lésion. L'article 1151 s'appliquera à l'ensemble des actions en nullité et pourra faire obstacle à l'action en nullité sans se limiter à ses simples conséquences que constituent les restitutions. Ces caractéristiques ne sont pas sans rappeler l'ex-article 1241 du Code

civil qui dispose que « le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier ».

Enfin, l'article 1152 relatif aux différents points de départ de la prescription de l'action est une reprise de l'ex-article 1304 alinéa 3 du Code civil.

ii. La rescision pour lésion

122. L'article 1149 précise également les conditions du recours à la rescision pour lésion permettant d'obtenir l'annulation de l'acte. Si sur ce point, l'ordonnance ne modifie pas le droit positif, elle permet néanmoins de lever l'ambiguïté générée par la rédaction obscure des ex-articles 1305 et 1311 du Code Civil. D'aucuns s'interrogeaient sur l'articulation de ces deux textes avec le régime de la nullité relative des actes conclus par des incapables (*Conte et Montanier, Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, JCP N 1986.I.401*). Deux interprétations sont envisageables. On pourrait soutenir, en première hypothèse, que si l'acte conclu par le mineur est un acte courant, et par conséquent non sanctionnée par la nullité relative, il ne saurait être également sanctionné sur le fondement de la rescision pour lésion. Dans la seconde hypothèse, on considère qu'en présence d'un acte courant et donc autorisé, la rescision pour lésion reste toutefois concevable (*Voir au soutien de cette interprétation notamment : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil : les obligations T. 1, 16^{ème} Ed., p.239*)

C'est cette dernière interprétation qui a été retenue par la réforme. L'article 1149 vient ainsi préciser que les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion, mettant ainsi un terme à la controverse. En définitive, deux catégories d'actes avec leurs régimes propres se distinguent. D'une part, un régime général englobant les actes « non-courants » avec, notamment, les actes que le tuteur ne peut faire seul sans l'autorisation du conseil de famille ou le juge des tutelles (*article 505 du Code civil*), ainsi que les actes que l'administrateur légal ne peut passer sans l'autorisation de son conjoint ou les juges des tutelles (*article 389-5 et 389-6 du Code civil*), mais également tous les actes ne pouvant être qualifiés d'actes de la vie courante (*à titre d'exemple : l'achat d'un scooter n'est pas un acte de la vie courante : Cass.*

civ. 1^{ère} : 15 octobre 2015, n°2015-023422 : JCP G, n°11, p.526) qui seront sanctionnés par la nullité relative s'ils sont conclus par l'incapable seul. D'autre part, un régime spécial limité aux actes de la vie courante conclus par le mineur ne pouvant pas être sanctionnés par la nullité relative, mais qui pourront faire l'objet d'une action en rescision pour lésion.

Le Code civil nouveau regroupe pour finir en ce seul et même article des règles relatives à la lésion présentées d'une manière éparse dans le Code civil. L'alinéa 1^{er} rappelle ainsi que la nullité n'est pas concevable si la lésion résulte d'un événement imprévisible (Article 1306 du Code civil). L'alinéa 2 confirme que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation (*C. civ., ex-art. 1307*). *In fine*, l'article 1149 dispose que le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a souscrits dans l'exercice de sa profession, reprenant ainsi les termes de l'ex-article 1308 du Code civil.

2. L'avenir : questions et interprétations

123. La réforme a rempli, pour la plupart des articles relatifs à la capacité, sa mission de simplification et d'amélioration de l'attractivité du droit des contrats. Il demeure cependant des interrogations qui ne manqueront pas d'alimenter les prochains débats.

On relèvera ainsi l'ambiguïté qui entoure toujours la notion d'actes de la vie courante. Une définition légale aurait été bienvenue, dans la mesure où cette notion est imprécise. La qualification des actes autorisés relève en effet du pouvoir souverain des juges du fond (*Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1980 : Bull. civ. I, n° 172 ; Defrénois 1981, 32599, note J. Massip*) qui les apprécient subjectivement en fonction de l'environnement dans lequel évolue le mineur. Ainsi, à titre d'exemple, les juges ne reconnaissent pas l'acquisition d'un véhicule d'occasion comme étant un acte de la vie courante (*Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1972 : Gaz. Pal. 1972, 2, 871 – TGI Quimper, 12 août 1970 : Gaz. Pal. 1971, 1, somm. 44 ; RTD civ. 1971, p. 616, obs. R Nerson*). En revanche, sur le fondement de la capacité reconnue aux mineurs pour les actes de la vie courante, la pratique bancaire a progressivement légitimé les ouvertures de comptes faites par des

mineurs non émancipés (*Pour une étude exhaustive sur la relation entre les mineur et les activités bancaires voir notamment : J. Huet, Détournement (bancaire) de mineurs, D. 1987, chron. p. 215 et s. – G. Kengne, La banque et le mineur, Les Petites Affiches, 5 février 1997 – O. Kuhnmmunch, L'incidence de la législation des caisses d'épargne sur la capacité des mineurs, Defrénois 1959, art. 27799*). Cette pratique a été favorablement accueillie par la jurisprudence qui a estimé, par un arrêt du 12 novembre 1998, que l'ouverture d'un compte bancaire est un acte de la vie courante (Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998 : JCP G 1999 II, 10053, note Th. Garé. La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel pour manque de base légale. Les juges du fond ont statué « sans rechercher si l'ouverture d'un compte bancaire avec remise de carnets de chèques ou d'une « carte bleue » sans autorisation de son représentant était un acte de la vie courante »). Les contrats bancaires du mineur fonctionnent toutefois sous la responsabilité des parents (ou du représentant légal), à l'exception des mineurs de plus de seize ans, salariés ou bénéficiaires d'une bourse d'études, qui peuvent ouvrir et faire fonctionner leur compte-chèques sous leur seule signature sans autorisation préalable de leurs parents ou représentant légal. Il apparaît donc que le caractère courant de l'acte sera toujours apprécié *ex post* par le juge. L'absence de définition légale lui laisse toujours une très large marge d'interprétation générant une insécurité juridique récurrente incompatible avec les objectifs initiaux de l'ordonnance.

L'ambiguïté de cette capacité d'exception est même renforcée par l'ordonnance. Si l'article 1148 rappelle, en effet, que toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, il rajoute néanmoins une condition : il faut que l'acte soit conclu à des « *conditions normales* ». Cet apport obscurcit davantage l'interprétation qui doit être faite de ce texte. L'appréciation de cette condition ne semble pas, en effet, des plus aisées. Il apparaît au préalable nécessaire de distinguer l'acte lésionnaire et l'acte « anormal ». Puisque que l'ordonnance prévoit que l'incapable peut accomplir des actes de la vie courante, tout en précisant que les actes de la vie courante lésionnaires peuvent être annulés, assimiler les deux notions viderait en effet de sens l'ensemble du dispositif (C. civ., articles 1148 et 1149). Ce simple constat, d'ailleurs, ne permet pas de cerner la notion avec précision. Pour apprécier au plus près « le caractère normal des actes conclus » peut-être faut-il se référer au droit des

sociétés et au régime des conventions règlementées. Celles-ci, impliquant à la fois les dirigeants et la société, doivent respecter un formalisme strict. Parmi elles, seules les conventions portant sur des opérations courantes et conclues « à des conditions normales » sont exemptées de ce formalisme (C. com., art. L. 225-39). Ces conditions peuvent être considérées comme « normales » lorsqu'elles sont habituellement pratiquées par la société dans ses rapports avec les tiers, de sorte que le bénéficiaire de la convention n'en retire pas un avantage par rapport aux conditions faites à un fournisseur ou à un client quelconque de la société, compte tenu des conditions en usage dans les sociétés du même secteur (*Rép. min. n° 4276: JOAN Q, 3 avr. 1969, p. 870*). La transposition de cette définition aux « conditions normales » des actes courants accomplis par les personnes incapables n'apparaît toutefois pas des plus aisées. L'appréciation de cette « normalité » sera donc laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond au détriment de la prévisibilité et de la sécurité juridique.

124. On pourra également s'interroger quant à la portée réelle qu'il convient de donner à la notion « d'actes utiles » permettant de limiter la capacité des personnes morales (C. civ., art. 1145 alinéa 2). La référence au terme utile est une « *innovation sémantique* » (Mousseron, *Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social* : D.2016, p.906.) par rapport aux textes relatifs à l'objet social. Traditionnellement en droit des sociétés, les actes « relèvent » ou « entrent » dans l'objet social. Il appartiendra donc toujours aux juges de déterminer avec précision le contour de la notion. Au contraire, l'on pourra relever le caractère salubre de la référence à l'objet social statutaire écartant ainsi certaines dérives faisant appel à la notion d'intérêt social (*Sur cette notion voir notamment : A.Pirovano, La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D. 1997.189*). Certains auteurs relevaient ainsi l'insécurité générée par l'utilisation de cette « *notion floue que chacun remplira à sa guise* » (A. Couret, *L'intérêt social*, Cah. dr. entr. 1996. 1). La jurisprudence avait, en effet, récemment substitué cette notion à la notion d'objet social (« *Mais attendu que n'est pas valide la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social ; qu'il en est ainsi même dans le cas où un tel acte entre dans son objet statutaire : Cass com. 23 septembre 2014 : Ph. Dupichot, Derrière l'intérêt social de la SCI*

caution : la cause ?, Bull. Joly 2015. 260). Le choix de la référence à l'objet social opéré par l'ordonnance, au détriment de l'intérêt social, emportera alors logiquement notre adhésion.

Julien Roque

SOUS-SECTION 2. LA REPRESENTATION

Paragraphe 2 La représentation

Art. 1153 *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.*

Art. 1154 *Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.*

Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant.

Art. 1155 *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire.*

Art. 1156 *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.*

Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.

L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié.

Art. 1157 *Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer.*

Art. 1158 *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant*

conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.

Art. 1159 *L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant.*

La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits.

Art. 1160 *Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction.*

Art. 1161 *Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté.*

En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié.

1. Le présent : changements et constantes

125. L'ordonnance de 2016 introduit dans le Code civil un corps de règles relatif à la représentation. (Voir notamment : Ph. Didier, *La représentation dans le nouveau droit des obligations*, JCP G 2016, 580). Si la notion n'est pas nouvelle, un ensemble de règles codifiées est inédit. La notion était auparavant présentée de manière éparse dans le Code civil et était notamment rattachée aux dispositions spéciales relatives au contrat de mandat (C. civ., art. 1984 et suivants). Ces concepts sont désormais dissociés. En réservant tout un paragraphe à la notion de représentation au sein de la section 2 relative à la validité du contrat, l'ordonnance de 2016 consacre ainsi une théorie générale de la représentation indépendante de la notion de mandat. Après avoir exposé le principe et les effets de la représentation (a), l'ordonnance apporte des précisions s'agissant des sanctions en cas de dépassement de pouvoir (b).

a. Le principe de la représentation

126. L'article 1153 de l'Ordonnance délimite, à titre liminaire, le champ d'application de la représentation. Elle est envisagée quelle que soit sa source : conventionnelle, légale ou judiciaire. La volonté d'établir un cadre général à la notion est ainsi affirmée.

Sans définir la notion de représentation (*pour une analyse critique de cette absence voir infra*), le Code civil dispose que les pouvoirs du représentant sont limités à ceux qui lui ont été conférés. Il s'agit ici de la reprise d'une solution jurisprudentielle établie applicable au contrat de mandat (*Le mandant n'est pas tenu d'exécuter les actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné : Cass. com., 26 mars 2008 : D. 2008. AJ 1058, obs. Delpech; RTD civ. 2008. 689, obs. Gautier*). Si l'Ordonnance a donc souhaité dissocier le contrat de mandat et la notion de représentation, le nouveau régime général s'inspire cependant sensiblement du droit positif applicable au contrat de mandat.

127. S'agissant des effets de la représentation, l'article 1154 s'appuie sur la distinction traditionnelle entre représentation parfaite et représentation imparfaite (*voir notamment : Ph. Pétel, Les obligations du mandataire, Litec, Coll. Bibl. dr. de l'entr., 1988, préf. M. Cabrillac, n°16*). La notion de représentation revêt une dualité intrinsèque. Elle se définit en effet comme l'action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre (le représenté) un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté (*Vocabulaire juridique, sous la dir. de G. Cornu Travaux de l'Association Henri Capitant, 10ème Ed., PUF, 2014, V° Représentation*). Le pouvoir de représentation, *lato sensu*, regroupe ainsi la représentation des intérêts d'autrui, découlant de l'expression « pour le compte de », et la représentation de la personne, découlant de l'expression « au nom de » (*Pour une distinction similaire : G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 2, effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives, 16ème Ed., LGDJ, n° 2638 – M.-L. Izorche, A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, chron. p. 639 – Voir également : N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, Préf. Ch. Jamin, LGDJ, Coll. Bibl. de droit*

Privé, t. 485, n° 385 et s. L'auteur privilégie la distinction entre représentation personnelle et réelle).

Lorsque le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, on parle de représentation parfaite. Lorsqu'il agit pour le compte d'autrui mais ne contracte pas au nom d'autrui, il s'agit de représentation imparfaite. C'est le cas, notamment, de la déclaration de « *command* » (La déclaration de « *command* » est l'acte par lequel l'acquéreur (le *command*) donne à autrui (le *commandé*) le pouvoir d'acheter un bien. Ce dernier déclare qu'il représente le mandant sans révéler son identité. Il doit cependant, dans les formes et délais requis, révéler l'identité du véritable acquéreur.), du contrat de commission (L'article L. 132-1 du Code de commerce dispose que le « *commissionnaire* est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ». Le commissionnaire agit ainsi en son nom tout en représentant les intérêts du commettant), ou du contrat de prête-nom (Le contrat de prête-nom est une convention par laquelle « une personne, le mandataire, traite pour le compte d'autrui, le mandant, mais en laissant croire qu'il agit dans son intérêt propre et en assumant personnellement les charges du contrat. Voir notamment : F. Leduc, *Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite*, RTD Civ. 1999, p. 283 – L. Arcellin, *Interposition de personne et prête-nom : deux cas de simulation*, Petites affiches 16 juillet 2002, n° 141, p. 20). La dualité de la notion de représentation existe déjà dans les principes du droit européen des contrats, qui distinguent la représentation directe et la représentation indirecte. Cette dernière intervient lorsqu'un intermédiaire agit sur les instructions et « *pour le compte, mais non point au nom, d'un représenté* » (PERD, art. 3.301 des principes du droit européen des contrats).

128. S'agissant du régime la représentation parfaite, seul le représenté est tenu de l'engagement contracté (Article 1154 de l'Ordonnance). Là encore la filiation avec le contrat de mandat est évidente, car il est admis que l'exécution des obligations contractuelles conclues par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant incombe seulement à ce dernier (Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1978 : Bull. civ. I, n° 346 – Cass. com. 21 mars 1983 : Bull. civ. IV, n° 109).

S'agissant de la représentation imparfaite, le représentant est seul engagé à l'égard du cocontractant, ce qui autorise à penser qu'il y a là un rapprochement avec le contrat de commission. En effet, à l'égard du tiers-contractant, seul le commissionnaire est personnellement engagé (*Jurisprudence constante, voir notamment : Cass. civ. 14 juin 1892 : DP 1892,1,500 ou plus récemment : Cass. civ. 3^{ème} 10 février 1988 : JCP 1989, II, 21192 note Atias – Par ex., l'acheteur n'a pas d'action contre le commettant : Cass. com., 9 décembre 1997 : JCP G 1998, II, 10201 note Litty.*)

Par ailleurs, l'article 1155 du Code civil précise les pouvoirs du représentant en fonction des termes généraux ou spéciaux du pouvoir. Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Il s'agit ici d'une reprise des termes de l'article 1988 alinéa 1^{er} du Code civil (*Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration*). On notera cependant l'ajout des actes conservatoires dans le champ des pouvoirs du représentant doté d'un pouvoir général.

129. Si les liens entre les règles actuellement applicables au contrat de mandat et le principe de la représentation instauré par l'Ordonnance paraissent étroits, le texte introduit cependant des dispositions plus novatrices.

À ce titre, on relèvera, en premier lieu, l'article 1159 du Code civil qui dispose que l'établissement d'une représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits. Il y a ici un point de rupture avec le régime du mandat. La solution pour les contrats de mandat apparaît, en effet, plus nuancée (*Voir sur ce point : J. Roque, Les obligations du mandant, n°221, Thèse Avignon, 2007*). Si pour les mandats gratuits, désormais rares en pratique, la réalisation de la mission par le mandant à la place du mandataire est toujours possible, ce n'est pas le cas s'agissant des mandats professionnels, aujourd'hui la norme, dans le cadre desquels le mandant « doit laisser le mandataire accomplir ses diligences et ne pas agir à sa place » (CA Versailles, 25 janvier 2005, n° 2003-06287 : Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation). Le mandant, dans cette seconde hypothèse, est donc tenu de l'obligation « de ne pas exécuter la mission » dont la réalisation a été confiée au mandataire. Cette obligation d'origine prétorienne,

reconnue depuis par la doctrine (*Ph. Le Tourneau: Rép. Civ. Dalloz, V° Mandat, n° 299 – Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action*) a progressivement évolué. Elle s'entendait, à l'origine, comme l'interdiction de conclure lui-même l'acte finalisant la mission. Son champ d'application, par la suite, a été étendu à l'interdiction de la prospection et à toutes manœuvres à la charge du mandataire (*CA Versailles, 25 janvier 2005, N° 2003-06287 : Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation – CA Paris, 1er février 1993 : JCP E 1993, II, n° 489, p. 230, note A. Couret et F. Peltier*). S'agissant de la représentation légale ou judiciaire, l'article 1159 du Code civil dispose, au contraire, que le représenté est dessaisi des pouvoirs transférés au représentant.

En second lieu, on relèvera également la mise en place novatrice d'un régime général sur le conflit d'intérêt en cas de représentation (art. 1161). Le représentant ne peut pas contracter pour son propre compte avec le représenté ou bien être le représentant des deux parties au même contrat.

b. Les sanctions du dépassement de pouvoir

130. Si un représentant accomplit un acte sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, deux sanctions sont envisageables : l'inopposabilité de l'acte au représenté ou la nullité. Le choix a souvent été source de controverse (*Pour une inopposabilité de l'acte : Cass. civ. 1^{ère}, 23 nov. 1976, n° 75-11.525 : Bull. civ. 1976, I, n° 361 – Pour la nullité de l'acte : Cass. civ. 3^{ème}, 15 avr. 1980, n° 78-15.836 : Bull. civ. 1980, III, n° 73. – Cass. ass. plén., 28 mai 1982, n° 79-13.660 : Bull. ass. plén., 1982, n° 3 ; D. 1983, p. 117, concl. J. Cabannes ; D. 1983, p. 349, note E. Gaillard*). Le doute est désormais dissipé par l'Ordonnance, qui clarifie la situation en distinguant deux régimes en fonction de la qualité de la personne contestant l'acte conclu sans pouvoir.

Le représenté pourra uniquement se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte, et ce à la condition que le tiers contractant ne puisse pas prouver la théorie de l'apparence (art. 1156, al. 1).

Le tiers contractant de bonne foi, quant à lui, pourra invoquer exclusivement la nullité de l'acte (art. 1156 al. 2). En outre, la nullité et l'opposabilité ne peuvent plus être invoquées dès lors que le

représenté aura ratifié l'acte. Les nouvelles règles du Code civil reprennent ainsi le principe de la ratification et de ses effets, consacré par la jurisprudence dans le cadre du mandat (*Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1979 : bull. Civ. I, n°304 – Cass. civ. 3^{ème}, 12 mai 2010 : Bull. Civ. III, n°92, D. 2010 actualités 1417*).

131. Il convient également de relever que le Code civil distingue expressément le dépassement de pouvoir du détournement de pouvoir. Alors que le premier correspond à l'acte conclu sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs, le second semble être envisagé comme une action dolosive au détriment du représenté. Il suppose la complicité du tiers contractant de mauvaise foi, hypothèse dans laquelle le représenté lésé pourra invoquer la nullité de l'acte (*art.1157*).

132. Les sanctions ici présentées sont des mécanismes classiques, mis en place *ex post*. Ce contrôle *a posteriori* de la représentation ne permet cependant pas de renforcer la sécurité juridique, objectif pourtant prioritaire de la réforme. Pour répondre à cette attente, l'ordonnance innove en élaborant un mécanisme de contrôle *a priori*. Elle introduit en effet un processus de vérification de la portée du pouvoir conventionnel. Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant, peut ainsi demander par écrit au représenté de lui confirmer que le représentant est habilité à conclure cet acte. A défaut de réponse, l'article 1158 précise que le représentant est réputé habilité à conclure l'acte. On notera l'opposition avec la règle générale de l'article 1120 selon lequel le silence ne vaut pas acceptation.

2. L'avenir : questions et interprétations

133. Le Code civil nouveau élabore un régime général de la représentation. Si la volonté du législateur de rendre autonome ce régime par rapport aux règles spéciales du contrat de mandat apparaît opportune, certaines incertitudes subsistent.

D'abord, l'absence de définition de la notion de représentation est critiquable. Dans la mesure, en effet, où le nouveau régime s'inspire sensiblement de celui du contrat de mandat, un risque de confusion entre les deux notions est donc possible. Or, ces deux

notions ne doivent pas être confondues. Le contrat de mandat n'est que le vecteur, le mécanisme permettant la mise en place d'un effet juridique : la représentation (Il existe le même lien logique entre la vente et le transfert de propriété). Une partie de la doctrine avait ainsi souligné cette lacune dans le projet d'ordonnance et avait appelé de ses vœux un travail de définition (N. Dissaux, *la représentation : régime*, blog Dalloz obligations 2015. L'auteur propose la définition suivante : « La représentation est l'exercice du pouvoir dont une personne, le représentant, est investie afin de conclure un contrat pour le compte d'autrui, le représenté »).

Ensuite, Le Code civil n'envisage pas l'hypothèse de la substitution du représentant et de ses nombreuses conséquences juridiques. Le représentant doit-il répondre de celui qu'il s'est substitué ? Le représenté dispose-t-il d'une action directe contre le représentant substitué ? Le substitué jouit-il d'une action personnelle et directe contre le représenté pour obtenir le remboursement de ses frais ? Si l'article 1994 de Code civil permet de répondre à ces questions s'agissant du contrat de mandat, l'insertion d'un article relatif à ces questions pour le régime général de la représentation aurait été opportune. Il faudra donc s'en remettre référer aux solutions jurisprudentielles.

134. Enfin, rappelons que l'article de l'Ordonnance instaure un mécanisme, dit « action interrogatoire », permettant au tiers contractant, qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel, « de demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ». Cet outil permettant *a priori* de sécuriser la relation juridique en rassurant le tiers contractant par un contrôle *ex ante* semble bénéfique à ce dernier. Pour autant, ne peut-on pas craindre un renforcement de ses obligations ? Ne devient-il pas débiteur d'une obligation de se renseigner ? En effet, le tiers contractant ne peut se prévaloir de la nullité de l'acte accompli par le représentant que dans l'hypothèse où il ignorait que cet acte était accompli par un représentant sans pouvoir (art. 1156). En prenant en considération l'existence de ce nouveau mécanisme de contrôle – pourtant instauré au profit du tiers contractant – les juges pourraient éventuellement considérer son manque de diligence dans le cas où il ne l'aurait pas mis en œuvre

et, par conséquent, lui refuser le droit d'invoquer la nullité de l'acte.

Julien Roque

CHAPITRE 3 LE CONTENU DU CONTRAT

135. La sous-section consacrée au « contenu » du contrat est celle qui, a priori, a fait le plus de sensation, du fait du constat de l'abandon de la cause (et incidemment de l'objet) pilier de l'analyse juridique traditionnelle du contrat, notamment dans l'ouverture permise au juge pour critiquer un contrat, au profit d'une notion nouvelle, celle de « contenu ». Le contenu, curieux terme, qui remplace celui d'« intérêt » qui figurait dans le projet de la chancellerie de 2009. Tout a été écrit ou peu près (*Comp. C. Grimaldi, Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, D. 2015, Chr. p. 814, Th. Genicon, Défense et illustration de la cause en droit des contrats, D. 2015, p.1551*) sur cet abandon, y compris dans une conception nostalgique de l'analyse du contrat et notamment sur l'utilité de la cause, notamment de la cause du contrat, permettant un contrôle social et moral du contrat.

A bien des égards toutefois si le terme « cause » a disparu, son fantôme est partout notamment dans la notion de « but », présente dès l'article 1162 du Code civil, et il suffira à la Cour de cassation d'envisager le contrat « sans but » ou sur un « faux but » ou sur un « but illicite », pour retrouver exactement les mêmes fonctions, voire exactement la même notion, et l'on ergotera sur le but de l'obligation comparé au but du contrat. A ceci près qu'un certain nombre de fonctions jurisprudentielle assumées par la Cour de cassation sont désormais inscrites clairement dans le Code.

SECTION 1 CONDITIONS DE FOND DE LA VALIDITE DU CONTRAT

SOUS-SECTION 1 LICEITE DE L'OBJET ET DU « BUT »

Sous-section 3 Le contenu du contrat

Art. 1162 Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par

| toutes les parties.

136. L'essentiel de l'apport de l'article 1162 ne se situe donc pas dans le prétendu abandon de la cause, mais par sa transformation en un « but » et sa déclinaison subséquente dans le Code civil.

La question n'est pas sans intérêt pour un certain nombre de développements jurisprudentiels, jusqu'à présents fondés sur l'ex-article 1131 du Code civil, et notamment la question, essentielle, des clauses de non-concurrence, alors qu'on ne trouve pas dans les dispositions qui suivent l'article 1162 de mécanismes correspondant exactement à la mécanique permettant, jusqu'à présent, de sanctionner les clauses de non concurrence non proportionnées, par les moyens contractuels mis en œuvre, à l'objectif légitime protégé par ces derniers.

Or, il suffira à la Cour de cassation de fonder le contrôle de validité de ces clauses sur l'article 1162 du Code civil pour que l'on ait la conformation que la fonction juridique du « but » du contrat est bien celui anciennement assumé par la « cause ».

Pour le reste, le texte de l'article 1162 renvoie à l'article 1102 et à l'article 6 du Code civil, à ceci près que le contenu valide du contrat suppose sa conformité à l'ordre public. Oubliées les bonnes mœurs ? La réforme constate simplement, et de manière conjoncturelle, le fait, d'une part, que les « bonnes mœurs avaient pour seule fonction d'assurer une police des mœurs contractuelle dans les relations maritales, et d'autre part que, depuis 1999 (*Cass. civ.*, 3ème, 3 fév. 1999, *JCP* 1999, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau ; *Cass. Ass. Plén.* 29 oct. 2004, *Bull. Ass. Plén.* n°12, D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *Mélanges P. Catala*, 2001, p. 487, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », *Mélanges J. Ghestin*, 2001, p. 547, *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats?*, *RDC* 2005, p. 1273), la jurisprudence a cessé d'assurer cette fonction de police : les donations et autres contrats consentis pour entamer, entretenir ou rompre une relation adultérine ne sont plus nulles de ce seul fait.

Que l'on considère que la notion d'ordre public est suffisamment vague et large pour embrasser celle de bonnes mœurs, ou que l'on

renvoi à l'article 6 du Code civil, peu importe, le besoin de contrôle, s'il s'avère, permettra évidemment au juge de l'exercer.

Daniel Mainguy

SOUS-SECTION 2 DETERMINATION DE LA PRESTATION ET DU PRIX

Art. 1163 L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

Art. 1164 Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

Art. 1165 Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.

Art. 1166 Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.

Art. 1167 Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.

137. Les articles 1163 à 1167 du Code civil donnent corps à ce que l'on plaçait autrefois autour de la notion d'objet du contrat.

L'article 1163 notamment concentre en un texte ramassé ce que le Code de 1804 formulait aux articles 1126 à 1130 : le contrat peut

avoir pour objet une « prestation » et non plus simplement une « chose » présente ou future, cette prestation doit être possible, déterminée ou déterminable, rendant grâce à l'idée de l'ex-article 1127 selon laquelle l'objet doit être « certain ».

a. La détermination du prix dans les contrats cadres

138. L'article 1164 se borne, a priori, à reprendre le contenu de la jurisprudence de 1995 qui a eu pour effet d'éteindre le contentieux considérable qui s'était développé depuis les années 1960 sur le fondement de l'indétermination du prix de ces contrats, notamment dans le secteur des contrats de distribution, qui illustre, d'ailleurs, le fait le contentieux des contrats déséquilibrés ne trouvait pas, malgré la notion de cause, de fondement clair et assuré. Il n'y en a d'ailleurs toujours pas.

Techniquement, l'article 1164 limite toutefois, apparemment, la portée de la jurisprudence de 1995 aux seuls contrats-cadres, où celle-ci se proposait pour tous les contrats.

139. Surtout, il impose une exigence nouvelle et originale de procéduralisation de la détermination du prix. Ainsi, la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre, n'est plus un simple constat du fonctionnement de ces contrats : la fixation unilatérale « *peut être convenue* ». Si elle ne l'est point, par exemple parce que les parties n'ont pas inséré une clause de « prix catalogue », que se passera-t-il cependant ? Le contrat sera-t-il nul pour absence de prix ? Ce serait très surprenant. Disons que cette convention peut être expresse ou implicite.

Surtout la fixation unilatérale (et non la seule hausse d'un prix) du prix doit être motivée, en cas de contestation, et ne doutons pas qu'il y aura des contestations. L'article 1164 offre alors un complément utile et inattendu au dispositif de l'article 1195 sur le contrôle de l'imprévision. En effet, la hausse de prix imposée unilatéralement par l'une des parties, le fournisseur, doit simplement être motivée. Outre l'hommage aux (vaines) tentatives doctrinales du solidarisme contractuel qui trouvent là une étonnante consécration, même si la sanction de l'absence de motivation n'est pas le pouvoir de révision offert au juge comme

cela apparaissait de manière opportune dans le projet de 2015, mais dans l'allocation de dommages et intérêts ou la résolution du contrat. A moins que le distributeur n'use de sa faculté de demander la réduction du prix (cf. infra, art. 1221).

b. La détermination du prix dans les contrats de prestation de service

140. Les articles 1165 et 1166 du Code civil paraissent incongrus dans cette partie : ils concernent a priori les règles relatives aux contrats spéciaux, les contrats d'entreprise.

En toute hypothèse, les règles insérées ici n'ont rien d'original et bien connues à la fois pour le contrat d'entreprise ou le contrat de mandat, à supposer que la notion de « contrat de prestation de services » renvoie à une catégorie de contrats, et non au seul contrat d'entreprise. On retrouve alors la possibilité d'une fixation unilatérale du prix, et l'exigence de motivation.

141. Lorsque c'est la qualité de prestation qui fait défaut, celle-ci doit être, aux termes de l'article 1165, d'une « qualité conforme aux attentes légitimes » des parties, en considération de la nature de la prestation, des usages et du montant du prix (à le supposer connu). Cette fois, ce sont essentiellement les contrats d'entreprise du secteur de la construction qui sont, largement considérés, même si on imagine sans peine d'autres hypothèses de développement, par exemple dans les contrats de distribution. L'exigence de l'article 1165 dépasse, et de loin, les seules considérations d'une prestation en termes d'intensité, obligation de moyens ou de résultat, pour atteindre la question de la qualité du résultat, celle de la prestation, la chose ou l'ouvrage objet du contrat. La considération des « attentes légitimes » des parties est un hommage aimable aux Principes Unidroit (art. 1:105) mais surtout à une conception renouvelée du contrat, sur la base, notamment, de l'analyse économique du contrat et de la considération de l'effet utile de l'obligation et du contrat (*comp. J. Calais-Auloy, L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 171*).

c. La détermination du prix en cas de disparition d'un indice de référence

142. Dernier de cette série, l'article 1167 intéresse le cas de la technique de détermination du prix en fonction d'un indice, fréquente dans les contrats de bail, mais aussi dans les contrats de construction, ou encore dans les contrats industriels, et l'hypothèse de la disparition ou l'inexistence de l'indice, et son remplacement par celui qui s'en rapproche le plus.

Daniel Mainguy

SOUS-SECTION 3 EQUIVALENCE DES PRESTATIONS RECIPROQUES

§ 1 PRINCIPE

Art. 1168 Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

143. La lésion n'étant même plus invoquée, la cause ayant été remplacée par le but et les articles 1169 à 1171 consacrant des développements nouveaux fondant la possibilité de détruire un contrat ou une clause du fait de l'absence de d'équivalence des prestations réciproques, il semblait utile de rassurer les contractants anxieux de l'avenir : l'article 1168 reprend la formule de l'ex-article 1104 du Code civil pour rappeler que l'équilibre des prestations dans les contrats est présumée, mieux, elle est garantie : le défaut d'équivalence n'est une cause de nullité que lorsque la loi en dispose. Gageons que, comme la Cour de cassation avait su se défaire de l'ex-article 1004 elle saura aller au-delà de l'article 1168 pour ne pas se limiter aux textes des articles 1169 et 1171. Rappelons d'ailleurs que le contrôle des clauses de non concurrence ou encore que la question de « l'économie du contrat », ne sont pas immédiatement saisis par ces derniers alors qu'il s'agit bien de questions relatives à un défaut d'équivalence des prestations réciproques dans un contrat (*comp. G. Chantepie, La lésion, LGDJ, 2006*). Rappelons également la formule de l'article L. 442-6, I, 1° qui sanctionne – par la voie de la responsabilité – le fait « d'obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage

quelconque (...) manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ».

Daniel Mainguy

§ 2 PRIX OU CONTREPARTIE DERISOIRE

Art. 1169 Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

144. L'article 1169 est l'un des trois grands articles qui a pour objet de mettre en œuvre certaines des déclinaisons jurisprudentielles de l'ex-cause, ici à travers la question de la contrepartie illusoire ou dérisoire.

Au passage, la « contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage », telle est très exactement la définition de la cause, dans sa conception objective, la cause de l'obligation. Il reste que le texte de l'article 1169 imposera quelques interprétations : que faut-il entendre par contrat à titre onéreux ? Faut-il le limiter aux contrats synallagmatiques commutatifs et exclure les contrats aléatoires, ce qui semble s'entendre d'évidence, y inclure les contrats unilatéraux intéressés (mais alors quelle en est la contrepartie ; faut-il les considérer comme des contrats synallagmatiques ?).

Il reste que l'article 1169 est désormais un fondement légal utile pour la critique des contrats synallagmatiques commutatifs, les plus usuels, dans lesquels une contrepartie dérisoire ou illusoire apparaît, ce qui était jusqu'à présent sanctionné comme un cas de nullité pour défaut, éventuellement partiel, de cause, notamment dans le cas du prix dérisoire ou de l'affaire *Point Club Video* (Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, D. 1997, p. 200, note Ph. Reigné, JCP 1997, I, 4015, obs. F. Labarthe, RTD civ. 1996, p. 901, Obs. J. Mestre).

Daniel Mainguy

§ 3 OBLIGATION ESSENTIELLE

Art. 1170 Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.

145. L'article 1170 sera sans doute considéré comme l'article « Chronopost » tant sa proximité est grande avec l'arrêt initiateur de la série d'arrêts éponymes. En effet, depuis 1996, et suivant les développements de Philippe Delebecque (*Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, th. Aix 1981*), le fait de promettre une prestation, essentielle, et d'en réduire aussitôt la portée voire l'existence, par une clause contraire, une clause limitative ou évasive de responsabilité par exemple, ou une clause de « non-obligation » plus largement, est équivalent à ne pas promettre cette prestation, privant de validité le contrat qui la contient. L'affaire « Chronopost », à compter de 1996 a été l'une des principales illustrations de ces clauses exagérées, pour ne pas dire abusives, dans les contrats, quels qu'ils soient (*Cass. com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n°261, JCP 1997, II, 22881, note D. Cohen, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan, D. 1997, p. 121, note A. Sériaux, Somm., 175, obs. Ph. Delebecque, Contrats, conc. consom. 1997, n°24, obs. L. Leveneur, Defrénois, 1997, p. 336, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. Mestre, Cass. com. 9 juillet 2002, Chronopost II, JCP 2002, II, 10176, note G. Loiseau et M. Billiau, D. 2003, p. 457, note D. Mazeaud, D. 2002 somm. P. 2836, obs. Ph. Delebecque, Contrats, conc. consom., 2003, n°2, obs. L. Leveneur, Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, Chronopost III et IV, D. 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi, JCP 2005, II, 10066, note G. Loiseau, RDC 2005, p. 651, avis R. de Gouttes et Note D. Mazeaud, Cass. com. 30 mai 2006, Chronopost V,, D. 2006, p. 2288, note D. Mazeaud, RTD civ. 2006, p. 773, obs. P. Jourdain, Contrats, conc. consom. 2006, n°10, obs. L. Leveneur*) série à laquelle il faut ajouter l'arrêt « Faurecia II » (*Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010, p. 1832, note D. Mazeaud, JCP 2010, 787, obs. D. Houtcieff, JCP, éd. E, 2010, 1790, note Ph. Stoffel-Munck, RDC 2010, p. 1253, note O. Deshayes*) ne serait-ce que parce que l'article 1169 en reprend presque exactement la solution.

Il faut sans doute voir dans les clauses limitant, d'une façon ou d'une autre, la responsabilité d'une partie face à l'inexécution de ses obligations, seront sans doute les clauses-types visées par l'article 1169. On peut cependant en envisager bien d'autres : les

clauses qui « privent » une obligation de sa substance, on songe par exemple aux clauses qui limiteraient l'exercice d'un droit, par des délais très court.

Daniel Mainguy

§ 4 CLAUSES ABUSIVES

Art. 1171 Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

146. L'article 1171 restera sans doute comme l'un des grands textes de la réforme, en raison des potentialités d'interprétation immenses qu'il contient et ce même après la limitation aux seuls contrats d'adhésion (où le projet envisageait son application à tous les contrats, ce qui en faisait un texte général de contrôle des clauses abusives ou exagérées, disproportionnées, quel que soit le terme choisi), mais qui reste une technique générale d'élimination de ces clauses, quel que soit le contrat support, pour autant qu'il soit d'adhésion, y compris entre professionnels.

Même ainsi limité, le texte est considérable et sa portée doit sans doute être comparée avec les règles relatives aux contrôles des clauses abusives dans les contrats de consommation (C. consom. art. L. 212-1 et 2, 241-1, ex-art. L. 132-1) et celles du droit de la concurrence (C. com., art. L. 442-6, I, 2°). Il constitue l'une des manifestations de l'instauration de la justice contractuelle promise dans le rapport remis au président de la République accompagnant la réforme, en tout le moyen, légal, de rassembler les éléments par lesquels la Cour de cassation tentait de donner corps à cet ensemble de petits scandales contractuels permettant d'empiéter impunément sur l'équilibre contractuel sous le couvert de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, ce sans compter sur l'hypothèse de contrats « structurellement déséquilibrés » (Cf. Th. Revet, *Les contrats structurellement déséquilibrés*, D. 2015, p. 1217, F. Chénédé, *Les contrats d'adhésion*, D. 2015, p. 1226).

Il est inconcevable en effet, dans un système juridique

démocratique, libéral et d'Etat de droit de formuler d'une part un principe de liberté contractuelle, puis de considérer que l'équilibre contractuel doit être un objectif, et de tolérer toutes ses atteintes.

L'article 1171 permettra ainsi d'offrir un fondement légal à la critique de clause créant un déséquilibre significatif entre les parties à un contrat d'adhésion. On peut noter d'ailleurs que le nouvel article L. 212-2 précise que les dispositions de l'article L. 212-1 (soit la poursuite des clauses abusives) sont applicables aux relations entre professionnels et non professionnels, ce qui renvoie à la définition du non-professionnel de l'article liminaire du Code de la consommation qui vise « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » (comp. cependant Cass. civ. 3^e, 4 févr. 2016, n° 14-29.347, D. 2016, p. 639, note C.-M. Péglion-Zika, pour l'application du régime des clauses abusives à une société civile immobilière exerçant l'activité professionnelle de promoteur immobilier).

On peut supposer que la notion de « déséquilibre significatif », connue du droit de la consommation et du droit de la concurrence sera interprétée de manière voisine (Comp. M. Béhar-Touchais, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP, 2015, 603), avec, d'ailleurs, peut-être, la grille de lecture offerte par le Code de la consommation, entre les clauses abusives « noires » et « grises » de l'article R. 132-1. On constate également que l'action peut être engagée par la partie qui la subit, le juge disposant alors de la « faculté » de la supprimer. Deux remarques alors : le juge pourrait-il constater qu'une clause crée un déséquilibre significatif et décider de ne pas la supprimer puisqu'il dispose de la « faculté » simple de la supprimer ? Il peut mais ne doit pas. C'est évidemment une hypothèse d'école, mais il aurait été plus sage d'adopter une solution moins ambiguë. Par ailleurs, seul le contractant qui la subit peut agir : mais peut-être aussi le sous-contractant à qui serait opposée, dans une action directe, une telle clause.

Enfin, la question du domaine d'application du texte dépendra de l'interprétation que choisiront les juges de l'article 1110 eu égard aux difficultés que fait naître sa lecture.

147. Reste alors à mesure l'efficacité du recours à ce texte, de droit commun, face aux textes spécifiques du Code de la consommation ou du commerce.

Au regard des règles du droit de la consommation, on ne voit guère quel pourrait être l'intérêt, pour un consommateur, de se tourner vers l'article 1171 du Code civil, sauf dans l'hypothèse où le consommateur sera face à un autre consommateur (et que le contrat qui les lie soit un contrat d'adhésion), de s'écarter des règles du Code de la consommation. En effet, l'article L. 212-1, al. 3 du Code de la consommation connaît la même limite que celle de l'article 1171, al. 2 à savoir que la clause critiquée ne peut pas porter sur l'objet ou sur le prix (sauf à utiliser les ressorts de l'article 1169, s'agissant d'un prix ou d'une contrepartie, alors dérisoire ou illusoire) de telle manière que la critique ne peut porter que sur des clauses marginales, celles qui ne concernent pas les éléments essentiels à la formation d'un contrat. En outre, le consommateur dispose d'une liste de clause considérées comme abusives et des procédures, associant des associations de consommateurs, pour l'assister dans son action. En revanche la sanction est différente : la clause est « supprimée » (il doit s'agir d'une forme de nullité partielle) dans le Code civil, tandis qu'elle n'est « que » réputée non écrite dans le Code de la consommation.

Au regard des règles de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, le bilan est plus partagé. D'un côté, les règles du Code civil proposent une solution tranchée, la suppression de la clause, alors que les règles du Code de commerce ne propose que l'engagement de la responsabilité de l'autre contractant. Toutefois, le contractant subissant une clause « abusive » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° peut disposer de l'assistance du ministre de l'économie, qui peut même agir à la place du contractant, pour obtenir la nullité de la clause, la répétition de l'indu et des indemnités (outre une amende civile qui peut aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires de l'autre partie). En outre, les règles de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne sont pas limitées aux seules clauses marginales. Tout au contraire d'ailleurs, c'est très précisément le prix ou l'objet qui importent dans l'appréciation du déséquilibre significatif (Cf. M. Béhar-Touchais, *art. cit.*).

Chaque fois, cependant, que l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce porte sur des clauses qui n'intéressent ni le prix ni l'objet de la prestation, les enseignements de la jurisprudence rendue pourront, aisément, être transposées à l'interprétation de l'article 1171 (sauf conflit entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la cour de cassation, toujours envisageable et hélas prévisible, comme c'est le cas, s'agissant de l'application de l'article L. 442-6, I, 5° aux clauses relatives aux litiges et à la nature de la responsabilité qui en découle en général). Le mouvement est d'ailleurs entamé (*comp. Cass. com. 12 avr. 2015, n°13-27712, échec du contrôle d'une clause de résiliation anticipée, et Comm. Presse DGCCRF 8 mars 2016 stigmatisant des clauses dans des contrats de franchise*).

148. Il demeure qu'on peut supposer que ce texte bénéficiera d'un grand succès dans le contrôle d'à peu près toutes les clauses susceptibles de gêner un contractant subissant un contrat d'adhésion, et notamment, les contrats de distribution, de crédit, voire d'assurance, selon l'interprétation qui sera retenue de l'article 1110 du Code civil : clauses de non concurrence, à supposer que leur contrôle ne soit pas plus efficace par la voie « ordinaire » du contrôle du but comme autrefois de leur cause, clauses d'exclusivité, clauses relatives au litige, et notamment d'attribution de compétence, ou d'arbitrage (question déjà entamée, et largement, dans le secteur de la distribution), pourquoi pas la clause par laquelle une partie considérerait qu'elle a accepté le risque de changement de circonstances économiques au sens de l'article 1195, al. 1, clauses d'*electio juris* notamment en droit interne (et notamment les clauses de soumission aux règles de baux commerciaux), clauses de déchéance de terme, etc.

Daniel Mainguy

SECTION 2 CONDITIONS DE FORME DE LA VALIDITE DU CONTRAT

SOUS-SECTION 1 REGLES DE PRINCIPE

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

Section 3 La forme du contrat

Sous-section 1 Dispositions générales

Art. 1172 Les contrats sont par principe consensuels.

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.

Art. 1173 Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats.

149. Au titre des « dispositions générales », on constatera que l'article 1172 reprend la distinction déjà proposée par l'article 1109 entre les contrats consensuels, formels et réels, à ceci près que les contrats réels, sont ceux que la loi désignent comme tels. Or, le contrat de prêt à usage, par exemple, est considéré comme un contrat réel, sans que la loi ne le définisse expressément comme tel. C'est la jurisprudence qui en a fait un contrat réel, tout en limitant d'ailleurs ensuite cette portée, par exemple pour les prêts de consommation ou les prêts d'argent conclus avec des consommateurs (D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 10^è éd., 2016). Remplaçons donc « loi », dans l'article 1172, par « norme ».

C'est surtout une manière de souligner, par contraste, le principe du consensualisme, désormais formalisé dans la loi : les contrats sont par principe consensuels. A l'inverse, outre les contrats réels, les contrats solennels sont ceux pour lesquels des formes sont imposées, et encore alors que ces formes sont sanctionnées par la nullité (à supposer que celle-ci soit toujours expressément posée,

engageant toujours le débat classique entre l'ordre public contractuel « réel » et « virtuel »). A cet égard, l'article 1173 ferme la porte, en principe ou en espoir tout au moins, à la « contamination » des formes exigées *ad probationem* ou en vue de l'opposabilité d'un contrat aux tiers, ne serait-ce que pour tenter d'éviter, ou du moins de prévenir, les débats connus un temps au regard de la formalité « manuscrite » de l'ex-article 1126 du Code civil, dans les engagements de cautionnement.

Daniel Mainguy

SOUS-SECTION 2 REGLES SPECIFIQUES AUX CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUES

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

Art. 1174 *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.*

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.

Art. 1175 *Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour :*
 1° *Les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions ;*
 2° *Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.*

Art. 1176 *L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie.*

Art. 1177 *L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite par voie électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire.*

150. Ces articles sont présentés avec les règles relatives aux

conditions de fond des contrats électroniques (cf. *supra*, art. 1125 et s.).

CHAPITRE 3 SANCTIONS DE LA FORMATION DU CONTRAT

SECTION 1 LA NULLITE DU CONTRAT

Section 4 Les sanctions

Sous-section 1 La nullité

Art. 1178 *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.*

Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.

Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

Art. 1179 *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.*

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.

Art. 1180 *La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.*

Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat.

Art. 1181 *La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.*

Elle peut être couverte par la confirmation.

Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir.

Art. 1182 *La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat.*

La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat.

L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité,

vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé.

La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers.

Art. 1183 *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.*

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé.

Art. 1184 *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.*

Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.

Art. 1185 *L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution.*

151. « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». Voilà qui est dit, pas tout à fait exactement d'ailleurs : le contrat en question est *annulable* et point encore nul, un contrat est nul lorsqu'un juge prononce cette sanction. Ce pouvoir du juge n'est un simple pouvoir consistant à *constater* une nullité, mais de la prononcer éventuellement, petite maladresse que l'article 1178 corrige d'ailleurs immédiatement : « la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». La précision s'imposait, démontrant que la maladresse n'était pas si anodine dans la mesure où l'hypothèse de la solution d'une nullité par notification, la notification unilatérale (Cf. PEDC, art. 4 : 112 ; J.-F. Hamelin, *La nullité judiciaire: blog Dalloz obligations 2015*), aurait pu être déduite de la formule de l'article 1178, al. 1, quitte à la contester ensuite, à la manière de la transformation de l'institution de la résolution du contrat (Cf. infra, art. 1226). D'ailleurs, l'article 1178, al. 2 envisage la nullité « d'un commun accord ». Si les parties peuvent donc, ensemble, « convenir » de la nullité du contrat, elles ne peuvent, seules, décider de celle-ci. La nullité convenue s'éloigne en outre de celle

du *mutuus dissensus* (Cf. R. Vatinet, *Le muttus dissensus*, RTDciv. 1987, p. 252), en ce que les effets du *mutuus dissensus* ne valent que pour l'avenir tandis que la nullité convenue est, *a priori*, rétroactive.

152. Par ailleurs, la « nullité » était, comme les autres sanctions de la formation du contrat, le grand absent du Code civil, dans sa version de 1804, comme si elle déduisait naturellement des conditions de validité d'un contrat, les seules dispositions étant les ex-articles 1304 à 1314, seul le premier étant en réalité consacré à la nullité et, encore, s'agissant du point de départ de l'action, les autres intéressant l'action en rescision pour lésion. L'ensemble des articles 1178 et suivants se présentent donc comme une somme d'éléments nouveaux.

153. Rien en revanche s'agissant de l'inexistence du contrat (Cass. civ. 1ère, 5 mars 1991, D. 1993, p. 508, note L. Collet. C. Witz, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », *Mélanges Ph. Simler*, 2006, p. 729) qui correspond à la situation dans laquelle il n'y a aucun consentement, ou absence de rencontre des consentements, notamment le cadre de l'hypothèse de l'erreur-obstacle, ou aucun objet contractuel. La différence est pourtant essentielle dans la mesure où l'inexistence, à la différence de la nullité, se constate.

154. Rien non plus sur la question de l'inopposabilité et ses effets, alors même que l'action paulienne la vise expressément.

Toutefois, l'article 1184 évoque la question de la « nullité partielle » du contrat, situation qui intéresse l'étendue d'une nullité. Celle-ci concerne l'hypothèse dans laquelle une clause du contrat seulement est annulée ou au contraire parce que le contrat est annulé mais des clauses survivent à l'annulation du contrat. Dans la version du Code civil de 1804, l'article 900 dispose que « *dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* », prévoyant donc le contingentement de la nullité d'une clause sans affecter le reste des dispositions, tandis que l'ex-article 1172 dispose à l'inverse que « *toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* », proposant donc la solution

inverse, et la jurisprudence a posé comme critère celui du caractère déterminant de la clause évincée qui peut d'ailleurs être consenti (Cass. com. 27 mars 1990, D. 1991, p. 289, note X. Testu, RTD civ. 1991, p. 112, obs. J. Mestre), pour emporter l'annulation du tout.

L'article 1184 envisage cette solution situation et ce de manière classique : « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ». L'article 1184, al. 2 ajoute que « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ». La précision est importante s'agissant de la sanction d'une clause « réputée non écrite » : la clause est « oubliée » en quelque sorte, sans que cela affecte le contrat dans son ensemble. La fin de l'article 1184 prévoit une solution qui ne concerne qu'en partie la seconde solution, celle de l'hypothèse de l'annulation du contrat et de la survie de clauses, ici « lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien », comme ce peut être le cas des contre-lettres (cf. *infra*, art. 1202). C'est surtout la question de certaines clauses qui se pose, la clause compromissaire, considérée comme « autonome » du contrat, mais aussi la clause de non-concurrence, ou bien encore des clauses de confidentialité : peut-on considérer qu'il 'agit là de clause dont les « fins de la règles méconnue exigent leur maintien » ? Ce serait très opportun.

155. Par ailleurs, l'article 1178, al. 2 dispose que le contrat annulé « est censé n'avoir jamais existé », c'est-à-dire, mais la rédaction aurait pu être plus claire, que l'effet de la nullité est son effet rétroactif. Or cet effet rétroactif est, évidemment, une fiction, contraire à la réalité, réalité qui se révèle notamment à l'occasion de la mise en œuvre de la question des restitutions, traitée dans la partie relative au régime général de l'obligation (cf. *infra* art. 1352 s.). Or, l'article 1352-3 prévoit que la restitution inclut « les restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée » qui pose donc la question de savoir si une indemnité d'occupation, ou de jouissance est due en cas d'annulation du contrat (comp. contre cette solution Cass., ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302: RLDC nov. 2004, 396, note Ph. Malaurie; RTD civ. 2005, p. 125, obs. J. Mestre et B. Fages, Defrénois 2004. 1402, obs. R. Libchaber, et contra : Cass., ch. mixte, 9 nov. 2007, n°06-19508: RDC 2008/2, p. 243 s., obs. Y.-M. Laithier).

L'article 1178, al. 3 précise également que « *indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ». Là encore la formule est opportune : la victime d'une situation justifiant une annulation peut toujours utiliser les faits qui en sont à l'origine comme source d'un préjudice dont elle entend obtenir réparation, avec ou sans demande d'annulation du contrat, c'est le cas, notamment de la question du dol. La responsabilité est alors extracontractuelle. La formule est en général juste puisque, en effet, les faits à l'origine de la situation de nullité sont, par hypothèse, réalisés avant la conclusion du contrat. Toutefois, il peut s'agir d'une situation concomitante à cette conclusion voire tirés d'un contrat antérieur, ce qui justifierait alors la mise en œuvre d'un régime de responsabilité contractuelle.

156. Une autre question essentielle tranchée par les articles 1179 et suivants et celle de la nature de la nullité et de ses conséquences. Ainsi, s'il est acquis que la nullité peut être absolue, et demandée par quiconque y démontre un intérêt, ou relative, et invoquée seulement par la partie qui subit la cause de nullité, ces règles viennent apporter un support légal à cette distinction.

Ainsi la nullité est absolue « *lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général* » et elle est relative « *lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* » (Art. 1179). La distinction est essentielle en termes d'effets : la nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt ou par le ministère public (et le juge lui-même sous la forme d'un relevé d'office ?) et ne peut être confirmée, tandis que la nullité relative est réservée à la personne protégée par la cause de nullité, et peut être confirmée.

En revanche, le critère de la distinction posait de sérieuses difficultés (Comp. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé: LGDJ, 2004*), quand bien même il s'agisse du critère dit « moderne » de distinction (par opposition au critère « classique » qui s'en tenait à la gravité du vice) retenu par la jurisprudence (Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2009, n°08-12.344, RTD civ. 2010, p. 103, obs. B. Fages) notamment parce que les critères relevant de l'intérêt général et de

l'intérêt particulier ne se recoupent pas nécessairement. Par exemple l'erreur, le dol ou la violence portent sans trop de difficulté à des intérêts privés, mais qu'en est-il du contenu du contrat, alors même que la conformité du contenu avec « l'ordre public » est expressément posé ? La question du contrat conclu pour un prix dérisoire a fait l'objet d'une division de jurisprudence importante, récemment tranchée d'ailleurs et de manière stupéfiante, du point de vue de la théorie du droit tout au moins (dans la mesure où, pour la première fois, la Cour de cassation cite l'intégralité de la jurisprudence « concurrente » et explique son raisonnement : « attendu qu'il y a lieu d'adopter la même position, qu'en effet c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable ». V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2016, n°15-10552 dans un autre contexte). Ainsi, la chambre commerciale considérerait qu'une telle nullité était absolue car fondée sur l'absence d'un élément essentiel du contrat (Cass. com. 23 oct. 2007, n°06-13.979, RDC 2008/2, p. 234, obs. T. Génicon, D. 2008, p. 954, note G. Chantepie, JCP 2007, I, 104, note R. Wintgen, JCP 2008, 10024, note N. Roget, Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, n°90-21462), tandis que la troisième chambre civile avait retenu qu'il devait s'agir d'une nullité relative fondée sur la violation d'intérêts privés (Cass. civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n°11-21980) finalement suivie par la première chambre civile (Cass. civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n°03-10766) et la chambre commerciale dans un arrêt du 22 mars 2016 (Cass. com. 22 mars 2016, n°14-14218).

Dès lors, ces critères étant désormais posés, l'enjeu, en termes d'interprétation, reposera sur l'appréciation respective des deux critères, l'arrêt de 2016 semblant retenir une conception stricte de la « sauvegarde de l'intérêt général » et donc de la nullité absolue, tandis que les solutions antérieures retenaient une conception bien plus large.

157. La nullité relative présente en outre le caractère de pouvoir faire l'objet d'une confirmation dont les termes sont posés par l'article 1183 (*comp. art. 1180, al. 2 qui exclut la confirmation d'une nullité absolue*). En effet, une cause de nullité peut être sinon inconnue du moins discutée ou discrète. Elle peut même être

nouvelle. L'histoire du droit des contrats fourmille ainsi d'innovations jurisprudentielles, applicables aux contrats en cours, imaginant de nouvelles causes de nullité : la question de l'efficacité de la loi Doubin (*C. com.*, art. L. 330-3), celle, en son temps, de l'indétermination du prix, la validité des clauses de non concurrence, etc., créant, soudainement une épée de Damoclès sur la tête de celui qui peut subir une action en nullité, contenue par voie d'action, pendant les cinq ans de la prescription d'une action mais susceptible par voie d'exception de contrarier toute action de l'autre partie. Le jeu de la confirmation est ainsi un outil très utile de validation des contrats de longue durée menacés par une telle cause de nullité relative, dont l'article 1182 établit le régime, sans aucune difficulté d'ailleurs.

Le mécanisme de l'article 1183 permet ainsi de « couvrir » une nullité par un nouvel accord, qui suppose que la cause de la nullité ait cessé. La partie qui aurait pu subir la nullité peut ainsi « demander par écrit » à celui qui aurait pu agir, soit de confirmer la nullité, soit d'agir en nullité du contrat, dans un délai de six mois sous peine de forclusion, valant confirmation.

L'article 1183 se présente ainsi tout à la fois comme permettant le jeu de la confirmation et comme inaugurant une nouvelle et troisième action interrogatoire, applicable dès le 1^{er} octobre 2016, comme celle instaurée à propos des pactes de préférence (art. 1123) et en matière de représentation (art. 1158). Le mécanisme se présente comme une sorte de pari, à l'instar du serment en matière de preuve (ou plus exactement à l'inverse du serment décisoire (Cf. art. 1386 s.) : celui que son destinataire préférera confirmer le contrat plutôt que le détruire. Or celui qui déclenche l'action interrogatoire avoue, en quelque sorte l'existence de la cause de nullité ou, à tout le moins, la pertinence d'une discussion sur ce point. En outre, si le jeu de l'action de l'action interrogatoire suppose que la cause de la nullité ait cessé, il en résulte que toutes les hypothèses de nullité ne sont pas identiques. Ainsi, il convient qu'une violence, un dol, une erreur, le caractère illusoire d'une contrepartie, etc. ait cessé et donc, sans doute, que la demande s'accompagne, parfois, d'une offre de modification du contrat (complément de prix, etc.).

158. Reste, enfin, l'article 1185 qui concerne la prescription de l'action par voie d'exception : « *L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution* » : l'imprescriptibilité de l'exception de nullité est ainsi limitée aux seuls contrats qui n'ont pas reçus d'exécution. « *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* » sans doute, mais contrairement à ce que l'on croit parfois, uniquement si l'acte n'a pas reçu de commencement d'exécution ce qui n'est pas nouveau (Cas. Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1998, n°96-17761 : « *l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté* »). En revanche, le texte n'évoque pas le moment où l'exception de nullité peut être invoqué alors que la jurisprudence récente considèrerait qu'elle supposait que le délai de prescription soit écoulé (Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n°10-25558 : « *la règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action* »). A défaut, la prétendue exception, avec la réserve de l'absence de commencement d'exécution, est en réalité une action, présentée sous la forme d'une demande reconventionnelle.

Daniel Mainguy

SECTION 2 LA CADUCITE DU CONTRAT

Sous-section 2 La caducité

Art. 1186 Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.

Art. 1187 La caducité met fin au contrat.

Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

159. Il aurait été surprenant que la réforme, marquée par la volonté d'inscrire le droit des contrats dans la modernité et dans l'offre d'outils techniques efficaces, n'envisage pas la question de la caducité, inconnue des textes du Code civil dans sa version de 1804, mais particulièrement étudiée en doctrine (V. récemment : R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, étude de droit civil*: LGDJ, 2006 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français: thèse Paris XII*, 2000). Celle-ci présente un intérêt à deux égards.

160. En elle-même, d'abord, la caducité est une sanction qui complète la nullité du contrat. La nullité sanctionne un défaut affectant la formation du contrat, l'absence de l'un des éléments nécessaires à la sa formation. Si, cependant, le contrat a été correctement formé mais que l'un des éléments nécessaires à cette formation disparaît au cours de l'exécution du contrat, on évoque alors la caducité du contrat. Ainsi, en est-t-il de la perte de capacité d'une partie, d'une condition qui défaille, de la perte de l'objet du contrat, etc. C'est la situation visée par l'article 1186 : « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». La caducité est donc un effet automatique lié à la disparition d'un élément essentiel du contrat, que le juge devra constater. Ainsi, la caducité, qui est une forme de nullité, se distingue de la nullité des articles 1178 et suivants du Code civil en ce que cette dernière se prononce et ne se constate pas et qu'elle suppose un défaut observé lors de la formation du contrat, tandis que la caducité frappe un contrat valablement formé, dont un élément essentiel fait ensuite défaut. Elle se distingue également de la résolution, qui suppose une situation d'inexécution, et une situation volontaire, par l'effet d'une clause résolutoire, d'une notification ou d'une action en justice.

161. La seconde situation vise des situations plus complexes et notamment celles d'indivisibilité (J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*: Litec, 1999, J. Moury, *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*: RTD civ. 1994. 255 s.) ou d'interdépendance de contrats (S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*: Dalloz, 2007, S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001),

formule plus moderne (Cass. ch. Mixte 17 mai 2013, n°11-22768, JCP, éd. G, 2013, 673, note F. Buy, 674, note J.-B. Seube, éd.E, 2013, 1403, note D. Mainguy) et que vise l'article 1186, al. 2 : « lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ». Si l'article 1186, al. 2 prend en compte l'une des plus complexes situations juridiques analysées par la doctrine, face aux solutions jurisprudentielles récentes, qui étaient pourtant envisagées comme une exception à l'effet relatif des contrats, il ne résout pas l'ensemble des difficultés suscitée par la situation d'ensembles indivisibles.

En premier, le texte vise au titre des ensembles indivisibles, non point ceux considérés comme des « ensembles de contrats » dégagés dans la thèse de Bernard Teyssié (B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975) mais, de manière plus restreinte, ceux dont « l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération » ce qui correspond à la notion d'interdépendance « objective », celle qui résulte de l'opération contractuelle elle-même et non de la seule volonté des parties. Il convient donc de repérer une « même opération », la notion d'« opération » contractuelle demeurant à dégager, pour laquelle l'exécution de plusieurs concourent. Ainsi est-ce le cas classique du crédit-bail (Cf. Cass., ch. mixte, 23 nov. 1990, D. 1991. 121 s., note Ch. Larroumet) ou des contrats dits de location-financière de matériel associés à des contrats de prestation de services, depuis l'arrêt *Sedri* (Cass. com. 4 avr. 1995, n°93-14585 et 93-20029, D. 1995, somm.p. 231, obs. L. Aynès, 1996, p. 141, note S. Piquet, JCO, éd. E, 1996, I, 523, n°4, obs. J.-B. Seube) jusqu'à l'arrêt du 17 mai 2013 (*préc.*), mais encore de ventes de matériel couplées avec un contrat de maintenance, etc. La question de l'interdépendance (ou de l'indivisibilité) de ces contrats n'est cependant envisagée ici qu'au titre de l'effet destructeur de la disparition de l'un de ces contrats et non de l'éventuelle transmission des effets d'un contrat aux autres.

Dès lors, lorsque l'un de ces contrats participant à cette opération disparaît, les autres contrats formant cette opération sont caducs, pour autant que leur exécution soit rendue impossible et que le contrat disparu ait été une condition déterminante de l'exécution

des autres. L'article 1186, al. 3 ajoute en outre que l'indivisibilité ne doit pas être surprise, mais consciente : *« la caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement »*.

On observera que l'article 1186, al. 2 évite d'envisager l'origine du lien d'indivisibilité, « cause » disparue, objet, ou encore « économie » du contrat (Cass. com. 15 févr. 2000, Bull. civ. IV, n°29, JCP 2000, I, 272, obs. A. Constantin, D. 2000, somm. p. 364, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos de l'éviction d'une clause de divisibilité dans un ensemble indivisible, contraire à « l'économie » de cet ensemble).

Se pose en outre la question de l'autorité de l'article 1186, face notamment au développement de clauses de divisibilité dans des contrats supposément interdépendants, et que la jurisprudence écartait (Cass. com. 15 févr. 2000, préc., Cass. ch. Mixte, 17 mai 2013, préc.) et dont on pourrait se demander si, affectant plusieurs contrats, les parties pourraient se prévaloir des dispositions de l'articles 1170 ou 1171.

162. Enfin, l'article 1187 entretient un certain flou sur les effets de la caducité. Elle met fin au contrat, formule lapidaire qui pourrait laisser entendre que, comme on l'envisage généralement, l'effet de cette « fin » ne joue que pour l'avenir. L'intérêt, outre le fait que la raison de la caducité s'est réalisé durant le temps de l'exécution du contrat tient au fait que les clauses du contrat, et notamment les clauses relatives au litige ou les clauses à effet postcontractuel. Dans le même temps, la considération de la caducité comme d'une sorte de nullité, militerait plutôt en faveur de l'effet rétroactif de celle-ci (Comp. Cass. com. 5 juin 2007, n°04-20.380 : *« la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité, l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite et à tenir compte du préjudice subi par l'acquéreur par suite de l'anéantissement de cet ensemble contractuel »*). Or, l'article 1187, al. 2 ajoute que la caducité *« peut donner lieu à restitution »*. Peut ? ou doit ? La caducité a-t-elle

un effet rétroactif par nature ou les restitutions ne sont-elles qu'un moyen, par exemple, de « réparer » la situation occasionnée par une exécution réalisée par l'une des parties mais point par l'autre ? Ou bien encore l'effet rétroactif dépend-il de situations arbitrées par le juge (Comp. Projet Terré, art. 89 : « *la caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement* » ? Le débat reste ouvert.

Daniel Mainguy

TITRE 3 L'INTERPRETATION DES CONTRATS

Chapitre III L'interprétation du contrat

Art. 1188 *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.*

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

Art. 1189 *Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.*

Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.

Art. 1190 *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.*

Art. 1191 *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.*

Art. 1192 *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.*

1 Le présent : changements et constantes

163. L'ordonnance du 10 février 2016 a apporté un certain nombre de modifications aux dispositions relatives à l'interprétation du contrat, demeurées jusque-là inchangées depuis 1804. Une

première remarque, d'ordre terminologique, peut d'ores et déjà être avancée. Il s'agit en effet désormais de l'interprétation « *du contrat* » et non plus « *des conventions* ». Rien de surprenant à cela, dans la mesure où cette réforme du droit des contrats marque la suppression globale du terme « convention » : « *Fin de la "convention", désormais tout est contractuel* » (cf. *supra*, art. 1102). D'autres modifications méritent toutefois davantage notre attention, qu'elles soient d'ordre structurel (a) ou substantiel (b).

a. Modifications structurelles

164. D'un point de vue structurel, deux points peuvent être soulevés. En premier lieu, il semblerait que la nouvelle rédaction du titre III du livre III du Code civil valorise davantage que celle de 1804 la question de l'interprétation du contrat. En effet, l'interprétation des conventions ne faisait auparavant l'objet que d'une cinquième section du chapitre III du titre III du livre III, relatif à l'effet des obligations. Elle semblait donc avoir été pensée par les rédacteurs du Code civil comme étant un élément constitutif de l'effet des obligations conventionnelles, au même titre que l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, que les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, ou que l'effet des conventions à l'égard des tiers. Désormais, l'interprétation du contrat bénéficie d'un chapitre lui étant entièrement dédié. Ce chapitre III du sous-titre premier « *Le contrat* » s'inscrit à la suite de chapitres relatifs respectivement à des « *Dispositions liminaires* » ainsi qu'à « *La formation du contrat* », avant qu'un quatrième et dernier chapitre n'envisage « *Les effets du contrat* ». Dispositions liminaires, formation du contrat, interprétation du contrat, effets du contrat. L'ordonnance du 10 février 2016 démontre donc un choix délibéré de distinguer l'interprétation du contrat des effets que produit celui-ci, comme cela est expressément formulé dans le Rapport au Président de la République (« *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.* », in *Rapp. au Président de la République : JORF n° 35 du 11 février 2016, texte 25, V° Sous-titre 1er, Le contrat*), ce qui soulève alors un certain nombre d'interrogations qui seront envisagées.

165. En second lieu, si l'interprétation des conventions était autrefois régie par les anciens articles 1156 à 1164 du Code civil, soit neuf articles, l'ordonnance du 10 février 2016 a toutefois procédé à un toilettage de ceux-ci. Le chapitre consacré à l'interprétation du contrat ne comprend plus en effet que cinq articles, les articles 1188 à 1192 du Code civil. Il ne s'agit toutefois pas que d'un simple réagencement formel des dispositions préexistantes. L'ordonnance a en réalité également procédé à une réforme substantielle des règles relatives à l'interprétation du contrat, ce que nous allons à présent étudier.

b. Modifications substantielles

166. Les anciennes dispositions relatives à l'interprétation des conventions avaient pu être qualifiées par le doyen Carbonnier de « *petit guide-âne* » (V. également J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques Flour, Defrénois*, 1979, p. 179 et s.) en ce qu'elles offraient un cadre général susceptible de guider le juge. Selon une jurisprudence constante, ces diverses directives d'interprétation n'avaient toutefois pas de caractère impératif et leur violation ne pouvait donner ouverture à cassation (V. notamment *Cass.civ.1^{ère}*, 6 mars 1979, n°77-14827, *Bull. civ.*, I, n°81 ; *Cass.com.*, 19 janvier 1981, n°79-14485, *Bull. civ.*, IV, n°34 ; *Cass.civ.3^e*, 10 juillet 1996, n°94-11639 ; *Cass.com.*, 18 mars 1997, n°95-12900 ; *Cass.com.*, 10 juin 1997, n°95-13106 ; *Cass.civ.1^{ère}*, 20 décembre 2000, n°99-10697). L'ordonnance du 10 février 2016 a modifié ces règles de diverses manières. Si certaines d'entre elles ont été substantiellement conservées et d'autres définitivement abrogées, de nouvelles méthodes d'interprétation ont également été codifiées.

167. Il convient tout d'abord de relever le caractère hybride des premières dispositions afférentes à l'interprétation du contrat, prévues à l'article 1188 du Code civil. Le premier alinéa de ce dernier reprend en effet le principe de la recherche privilégiée de la commune intention des parties au détriment de l'interprétation littérale des termes, jusque-là posé à l'ancien article 1156 du Code civil (V. notamment pour une application jurisprudentielle *Cass.civ.1^{ère}*,

20 janvier 1970, n°68-11420, Bull. civ. I, n° 24). Cette méthode d'interprétation subjective est généralement considérée comme une « règle essentielle [gouvernant] toute l'interprétation des contrats » (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I : *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd., 2012, p. 512), un « texte de base » (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. I : *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014, n°395). Toutefois, le Code civil ne prévoyait pas expressément de solution si une éventuelle difficulté pour le juge de déceler cette commune intention se présentait. La doctrine s'était ainsi interrogée sur la portée des anciens articles 1157 et suivants, envisageant notamment leur caractère supplétif (Le Professeur Bénabent considère notamment que « Les textes qui suivent [l'ex-article 1156 du Code civil] ne font que donner quelques exemples d'application de cet état d'esprit. », in A. Bénabent, *Droit des obligations*, L.G.D.J., 14^e éd., 2014, n°273. Une cour d'appel avait par ailleurs jugé que l'application des dispositions de l'ex-article 1162 du Code civil était supplétive à celles de l'ex-article 1156 du même code. V. Aix-en-Provence, 26 juin 2002 : JCP G. 2004, II, 10022, note Egea). L'ordonnance du 10 février 2016 propose alors une méthode d'interprétation nouvelle visant à résoudre ce problème d'interprétation : « Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. ». L'emploi du standard de la « personne raisonnable » d'inspiration anglo-américaine, succédant depuis 2014 au traditionnel et romaniste « bon père de famille » critiqué pour le sexisme qu'il laissait sous-entendre (V. loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes), démontre ici, contrairement à l'alinéa précédent, une inclinaison vers une conception plus objective de l'interprétation du contrat.

168. L'article 1189 du Code civil reprend quant à lui substantiellement ce qui était prévu à l'ancien article 1161. Deux remarques toutefois. D'une part, d'un point de vue terminologique, le terme « contrat » se substitue là encore à celui de « convention ». D'autre part, si les clauses d'un contrat prises dans leur ensemble doivent toujours être interprétées les unes par rapport aux autres, il faut désormais donner à chacune « le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier » et non plus « le sens qui résulte de l'acte entier ». L'ajout de cette exigence de cohérence n'est *a priori* pas anodin et reflète une volonté plus globale et toujours plus affichée d'insuffler à l'ordre juridique français davantage de cohérence (A mettre en

perspective avec le projet actuel de recodification du Code de la consommation. Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation mentionne en effet que « Si l'essentiel de cette refonte intervient à droit constant, sous la réserve de modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet, l'habilitation a toutefois permis au codificateur d'aller au-delà du droit constant en matière de pouvoirs d'enquête des agents de contrôle. »). La portée réelle de ce changement est toutefois à relativiser. Il paraît peu probable en effet que la rédaction de l'ancien article 1161 ait invité à interpréter ces clauses en conférant à chacune un sens résultant certes de l'acte entier, mais totalement dépourvu de cohérence, en supposant que la rédaction de celui-ci en ait elle-même manqué. Le Professeur Chantepie s'est quant à lui interrogé sur l'éventuelle introduction d'un « nouveau standard d'interprétation » (G. Chantepie, « Interprétation du contrat (Projet, art. 1190 à 1193) », in *Blog Dalloz Réforme du droit des obligations* 2015).

Un second alinéa a par ailleurs été ajouté afin d'étendre cette règle aux ensembles contractuels : « *Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.* ». Cette seconde référence à la commune volonté des parties tend à appuyer l'hypothèse d'un attachement à la conception subjective de l'interprétation du contrat. Cette notion se retrouve en effet à présent dans plusieurs dispositions et non plus uniquement dans un article d'annonce, comme cela était le cas précédemment avec l'ancien article 1156 du Code civil. Par ailleurs, cet alinéa semble également démontrer la prise en considération de la nécessité pour le droit des contrats de s'adapter aux évolutions économiques. Celles-ci se sont en effet traduites, notamment, par la prolifération contemporaine de « grands contrats » d'affaires supposant l'existence de plusieurs actes contractuels concourant, en effet, à une même opération. Il paraît dès lors logique que cet ensemble contractuel s'interprète en tenant compte de la nature et des finalités de « l'opération » qui en est à l'origine.

169. L'article 1190 du Code civil propose ensuite des directives

lorsqu'un doute se pose quant à l'interprétation d'un contrat. Là où l'ancien article 1162 du Code civil prévoyait d'interpréter la convention litigieuse, quelle qu'elle soit, « *contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* », l'article 1190 présente l'originalité de distinguer expressément l'interprétation du contrat de gré à gré, librement négocié, de celle du contrat d'adhésion, « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » (art. 1110 C. civ.). Le premier doit en effet être interprété *in favorem debitoris* et le second « *contre celui qui l'a proposé* », ce dernier étant considéré comme la partie forte. Cette méthode d'interprétation spécifique aux contrats d'adhésion nous rappelle fortement l'ex-article L. 133-2 du Code de la consommation, selon lequel « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels [...] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel.* ». Abrogé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, ce texte sera substantiellement repris à l'article L. 211-1 du futur Code de la consommation, ces clauses s'interprétant selon celui-ci « *en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur* ». Etant entendu que le spécial déroge au général, la formule de l'article 1190 du Code civil laisse donc supposer la création d'un droit commun de l'interprétation des contrats d'adhésion qui ne relèveraient pas du droit de la consommation.

170. L'article 1191 du Code civil reprend par ailleurs substantiellement les dispositions de l'ancien article 1157. Ainsi, de manière constante, une clause susceptible de recouvrir deux sens doit être interprétée selon celui qui lui fait produire un effet plutôt que selon celui qui ne lui en fait produire aucun. Cette interprétation *potius ut valeat quam ut pereat* vise à favoriser l'effectivité des contrats et, par là même, l'efficacité du droit des contrats.

171. A noter, également, la consécration d'une jurisprudence ancienne au travers de l'article 1192 du Code civil. Celui-ci prévoit en effet expressément qu'« *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.* ». Si la Cour de cassation a reconnu dès 1808 (Cass., sect. réun., 2 février 1808, S. chron., D. JurGén. V° Cassation, n° 1573, concl. Merlin, in H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et

F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 160) que l'interprétation du contrat était une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappant, dès lors, à sa compétence, elle y a toutefois apporté un tempérament dans l'arrêt *Veuve Foucauld et Coulombec. Pringault* de 1872 : le contrôle de la dénaturation (*Cass.civ.* 15 avril 1872, DP 72. 1. 176, S. 72. 1. 232, in H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 161). Si les juges du fond sont en principe souverains dans l'interprétation du contrat, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir leur revient lorsqu'il leur *faut* interpréter le contrat. Interpréter une clause claire et précise, non équivoque, équivaut en effet à dénaturer la volonté des parties, violant dès lors l'ancien article 1134 du Code civil, « *qui deviendrait lettre morte si le juge pouvait modifier à son gré les stipulations claires des actes* » (J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5^e éd., 2015, n°79.09), dont l'alinéa 1^{er} est à présent repris à l'article 1103 du Code civil. Par conséquent, la Cour de cassation s'est octroyé la compétence du contrôle de la dénaturation pour vérifier que, sous couvert d'interprétation, les juges du fond n'aient pas refait le contrat en équité, méconnaissant alors manifestement la loi des parties.

172. Il est enfin nécessaire d'évoquer l'abrogation des anciens articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 du Code civil, dont les dispositions n'ont en rien été conservées par l'ordonnance. Ces articles, considérés comme étant « *peu ou pas employés par la jurisprudence, et dont l'utilité n'est pas avérée* », ont en effet « *été abandonnés dans le but de clarification poursuivi* » (V. *Rapp. au Président de la République* : JORF n° 35 du 11 février 2016, texte 25, V° Chapitre III, *L'interprétation du contrat*).

La disparition de l'ancien article 1158 du Code civil, selon lequel « *Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.* », ne paraît pas problématique. L'ajout exprès d'une exigence de cohérence dans l'interprétation de l'ensemble des clauses contractuelles au sein de l'article 1189 du Code civil semble en effet suffire.

La suppression des dispositions de l'ancien article 1159, selon lequel « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays*

où le contrat est passé. », ne paraît pas non plus être un mal dans la mesure où cette disposition, critiquée en doctrine (V. notamment J. Dupichot, *op. cit.*, p. 188 : « L'on peut observer en effet que, en règle générale, le lieu d'exécution est plus significatif en ce qui concerne la recherche de la volonté interne que le lieu de conclusion à moins, bien évidemment, que ces lieux ne coïncident. »), semblait inadaptée aux circonstances économiques contemporaines, voire désuète compte tenu de l'importance actuelle des règles de droit international privé.

L'abrogation de l'ancien article 1160 (« On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. ») n'appelle pas de remarque particulière, d'autant que l'actuel article 1194 du Code civil énonce que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. ».

Il est enfin possible d'envisager ensemble l'abrogation des anciens articles 1163 (« Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter. ») et 1164 (« Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. ») du Code civil. Ces derniers permettaient en effet au juge de « ne pas s'arrêter à la lettre stricte du contrat s'il a de bonnes raisons de penser que celle-ci n'est pas n'est pas conforme à l'intention des parties » (M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 513) et semblaient dès lors se situer dans le prolongement de l'ancien article 1156 du Code civil, afin d'en expliciter le sens. Les actuels articles 1188 et 1189 du Code civil paraissent *per se* suffisants.

2. L'avenir : questions et interprétation

173. Cette réforme de l'interprétation des contrats appelle un certain nombre d'interrogations qui seront regroupées sous trois thématiques et exposées successivement.

174. S'agissant tout d'abord de la distinction structurelle opérée au sein du Code civil entre interprétation du contrat et effets du contrat, plusieurs questions méritent d'être soulevées. Le Rapport

au Président de la République énonçant expressément la volonté de suivre un « *plan chronologique, de la formation du contrat jusqu'à sa fin* » (V. *Rapp. au Président de la République : JORF n° 35 du 11 février 2016, texte 25, V° Propos introductifs*), cela laisserait-il supposer que l'interprétation du contrat préexiste aux effets produits par celui-ci ? Si l'on considère que le juge est le destinataire de ces règles d'interprétation, cela semble pour le moins étonnant dans la mesure où ces textes n'auraient à être éventuellement appliqués par celui-ci qu'à partir du moment où un litige serait né et porté devant lui, supposant ainsi que le contrat ait d'ores et déjà commencé à produire des effets. Il paraît en effet peu probable qu'un litige relatif à l'interprétation du contrat survienne avant même l'exécution de celui-ci.

Ce constat appelle alors une seconde interrogation. Si le Code civil mentionne en effet *l'interprétation* du contrat, il n'évoque toutefois pas la question de *l'interprète*. S'agit-il uniquement du juge ? Ou bien également des cocontractants ? D'un éventuel tiers au contrat ?

175. Cette réforme soulève par ailleurs la question de l'autorité conférée à ces règles d'interprétation du contrat. Ces dispositions ne seront-elles, à l'instar des anciennes, que de simples directives d'interprétation dépourvues de caractère impératif et ne pouvant donner ouverture à cassation ? La question se pose, notamment au regard de la codification du contrôle de la dénaturation, le grief de dénaturation constituant précisément un cas d'ouverture à cassation. L'article 1192 du Code civil fera-t-il figure d'exception ?

176. Il est enfin nécessaire de présenter les difficultés d'interprétation que le second alinéa de l'article 1188 du Code civil est susceptible de soulever. En effet, comme l'a très pertinemment relevé le Professeur Chantepie lors de son étude du projet de réforme, « *ce n'est que "lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée" que "le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation" [...]* Poursuivant, c'est surtout à cet "individu raisonnable" que s'adresseraient alors les autres directives d'interprétation (art. 1189 s.). » (G. Chantepie, « *Interprétation du contrat (Projet, art. 1188 et 1189)* », in *Blog Dalloz Réforme du droit des obligations 2015*). Y aurait-il ainsi une

hiérarchie entre les différents articles relatifs à l'interprétation du contrat ? Si l'avenir donnait raison au Professeur Chantepie, cela signifierait un retour à une articulation similaire à celle existant auparavant entre l'ancien article 1156 du Code civil, considéré en doctrine comme étant la principale règle de l'interprétation des conventions, et les dispositions suivantes, le plus souvent envisagées comme des règles supplétives.

Une autre remarque, relevée tout aussi pertinemment par les Professeurs Dissaux et Jamin, concerne l'articulation de ce second alinéa avec le premier. L'alinéa 2 ne trouvant à s'appliquer que lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, « *Les parties, elles, n'auraient pas forcément à être raisonnables : leur volonté pourrait tout.* » (N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p. 91).

Amélie Thouément

TITRE 4 LES EFFETS DU CONTRAT

CHAPITRE 1 FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES

SECTION 1 PRINCIPE DE LA FORCE OBLIGATOIRE

Chapitre IV Les effets du contrat

Section 1 Les effets du contrat entre les parties

Sous-section 1 Force obligatoire

Art. 1193 Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

Art. 1194 Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

1. Le présent : changement et constantes

a. La force obligatoire

177. Seul demeure le deuxième alinéa de l'article 1134 pour inaugurer cette sous-section consacrée à la force obligatoire, et ce alors même qu'il ne la proclame pas directement mais cible une de ses composantes : l'immutabilité de l'accord. Assurément, la célèbre formule du premier alinéa de l'ancien texte aurait mieux fondée celle-là, mais son emplacement en une « disposition liminaire », davantage remarquable, est privilégié. Un rappel, technique par ailleurs utilisée (v. sur le respect de l'ordre public : art. 6, 1102, 1162), aurait toutefois permis une adéquation du contenu à l'intitulé de la partie. Reste donc le principe de l'intangibilité et la dérogation classique, la révocation autorisée par la loi ou justifiée par le parallélisme des formes, le *mutuus dissensus*. L'article 1193 s'enrichit d'une dérogation nouvelle, déjà énoncée au sein du projet : loi et accord de volonté permettent encore de modifier le contrat. Mais il s'agit bien davantage de préciser une évidence que d'innover.

Le principe de la force obligatoire du contrat n'est donc pas mentionné par l'article 1193, et ne paraît pas proclamé en la sous-section qui lui est pourtant consacrée. Bien au contraire, l'article 1195 contredit directement le principe de l'intangibilité, pourtant seul ici énoncé, en introduisant dans notre droit la révision pour imprévision. Si, pour une évidente cohérence de la présentation des concepts, l'analyse de ce texte est en cette étude dissociée de celle la force obligatoire du contrat, il n'en est pas de même au sein de la réforme qui les mêle en une même partie. On aurait tôt fait de penser que l'affirmation du caractère obligatoire du contrat n'est ici que de principe. En cette logique, l'article 1194, qui reprend la substance de l'ex-article 1135, fait figure de simple transition entre le principe et l'exception, rappelant que le contrat peut être altéré sur des considérations d'équité.

Toutefois, là n'est pas l'essentiel de ce dernier texte, qui précise, *in limine*, le principe de l'effet obligatoire en énonçant que « les contrats obligent [...] à ce qui y est exprimé ». Ce n'est qu'en un second temps qu'il énonce des correctifs.

b. La volonté déclarée comme mesure du contenu obligatoire

178. Célèbre par sa référence à l'équité, le premier précepte de l'ex-article 1135, désormais 1194, sera peut-être moins négligé maintenant qu'il se trouve seul texte de la sous-section à énoncer le caractère obligatoire du contenu contractuel exprimé. Ce faisant, et comme par le passé, il désigne clairement la volonté déclarée comme mesure du contenu contractuel obligatoire. Ce précepte n'a pas vocation à nier l'importance que le droit français accorde traditionnellement à la volonté réelle et interne, importance que la réforme perpétue par la consécration de l'obligation d'information et des solutions acquises en matière de vices du consentement. Une conciliation entre les deux formes de volonté auxquelles le Droit prête effet peut aisément être défendue, la réalité de la volition important lors de la phase de formation du contrat, tandis qu'une fois celle-ci acquise par la rencontre de consentements valables, seule l'expression fige et délimite le contenu obligatoire (v. C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006, spé. n° 118s). Cette dissociation chronologique de la volonté, réelle puis exprimée, et la prééminence de la seconde dans la détermination du contenu obligatoire fonde la dénaturation (v. désormais art. 1192) et justifie de nombreuses solutions, telle l'absence d'efficience des réserves mentales ou, à l'inverse, la force obligatoire des clauses de styles (*sur d'autres implications, v. notre thèse, préc., spé. n° 156 s.*).

c. Les correctifs

179. Le contrat oblige encore à certaines «suites», celles que «leur donnent l'équité, l'usage ou la loi», tandis qu'hier il s'agissait de celles que ces sources «donnent à l'obligation d'après sa nature».

En cette nouvelle version, l'obligation perd sa nature. Nous le regretterons, tant la précision était riche de potentialités. Si l'obligation a une nature, toute stipulation «contre-nature» emporte contradiction (ce qui relève maintenant d'une privation de «substance» de l'obligation, selon l'article 1170), elle explique encore la «dénaturation» qu'occasionne l'invocation de la lettre au détriment de l'esprit et, surtout, elle serait critère de rattachement

des « suites » qu’insufflé l’équité, l’usage ou la loi, permettant ainsi de préciser – et partant de circonscrire- les implications obligatoires bien que non exprimées au contrat (*v. notre thèse, préc., spé. n° 388 s.*). Mais là n’est que théorie, la « nature » de l’obligation, ignorée du lexique juridique, est encore inconnue des prétoires.

Néanmoins, si la source du contenu implicite n’est plus la « nature de l’obligation », l’équité devient source d’effets de droit, à côté de l’usage et de la loi. Cette simplification du texte a pu être magistralement défendue (*Ph. Jacques, Regards sur l’article 1135 du Code civil, Dalloz, 2005, spé. 176*) et, au demeurant, embrasse bien davantage l’appréhension communément retenue du précepte.

Cependant, si « l’équité, l’usage ou la loi » deviennent sources directes d’effets contractuels, était-il opportun de conserver les deux dernières sources ? Est-il utile, lorsque l’on cherche à simplifier, de rappeler que le contrat oblige aux conséquences des règles de Droit (*Comp. Ph. Jacques, thèse préc., spé. n° 237 s.*) ?

2. L’avenir : questions et difficultés d’interprétation

180. Non prévue par le projet, non expliquée à l’occasion de la présentation de la réforme (« *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 », Rapport, JO 11 févr. 2016*), la « simplification » de l’ex-article 1135 pourrait apparaître fortuite, alors même que la disparition de la locution « l’obligation d’après sa nature », conduit à ériger l’équité en source du contenu contractuel obligatoire.

Doit-on alors craindre l’arbitraire du juge en charge d’imposer le respect des conséquences équitables ? Sans doute l’oubli de quelques mots, s’il s’agit bien de cela, ne suffira pas à altérer la très nette tempérance judiciaire dans le recours à ce texte. Les célèbres créations prétoriennes que l’article 1135 a pu autrefois justifier sont anciennes et tant acquises qu’elles relèvent désormais de la loi (*sur le devoir d’information, v. art. 1112-1 ; l’obligation de sécurité relève grandement de la responsabilité du fait des produits défectueux et si demeure celle dont est débiteur le prestataire de service, les décisions ne visent que le seul article 1147 ancien ; sur l’abus dans la fixation du prix, v. 1165*) tandis que la Cour de cassation paraît peu encline à

l'identification de nouvelles (par ex., sur le refus d'une obligation de garde, la Cour préférant identifier un contrat de dépôt de véhicule comme « accessoire » nécessaire du contrat d'entreprise qui a pour objet sa réparation : Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2009, n° 08-20048 ; sur le refus d'une obligation d'assurance, induite du contrat de location d'un local meublé : Civ. 3^e, 20 janvier 2010, n° 09-65791 ; v. toutefois Soc., 21 mai 2008, n° 06-44044 ; 21 mars 2012, n° 10-27425 ; 12 décembre 2012, n° 12-26585, découvrant l'obligation pour l'employeur de supporter le frais exposés par le salarié dans son intérêt et pour les besoins de son activité professionnelle, en l'occurrence les frais d'entretien des vêtements de travail dont le port est obligatoire). Par ailleurs, bien qu'il soit souvent invoqué en ce sens, la Cour refuse généralement –et opportunément– d'y déceler un blanc-seing à une interprétation en équité du contrat. Cette tendance sera dorénavant confortée tant par la localisation de l'article que par sa nette distinction de l'impératif de bonne foi, le juste n'étant pas norme d'interprétation du contrat, bien au contraire guidée par le sens raisonnablement prêté à la lettre indépendamment de l'opportunité de son effet (v. 1188, al. 2).

En somme, en dépit de ses larges potentialités, l'article 1135 n'a essentiellement permis ces dix dernières années que de justifier un baril de lessive trimestriel à chaque salarié soumis à des règles vestimentaires (Civ. 21 mai 2008, *préc.*). Il ne paraît pas à craindre que l'omission de quelques mots dans le nouveau texte altère la tempérance –si ce n'est la défiance– jurisprudentielle à son endroit. Il est vrai, c'est une chose de juger en équité, une toute autre de le proclamer.

Clémence Mouly-Guillemaud

SECTION 2 CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ECONOMIQUES

Art. 1195 *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à

son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

181. Changement ? Révolution ? Aménagement ? Confirmation ? L'article 1195 est sans doute l'un des articles du nouveau droit des contrats qui attire le regard juridique. Le point de départ de l'explication de l'ambiguïté que l'on discerne derrière l'article 1195 est multiple. Au départ, il s'agit de la question de « l'imprévision » et donc du célèbre l'arrêt *Cannal de Crapone* de 1876 (Cass. civ. 6 mars 1876, DP 1876, 1, 193, note A. Giboulot, *Grands arrêts*, n°163 : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les parties ». Adde : R. Cabrillac, *Perspectives d'évolution en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé*, Mél. C. Jauffret-Spinozi, Dalloz, 2013, p.227, L. Aynès, « L'imprévision en droit privé », *Rev. Jur. Comm.* 2005, p. 397, B. Fauvarque-Causson, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges A. Sayag*, 1997, p. 403). Le juge ne peut donc, sous couvert d'un changement de circonstances, substituer des clauses à celles prévues par les parties, en l'espèce le prix. Le juge ne peut donc *réécrire* tout ou partie du contrat en prétextant d'un changement de ces circonstances. Il est vrai que ce serait une charge particulièrement difficile pour le juge, qui reste globalement tenu par les prétentions des parties.

Autre est la question de savoir si, face à un tel changement de circonstances subis par l'une des parties, qui enrichit l'exécution du contrat, l'autre ne doit pas en tenir compte, notamment par une exigence (obligation ?) de renégociation du contrat, voire la reconnaissance d'une faculté de résiliation du contrat, et ce, au-delà des clauses d'adaptation qui adoptent telles solutions. Tel est le chemin que semblait avoir engagé la Cour de cassation, depuis l'arrêt *Huard* de 1992 (Cass. com. 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n°338, JCP 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre, Cass. com. 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n°277, JCP 1999, I, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *Defrénois*, art. 36953, p.371, obs. D. Mazeaud, *Contr. conc. consom.* 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal,

RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre, Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, RDC 2004/3, p. 642, obs. D. Mazeaud, D. 2004, p.1754, note D. Mazeaud, RTD civ. 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. com. 29 juin 2010, n°06-67369, RDC 2010, p.34 obs. E. Savaux, p. 2481, note D. Mazeaud, D. 2010, 780, note Th. Genicon, JCP 2010, 1056, note T. Favario), sans être acquise formellement, ou en tout cas radicalement, toutefois.

182. De ce point de vue, l'article 1195 emprunte aux deux filiations, celle de la renégociation et celle de la révision, ce qui justifie l'ambiguïté plus haut signalée. Il reste que même avec les modifications, parfois légales (comp. C. com., art. L. 441-8) et les écornes jurisprudentielles, le principe posé par l'arrêt de 1876 s'opposait comme un verrou, que la réforme fait ainsi sauter. Les termes sont choisis, et définissent trois phases.

183. Phase un : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation (...). Le mécanisme emprunte ici aux arrêts *Huard* en proposant un mécanisme de renégociation. Pour autant toutefois que « un changement de circonstances économiques » intervient, pas n'importe lequel d'ailleurs.

Il convient en premier qu'il n'ait pas existé lors de la formation du contrat, ce qui semble logique, auquel cas, le changement serait dans la sphère contractuelle, comme c'est le cas des clauses de tolérance, de perte ou encore d'évaporation dans certains contrats de fourniture.

Il convient également qu'il surgisse sans que le risque de survenance n'ait été accepté par la parties qui le subit. Cette réserve concerne par exemple les contrats aléatoires, ou les contrats de jeu, notamment sur un marché boursier, bien entendu mais également les hypothèses dans lesquelles une des parties (ou les deux) auraient accepté contractuellement d'assumer le risque d'un tel changement de circonstances économiques. Cette dernière possibilité laisserait d'ailleurs entendre que le texte de l'article 1195 du Code civil n'est pas d'ordre public. Une telle clause d'acceptation des risques pourrait d'ailleurs, dans un contrat

d'adhésion, faire l'objet de critique sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

Troisième condition, il convient que le changement de circonstances économique rende « excessivement onéreuse » l'exécution du contrat par celui qui le subit (et qui n'en a pas accepté le risque). « Excessivement » onéreux, on est là au-delà des limites du raisonnable, dans des situations marginales appréciées par le juge.

Lorsque ces trois conditions sont rassemblées, la partie qui subit le changement de circonstances économiques « *peut* » demander la renégociation du contrat : on est là dans la filiation des arrêts « Huard ». On peut ajouter que la partie devra sans doute également justifier de ce que les conditions sont rassemblées, à tout le moins informer concomitamment la survenance de ce changement. En toute hypothèse, le contrat n'est pas alors automatiquement suspendu ; tout au contraire, il doit continuer d'être exécuté. C'est donc la partie qui subit le changement de circonstances économiques qui subit, en outre, le risque de la discussion de ses conditions, et du déroulement de la procédure de l'article 1195 du code civil.

On peut se demander d'ailleurs qu'elle est la portée de cette exigence et si elle est bien réaliste en pratique. On peut penser en effet que dans bien des situations, la partie qui subit le changement de circonstances économiques ne disposera pas des ressources pour continuer d'exécuter le contrat très longtemps (notamment le temps judiciaire de la phase 3), surtout si ses conséquences sont, effectivement, excessivement onéreuses, et qu'elle se mettra en situation d'inexécution du contrat. Or cette situation permet de déclencher une riposte judiciaire de l'autre partie, de sorte que la question de la discussion du changement de circonstances économiques deviendra un moyen de défense, à la manière d'une excuse à l'inexécution.

184. Phase deux : c'est la phase la moins bien rédigée par le Code civil, peut-être d'ailleurs parce qu'elle n'a pas vocation à être réellement lise en œuvre. La logique de (re)négociation qui découle de la phase précédente peut aboutir à un succès, quel qu'il soit (y

compris la résolution du contrat envisagée par le texte de l'article 1195 du Code civil). Elle peut également aboutir à un échec, parce que l'autre contractant refuse la renégociation ou que celle-ci échoue. L'article 1185, al. 2 prévoit alors une solution qui semble contradictoire avec l'hypothèse de départ. En effet, les parties peuvent alors décider de résoudre le contrat ou de demander « d'un commun accord » au juge d'adapter le contrat. Or, on peut supposer que si la renégociation échoue, les parties soient peu enclines à s'accorder sur une résolution ou une telle « demande d'un commun accord ». On peut d'ailleurs se demander qu'elle serait la forme de celle-ci : requête conjointe ou assignation par l'un et acceptée par l'autre, à la manière des divorces des articles 230 et 231 du Code civil ? La solution est d'autant point opportune qu'il s'agirait alors soit de résoudre le contrat soit de demander au juge « d'adapter » le contrat. Or le premier cas suppose que la partie qui subit le changement de circonstances économique accepte finalement de prendre l'opportunité du maintien, révisé, du contrat et le second que l'autre contractant accepte, finalement, que le changement de circonstances économiques est une réalité susceptible de produire des effets, à déterminer par le juge alors que, dans les deux cas, par hypothèse, elles ne se sont pas entendues. On peut penser donc que la phase 3 soit plus aisément atteinte, à moins que la perspective de cette phase 3 constitue une incitation forte à la négociation.

185. La phase 3 mise sur un échec de la négociation, comme alternative à la phase 2, plus que d'une suite de cette dernière. L'accord de la formule « à défaut d'accord » en effet, pourrait renvoyer au « commun accord » de la phase 2 ou à l'absence d'accord, comme échec de la renégociation. En ce cas, et passé un délai « raisonnable » (alors que la partie qui subit le changement de circonstances économiques subit toujours, en principe, la charge de l'exécution du contrat), une partie (et non plus les deux parties ensemble) peut assigner l'autre devant le juge qui « peut » réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. On est ici dans la filiation de l'inversion de l'arrêt Canal de Craponne dans la mesure où il s'agit bien, cette fois (et déjà, hypothétiquement, dans la phase 2), de permettre la révision du contrat pour imprévision. On mesure la difficulté pour les avocats : le juge ne pouvant *a priori* statuer *ultra petita*, il s'agira de mesurer

la portée de l'assignation délivrée sur le fondement de l'article 1195, al. 3 du Code civil, réviser, à des conditions argumentées (et discutées) et/ou la rupture du contrat, étant entendu que le juge « peut » bien entendu rejeter la demande.

Daniel Mainguy

SECTION 3 EFFET TRANSLATIF DU CONTRAT

Sous-section 2 Effet translatif

Art. 1196 Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.

Art. 1197 L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

186. La question de l'effet translatif de propriété met fin à l'empire des article 1136 et 1138 du Code civil et de l'obligation de donner (M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85) et surtout de l'impossible interprétation de ces deux textes, mélangeant obligation de donner, transfert de propriété et obligation de livrer. A bien des égards d'ailleurs, cette question relève davantage des règles relevant des contrats spéciaux que du droit commun des contrats.

187. Il reste que l'article 1196 et l'article 1197 inversent l'ordre autrefois proposé par les ex-articles 1136 et 1137 dont ils reprennent la substance.

L'article 1196 rappelle ainsi le principe de l'effet *solo consensu* du transfert de propriété, dans que le contrat translatif de propriété

que ce soit : l'aliénation de la propriété ou « *la cession d'un autre droit* », et notamment la cession de droits incorporels, dont la cession de contrat, dont le régime est renouvelé par ailleurs. Il officialise en outre le mécanisme du retard de transfert de propriété et donc des clauses de réserve de propriété, ajoutant les hypothèses de la « nature de la chose », comme les choses de genre, ou « l'effet de la loi », notamment du fait d'un terme, comme dans une vente à terme. Il rappelle en outre la règle selon laquelle le transfert de propriété emporte également transfert des risques, de l'ex-article 1138, al. 2 du Code civil, sous la double réserve des règles, intéressant pourtant le régime des obligations, imposées articles 1344-2 et 1351-1. L'article 1996, al. 3 divise donc la forme de l'ex-article 1138, al. 2 qui disposait que « *elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* », la question de la mise en demeure de livrer étant déplacée à l'article 1344-2. En revanche l'article 1351-1 envisage l'hypothèse de la perte de la chose avant la livraison : la perte est pour « l'acheteur », sauf cas de force majeure qui a pour conséquence que la perte de la chose se serait produite quand bien la chose aurait été délivrée.

L'article 1197 renvies sur la traditionnelle obligation de conservation de l'ex-article 1137 du Code civil : le transfert de propriété étant immédiat en principe, le contrat translatif emporte, à la charge du débiteur de l'obligation de « livrer » (une chose ou un droit), une obligation de conservation de son objet, obligation de moyens fondée sur un comportement *in abstracto*, celui d'une personne raisonnable (et non plus un « bon père de famille » depuis l'une des nombreuses « autres nuits du 4 août » 2014).

Art. 1198 *Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.*

Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.

188. L'article 1198 succède et aménage l'ex-article 1141 du Code civil et la résolution du conflit d'acquéreurs successifs, plus exactement l'hypothèse de deux acquéreurs alternatifs, dans le cas où le vendeur avait cédé la chose ou le droit à deux acheteurs ou cessionnaires. Est préféré celui des deux qui a été, le premier, mis en possession, pourvu que cette possession soit de bonne foi. La solution, plutôt envisagée du point de vue de l'opposabilité des droits, de l'ex-article 1141 du Code civil valait en matière de conflits de vente d'objet mobilier, à conjuguer avec la règle de la possession mobilière de l'article 2276 du Code civil, celui-ci étant alors pris dans sa double dimension, probatoire et substantielle. En effet ce type de situation met en exergue la contradiction existant entre la formule de l'article 1196 qui implique un transfert de propriété dès la conclusion d'un contrat translatif, et donc l'indisponibilité de la chose par le vendeur, et l'effet *erga omnes* des droits réels et de la propriété transférée, notamment si le second acheteur est placé en possession le premier. Or, la possession ne conforte un droit de propriété (voire constitue un propriétaire), sous la réserve de la bonne foi de la possession.

L'article 1198 élargit toutefois la technique de résolution des conflits mobiliers aux conflits immobiliers. Ceux-ci étaient traditionnellement réglés par les règles de la publicité foncière : était préféré celui qui avait, le premier, assuré la publication du droit immobilier. Toutefois la jurisprudence avait assoupli la rigidité de la solution par l'exigence d'une publication de bonne foi : le second acquéreur qui publierait le premier en connaissance de la première cession serait de mauvaise foi et ne pourrait se prévaloir du bénéfice de l'inscription (*Cass.civ. 3^e, 30 janv. 1974, D. 1975. 427, note J. Penneau, Cass.civ. 3^e, 22 mai 1990, D. 1991. 326, note Fournier*). L'article 1198 du Code civil reprend ici ces propositions, solution opportune dans la mesure où la jurisprudence a limité la portée de l'article 2276 du Code civil aux seuls biens meubles corporels individualisés (*Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°04-13569*).

Daniel Mainguy

CHAPITRE 2 EFFET RELATIF DU CONTRAT A L'EGARD DES TIERS

SECTION 1 PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

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

Sous-section 1 Dispositions générales

Art. 1199 Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.

SECTION 2 RESPECT DU CONTRAT PAR LES TIERS

Art. 1200 Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.

189. Le principe de l'effet relatif du contrat est posé, ou plus exactement reposé, par l'article 1199 dans des termes voisins de ceux de l'ex-article 1165 du Code civil. Toutefois, où ce dernier texte était excepté par les ex-articles 1166 et 1167 intéressant l'action oblique et l'action paulienne, celles-ci sont désormais l'objet des articles 1341-1 et 2 du Code civil (*cf. infra*). En revanche les règles relatives au porte fort- et à la stipulation pour autrui, ou encore la simulation contractuelle, qui posent effectivement des difficultés dans le rapport contractuel à l'égard des tiers et qui faisaient l'objet des ex-articles 1120 et 1121, qui s'inscrivaient dans la partie relative au consentement, et des ex-articles 1321 et 1321-1, qui étaient logés dans les règles relatives aux actes authentiques, rejoignent, logiquement, la partie relative aux effets à l'égard des tiers.

S'agissant de l'article 1199 proprement dit, rien ne change : on retrouve l'effet négatif (art. 1199) et l'effet positif (art. 1200) du principe, avec quelques imprécisions rédactionnelles, sans doute sans conséquences, sinon pour la beauté de la rédaction. Ainsi, l'article 1199 est pour une fois, plus mal rédigé que l'ex-article 1165. Ce dernier disposait en effet que « *les conventions n'ont d'effet*

*qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 » : on parlait bien ici des « conventions », des « contrats » et donc de leurs effets, multiples, obligationnels ou non obligationnels, alors que l'article 1199 n'évoque que l'effet des obligations, ce qui peut concorder avec la nouvelle définition du contrat (cf. *supra*, art. 1101). De même en est-il de la réserve des effets aux seules parties contractantes : le contrat, en effet, peut lier des parties autres que celles qui l'ont conclu, le représenté notamment, l'héritier, le bénéficiaire d'une fusion ou le cessionnaire du contrat, l'ayant cause à titre universel ou particulier, comme on disait sous l'empire de l'ex-article 1122.*

L'article 1199, al. 2 évoque l'impossibilité pour un tiers de demander l'exécution du contrat ou de contraindre à une telle exécution, ce qui est un peu trop large, eu égard aux dispositions des articles 1341-1 et 1341-2.

190. L'article 1200 est en revanche totalement nouveau notamment dans l'idée du respect du contrat qu'il impose et qui ressemble, inversé, à la formulation de la règle d'opposabilité du contrat à l'égard des tiers, c'est-à-dire la possibilité pour les tiers d'opposer au contractant le contrat qu'il a conclu (*art. 1200, al. 2*) et, inversement, d'opposer aux tiers le contrat conclu par un contractant (*art. 1200, al. 1*) et notamment pour permettre à un contractant d'engager la responsabilité, extracontractuelle, d'un tiers dans la violation d'un contrat, par exemple dans la violation d'une exclusivité (*Cass. com. 27 oct. 1992, D. 1992.505, note A. Bénabent, Cass. com. 25 avr. 2001, Contrats, conc. consom. 2001, n° 108, obs. L. Leveneur*) ou encore d'une clause de non concurrence (*Cass. Com. 30 nov. 1999, RJD 2000, n°129*).

191. Reste la question de savoir comment le contractant peut engager la responsabilité du tiers et, surtout, par quelle technique le tiers peut-il engager la responsabilité du contractant. Le tiers peut chercher à utiliser le contrat à titre probatoire, l'inexécution du contrat servant de démonstration de l'existence d'une faute. Le tiers peut surtout chercher à invoquer le manquement du contrat comme faute, comme fait juridique, et donc comme « fait » au sens de l'article 1240, à la source d'un régime de responsabilité

extracontractuelle. Longtemps divisée sur le point de savoir si l'inexécution est, en soi, une faute préjudiciable pour le tiers (L. Leveneur ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2001, JCP 2002, II, 10099, note C. Lisanti-Kalzcinski ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 oct. 2003, Bull. civ. I, n°219, D. 2004, p. 233, note Ph. Delebecque, JCP 2004, II, 10006, note G. Lardeux, Cass. civ. 3^{ème}, 10 janv. 2001, RD immob. 2001, p., 179, obs. Ph. Malinvaud. Adde : J.-P. Tosi, « Le manquement contractuel dérelativisé », *Mélanges M. Gobert*, 2004, p. 479) ou si ce dernier doit, en outre, établir que l'exécution constitue une faute distincte de la simple inexécution (Cass. com. 8 oct. 2002, *Resp. civ. et ass.* 2003, n°2 ; Cass. com. 5 oct. 2005, *Contrats, conc. consom.* 2005, n°149, obs. L. Leveneur, RDC 2006, p. 687, obs. D. Mazeaud), l'Assemblée plénière avait tranché en faveur de la première solution dans un arrêt du 6 octobre 2006 : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. ass. plén. n°9, D. 2006, p. 2825, note G. Viney, JCP 2006, II, 10191, avic. M. Gariazzo, note M. Billiau, JCP 2006, I, 115, n°4, obs. Ph. Stoffel-Munck, RTD civ. 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud, p. 279, S. Carval, p. 379, obs. J.-B. Seube et p. 537, débats. Adde : Ph. Brun, « Feu la relativité de la faute contractuelle », RLDC, janv. 2007, p. 5. V. cependant Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 2011, n° 10-17.691 ; D. 2012. 659, note D. Mazeaud).

Rien dans l'article 1199 ni dans l'article 1200 ne semble remettre en cause cette jurisprudence, sauf à considérer que le fait que les tiers ne puisse « profiter » du contrat supposerait une remise en cause possible de la jurisprudence de 2006, ce qui serait présumer des forces doctrinales. En revanche, l'avant-projet de loi relative à la responsabilité civile dont l'article 1234 (cf. *infra*) prévoit, précisément un tel renversement : « lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II ».

Daniel Mainguy

SECTION 3 LA SIMULATION CONTRACTUELLE

Art. 1201 Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir.

Art. 1202 Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel.

Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle.

192. Les articles 1201 et 1202 reprennent les ex-articles 1321 et 1321-1 du Code civil. La « simulation contractuelle » est une forme de déguisement de la réalité contractuelle : un contrat ostensible est conclu, mais un contrat occulte, dissimulé, dit aussi « contre-lettre », est également conclu pour modifier la réalité ostensible. Ce peut être une situation d'interposition de personne, une personne se dissimulant derrière une autre, ou une situation de dissimulation de l'objet d'un contrat, l'ensemble pouvant être frauduleux ou non.

L'article 1201 propose ainsi une définition Est notamment définie la notion de « contre-lettre » un « *contrat apparent qui dissimule un contrat occulte* ». La formule semble régler la question de savoir si le régime de la simulation ne concerne que les actes occultes conclus par les mêmes parties que l'acte ostensible ou s'ils peuvent être conclus par des tiers et donc des situations d'interposition de personnes (Cf. Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2000, *Defrénois* 2001, art. 37309, obs. R. Libchaber, *RTD civ.* 2001, p. 134, obs. J. Mestre et B. Fages).

Cette contre-lettre « *produit effet entre les parties* » et « *n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir* », ce qui correspond au régime des contre-lettres licites. Les contre-lettres illicites, en revanche, sont nulles. L'article 1202 envisage un type

d'illicéité, qui reprend la formule de l'ex-article 1321-1 et la réécrit, s'agissant des contre-lettres ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans une cession d'office ministériel et celles ayant pour but de dissimuler une partie du prix d'une vente d'immeubles.

Daniel Mainguy

SECTION 4 CONTRATS POUR AUTRUI

§ 1 PRINCIPE

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

Art. 1203 On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même.

193. Sous cette section 2 (« les effets du contrat à l'égard des tiers ») du chapitre IV (« les effets du contrat »), sont posés les mécanismes du contrat « pour autrui ». La formule n'est pas des plus heureuses car elle pourrait laisser à penser que les dispositions qui y sont exposées le sont dans un sens favorable à cet « autrui ». La réalité est pourtant évidemment plus complexe. Le principe de l'effet relatif des contrats y est bien sûr réaffirmé, dans une formule interdisant un engagement qui s'imposerait à qui que ce soit d'autre que soi-même (art. 1203). Cette formulation n'est pas exactement celle du précédent régime (ex art. 1119) qui apparaissait plus nuancé puisqu'on ne pouvait « en général » s'engager que pour soi-même. Le principe est dans la nouvelle version affirmé avec plus de force grâce à la suppression de cette formule « en général ». Il faut s'en douter s'en réjouir car cette formule visant une généralité pouvait être interprétée comme un principe connaissant quelques exceptions. Or ce n'est pas d'exceptions qu'il s'agit mais uniquement d'aménagement des effets à l'égard des tiers. L'article vient en complément de l'article 1199, déjà expliqué *supra* et qui implique que le « contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties » : il en résulte logiquement que ce tiers ne peut en demander l'exécution ni se voir celle-ci imposée à lui pour l'exécuter. Pour autant les effets de ce contrat vis-à-vis des tiers doivent répondre à un régime particulier dont les principes sont affirmés aux articles 1200 à 1203.

194. Il est tout aussi heureux que l'interdiction de principe de la stipulation pour autrui ait disparu dans le nouveau texte alors que celle-ci sous l'empire de l'ancien était des plus courantes (le modèle en est l'assurance vie). En ce sens le Code rejoint la réalité des pratiques contractuelles.

195. Il restait à exposer deux formules contractuelles particulières, la stipulation pour autrui et la promesse de porte fort qui vont stipuler que le contrat conclu entre les parties aura des effets sur un ou des tiers (mais il est essentiel de ne pas confondre « effet » et « obligation »). Le contrat n'engage en effet que les parties, même si certains de ses effets (sous certaines conditions) peuvent influencer la situation des tiers, mais pas les lier. Une obligation peut par exception parfois naître pour un tiers par un mécanisme exceptionnel d'identité future du promettant et de ce tiers, par exemple si le tiers hérite du promettant et devient alors débiteur des obligations du premier. L'ayant cause à titre universel ne devra cependant *a priori* en cas d'inexécution que des dommages et intérêts, Cass. Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1975, D. 1976 p. 353, note Larroumet), mais il demeure bien que c'est *in fine* celui dont on promettait l'action et qui n'était pas *a priori* tenu qui doit réparation en vertu d'un acte qu'il n'a pas conclu. Il existe en outre des situations où, pour des raisons économiques, sociales ou autres, le tiers s'estimera lié par l'engagement du promettant. Elles ne contredisent pas le principe juridique décrit à l'article 1203 mais relativisent parfois sa portée pratique.

196. Il reste que le contractant peut promettre qu'autrui fera (c'est la promesse de porte fort) ou que son contrat pourra profiter à ce tiers (c'est la stipulation pour autrui), deux mécanismes déjà connus du Code civil aux ex articles 1120 et 1121.

Malo Depincé

§ 2 LE PORTE FORT

Art. 1204 On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.

Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.

Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-

ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.

197. Le mécanisme de l'ancien code demeure, modernisé et sans doute plus explicite. S'agissant de son régime il est désormais précisé dans le Code civil que la promesse de porte fort relative à la ratification d'un engagement « *est rétroactivement validé[e] à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit* ». Cette rétroactivité est dorénavant de principe alors qu'auparavant elle n'était effective que dans l'hypothèse d'une stipulation expresse en ce sens. À l'inverse il nous semble possible de stipuler la non-rétroactivité de l'engagement, à défaut dans la loi de toute interdiction en ce sens. On rappellera, mais sans que personne et *a fortiori* l'interprète de la loi y soit tenu, le rapport remis au Président de la République sur cette ordonnance et ce d'autant qu'aucune différence de régime n'est proposé. L'effort du rapport a essentiellement alors une vertu pédagogique pour distinguer au sein de cette obligation de faire (Cass. com, 18 juin 2013, Bull. civ. IV, n°105) plusieurs objets possibles :

« 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 le contrat conclu avec un bénéficiaire, à titre de « garantie ») » (JORF du 11 février 2016, texte n°15).

Malo Depincé

§ 3 LA STIPULATION POUR AUTRUI

Art. 1205 On peut stipuler pour autrui.

L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse.

Art. 1206 *Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation.*

Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée.

La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant.

Art. 1207 *La révocation ne peut émaner que du stipulant ou, après son décès, de ses héritiers. Ces derniers ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter.*

Si elle n'est pas assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers.

La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance.

Lorsqu'elle est faite par testament, elle prend effet au moment du décès.

Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit.

Art. 1208 *L'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou, après son décès, de ses héritiers. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant.*

Art. 1209 *Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire.*

198. Le Code reprend ici la construction prétorienne de la stipulation pour autrui. Le régime légal n'en est que plus complet alors que précédemment les dispositions applicables n'étaient contenues que dans l'unique alinéa de l'article 1121.

199. Une précision pratique est apportée au regard de l'ancien code qui prévoyait l'acceptation du bénéficiaire pour en déduire le caractère irrévocable pour le promettant qui en était informé. Pour lever toute ambiguïté et reprendre les mécanismes jurisprudentiels de la théorie de la réception (Code civil, art. 1121), l'article 1206 dispose notamment que « *la stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant* ».

200. Le nouveau texte expose le droit direct du bénéficiaire à demander l'exécution (art. 1206), déjà reconnu par la jurisprudence (pour un exemple d'action personnelle et directe du tiers contre le

promettant qui ne se serait pas exécuté, Req., 30 avril 1988, Bull. civ. IV, n°164), outre bien entendu le droit d'action du stipulant (art. 1209). Il précise les conditions et les effets de la révocation reprenant en cela toujours le régime tel qu'il s'était construit au fil des décisions de justice depuis 1804 : elle n'est ouverte qu'au stipulant ou ses héritiers (y compris exprimée tacitement, art. 1208). Si la révocation est simple, le bénéfice de la promesse sera attribué aux héritiers. Pour qu'il en soit autrement il convient que le stipulant désigne expressément les nouveaux bénéficiaires. Cette révocation produit effet dès lors que le tiers ou promettant, le premier des deux donc, en a eu connaissance. Si elle est stipulée par testament (quelle qu'en soit la forme *a priori*), elle prend effet à la date de celui-ci.

Malo Depincé

CHAPITRE 3 LA DUREE DES CONTRATS

201. L'introduction de règles intéressant la durée des contrats place le nouveau des contrats dans la modernité du domaine utile de ces règles. Les contrats « de durée » sont en effet les contrats, sinon les plus nombreux, du moins ceux dont les intérêts en jeu sont les plus importants. Il était temps que les règles du droit commun des contrats connaissent de telles règles, notamment la distinction entre les contrats à durée déterminée et indéterminée, ne serait-ce que pour éviter le recours à des fondements légaux externes, et notamment le très fameux article L. 442-6, I, 5°, s'agissant de leur fin.

SECTION 1 CONTRATS PERPETUELS

Section 3 La durée du contrat

Art. 1210 *Les engagements perpétuels sont prohibés.*

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.

202. La perpétuité, comme « *l'éternité, c'est long, surtout vers la fin* », dit Woody Allen, empruntant une formule de Kafka. A part en droit des biens, et encore, où la perpétuité est davantage une perspective, qu'une réalité, le droit n'est guère friand de perpétuité, surtout en matière contractuelle : s'engager à perpétuité, cela a

quelque chose à voir avec un emprisonnement, un servage volontaire.

Du reste, à supposer que la jurisprudence ait véritablement posé clairement ou incontestablement une règle prohibant les engagements perpétuels (*Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, RTD civ. 2002, p. 510, obs. J. Mestre, Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1989, Bull. civ. I, N°53, JCP 1989, II, 21294, note J.-J. Barbiéri*), la mesure de la perpétuité n'est pas claire : temps infini, indéfini, durée supérieure à 99 ans, comme en droit des sociétés, durée supérieure à une espérance humaine raisonnable, etc. ? La perpétuité contractuelle est une agression au principe de liberté contractuelle qui permet à chacun de mettre fin, y compris dans des conditions particulières, à un contrat (*R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », Rev. soc. 1995, p. 437 ; F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », Dr. & Patr. 2000, n°78, p. 60*).

203. L'une des difficultés qui sera posée au juge consistera à définir les durées qui intègrent le vice de perpétuité. Par exemple, une clause d'exclusivité d'une durée très longue, 20 ans par exemple (à supposer qu'elle ne soit pas dans le champ d'application de l'article L. 330-1 du Code de commerce qui vise les contrats de vente ou de bail de meuble et par extension les contrats cadres ayant ce type de contrats pour contrats d'application) est-elle critiquable sur le fondement du vice de perpétuité ? Longtemps, les contrats d'exercice médical contenaient des clauses d'exclusivité de 20, 30 40 ans parfois ; elles sont aujourd'hui heureusement remplacées par des clauses de durée indéterminée. A moins qu'il s'agisse d'une question de proportionnalité, à la manière du contrôle de clauses de non concurrence.

Une autre difficulté consiste à mesurer exactement la sanction de la « prohibition » des engagements perpétuels. S'il s'agit de prohibition, on peut songer à la nullité du contrat, sanction très importante, qui pourrait être justifiée pour assurer une portée efficace à cette « prohibition » et éviter que des contractants n'y recourent en songeant à la faiblesse d'une autre sanction, un peu à la manière du choix de la nullité des clauses de non-concurrence contre celui de la réfaction de la clause. Pourtant l'alinéa 2 de l'article 1210 n'invite pas à cette direction : prohibé, l'engagement

perpétuel peut être résilié comme un contrat à durée déterminée. A moins que l'on puisse retenir deux sanctions dans cet article 1210, la nullité ou le choix de la résiliation du contrat.

D. Mainguy

SECTION 2 CONTRATS A DUREE INDETERMINEE

Art. 1211 Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

204. L'article 1211 pose le principe des règles applicables aux contrats à durée indéterminée. Est écrite clairement la formule répétée à l'envie à leur propos : ces contrats peuvent faire l'objet d'une rupture, par *résiliation*, dit-on le terme ne fait pas son entrée dans le Code civil, moyennant deux conditions, un préavis, d'une durée raisonnable. Outre le fait que, à l'occasion de la discussion de la loi de 1999 introduisant le PACS, le Conseil constitutionnel ait formulé une réserve d'interprétation, sous la référence de l'article 4 de la DDH impliquant qu'un contrat à durée indéterminée doit pouvoir être rompu à tout moment, et unilatéralement, il demeurerait à faire entrer la règle dans le droit positif opérationnel (nul n'a jamais songé à invoquer la décision du 9 novembre 1999 du Conseil constitutionnel pour fonder, en droit, sa demande justifiant une telle résiliation unilatérale) et surtout légal, peu important qu'elle consacre une jurisprudence bien acquise (et acquise avant l'éclosion de la jurisprudence de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. : Cf. Cass. com. 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n°149, D. 1995, somm. p. 90, obs. D. Mazeaud, JCP 1994, I, 3803, obs. Ch. Jamin, Contrats conc. consom. 1994, n° 159, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1994, p. 604, obs. J. Mestre, Cass. com. 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°40, D. 1998, p. 413, note C. Jamin, Somm. P. 333, obs. D. Ferrier, Contrats conc. consom. 1998, n°56, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre).

On observera cependant que l'article 1211 n'exige pas que la rupture soit accompagnée d'une motivation de celle-ci (Cf. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », Mél. J. Ghestin, 2001, p. 301 ; « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », in La

motivation et le pouvoir contractuel, RDC 2004, p. 573, X. Lagarde, « *La motivation des actes juridiques* », *Trav. Ass. H. Capitant, La motivation*, 2000, p. 73 ; D. Mainguy, « *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolution récentes du droit des contrats* », *Mél. M. Cabrillac*, 1999, p.165), à moins que celle-ci ne s'impose par des règles spécifiques, s'agissant de la rupture d'un mandat d'intérêt commun ou d'un contrat de travail par exemple.

205. La sanction n'est pas très clairement exprimée : chaque partie dispose de la faculté de résilier le contrat moyennant le préavis contractuellement prévu à défaut un préavis raisonnable. De quelle manière ? L'abus dans la résiliation sanctionnait, classiquement le fait d'avoir résilié un contrat sans préavis ou sur un préavis trop court, ou de manière fautive et on peut supposer que cette voie sera utilisée avec, à résoudre, la question de savoir si l'abus de droit est sanctionné par les règles de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, distinction essentielle ne serait-ce que pour faire respecter le préavis *contractuel* éventuellement prévu, ou les clauses relatives au litige. A moins qu'il s'agisse d'envisager la plus classique « faute » dans la rupture du contrat, qui règlera ce point, permettra d'utiliser toutes les stipulations contractuelles utiles, à commencer par la durée conventionnellement prévue du préavis (y compris pour la critiquer) et les clauses relatives au litige (*comp. D. Mainguy, La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies*, D. 2011, 1495) sauf à retomber dans les affres connues en applications de l'article L. 442-6, I, 5° C. com..

En toute hypothèse, l'article 1211 offre une alternative et une extension à la formule de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce utilisé à toutes les occurrences, du moins dans son champ strict d'application, entre professionnels (sinon entre commerçants). Extension en premier dans la mesure où l'article 1211 est un texte de droit commun qui peut servir de fondement légal à des actions entre tous contractants, quelle que soient leurs qualités. Alternative ensuite dans la mesure où l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce se heurte à tout une série d'obstacles : limitation de son champ d'application, complications processuelles, sanction par les règles de la responsabilité délictuelle (du moins pour les contrats internes) et donc abandon des règles contractuelles, notamment relatives au

litige, etc. En revanche, les règles spéciales du Code de commerce retrouvent leur intérêt dans les cas types du droit de la concurrence et notamment lorsque le soutien du ministre de l'économie s'impose (C. com., art. L. 442-6, III).

Daniel Mainguy

SECTION 3 CONTRATS A DUREE DETERMINEE

*Art. 1212 Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme.
Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat.*

Art. 1213 Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers.

*Art. 1214 Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.
Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.*

Art. 1215 Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat.

206. De manière parallèle aux nouvelles règles intéressante les contrats à durée indéterminée, les articles 1212 à 1215 envisagent les règles relatives aux contrats à durée déterminée, lesquelles sont l'occasion de précisions plus que de de réelles innovations sauf à la marge.

207. Ainsi, l'article 1212 dispose que le contrat conclu pour une durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme. Rien de nouveau, sinon une interrogation s'agissant de la sanction de cette situation face à la question classique de la rupture d'un contrat à durée déterminée avant ce terme, et dont la solution est à identifier dans les nouvelles techniques de résolution unilatérale du contrat. De même, le renouvellement d'un contrat ne peut être exigé, sans doute mais avec quelques réserves. Ainsi un renouvellement est

toujours possible, ne serait-ce que par l'effet de la volonté des parties ou l'effet d'une clause dite de tacite reconduction. Toutefois, l'article 1214 précise qu'un renouvellement peut s'imposer par l'effet de la loi, et on songe à quelques situations particulières dont celles des baux ruraux (plus qu'à celui des baux commerciaux où le non renouvellement est toujours possible à condition d'en payer le prix). Une autre situation relève de la considération de l'abus du droit de ne pas renouveler un contrat, en présence d'une clause le prévoyant, ou alors qu'un contrat s'est renouvelé à plusieurs reprises ou encore qu'une forme de promesse de renouvellement a pu encore être exprimée par exemple du fait de l'exigence d'investissements importants (*Cass. com. 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n°149, D. 1995, somm. p. 90, obs. D. Mazeaud, JCP 1994, I, 3803, obs. Ch. Jamin, Contrats conc. consom. 1994, n° 159, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1994, p. 604, obs. J. Mestre, Cass. com. 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°40, D. 1998, p. 413, note C. Jamin, Somm. p. 333, obs. D. Ferrier, Contrats conc. consom. 1998, n°56, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre. Comp. Cependant, pour l'échec au renouvellement d'un contrat à durée déterminée dans le respect du préavis contractuel, malgré l'exigence d'investissements : Cass. com. 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 13, D. 1995, p. 355, note G. Virassamy, som., p. 90, obs. D. Mazeaud, JCP 1994, I, 3757, obs. Ch. Jamin, Contr. conc. consom. 1994, n°69, note L. Leveneur*). Rien en revanche sur l'exigence de motivation justifiant le non renouvellement ou encore sur l'indemnisation éventuellement due, questions qui, dans le champ des contrats d'affaires et des contrats de distribution notamment, demeure donc en suspens, ou plus exactement, en défaveur de leur prise en compte.

208. L'article 1214, alinéa 2 du Code civil règle également une question particulière, celle de la nature du contrat renouvelé : « *le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée* » (*Cass. civ. 1ère, 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n°413, D. 2006, p. 587, note M. Mekki, Defrénois, 2006, p. 828, obs. C. Le Gallou, RDC 2006, p. 696, obs. Y.-M. Laithier, RTD civ. 2006, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages, Comp. Cependant Cass.com. 15 janv. 2008, n°06-14698, JCP, 2008, II, 10005, note N. Dissaux*). Le nouveau contrat est donc un contrat identique à celui auquel il se substitue, sauf la question de la durée, à moins bien entendu que les parties aient prévu que le contrat renouvelé, ou reconduit, serait un contrat à durée déterminée.

209. L'article 1213 évoque aussi la « prorogation », qui permet de repousser le terme d'un contrat, très utile lorsque le renouvellement impose de respecter des formes particulières ou des devoirs précontractuels doivent être, à nouveau, effectués, par exemple l'exigence d'information précontractuelle de l'article L. 330-3 du Code de commerce (*Cass. com. 14 janv. 2003, RTD civ. 2003, p. 498, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages*).

210. Restait l'hypothèse de la continuation du contrat, après le terme, alors que les parties n'ont pas prévu de clause relative au renouvellement du contrat ou qu'aucune manifestation expresse de volonté de renouvellement ne s'est exprimée : ce qui se déroule ensuite relève-t-il de l'extracontractuel, d'une forme allégée de contrat ou d'une technique, implicite de reconduction ? L'article 1215 tranche en faveur de cette dernière solution, ce qui était déjà connu du bail par exemple.

Daniel Mainguy

CHAPITRE 4 LA CIRCULATION DU CONTRAT

Art. 1216 Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

Art. 1216-1 Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.

A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.

Art. 1216-2 Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes

connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant.

Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

Art. 1216-3 *Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.*

1. Le présent : changement et constantes

a. L'admission de la cession de contrat

211. Le nouvel article 1216 du Code civil consacre le mécanisme de cession de contrat permettant à un contractant, « le cédé », de « céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ».

Cette disposition est insérée au sein du Chapitre 4 « *La circulation du contrat* » du Titre 4 « *Les effets du contrat* ». Le législateur a ainsi bien distingué la cession de contrat, partie intégrante de la Partie 1 intitulée « *Le contrat* », des cessions de créance et de dette qui figurent toutes deux dans la Partie 4 « *Le régime général des obligations* ».

212. Cette mise en forme permet d'appuyer la distinction voulue par le législateur entre, d'une part, les cessions de dette et de créance, et d'autre part, la cession de contrat qui ne peut se résumer en une simple combinaison des deux premières. (V. L. Aynes, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984, p.11). La cession de contrat apparaît alors comme un mécanisme à part entière. Il s'agit d'un outil permettant de faire survivre un contrat encore viable économiquement en favorisant sa circulation.

213. Les juges ont ainsi démontré une certaine prudence au cours du XXème siècle afin de définir ce « *contrat d'une nature particulière* », regroupant, certes, cession de créance et transfert de

dette, mais conservant une autonomie propre (Soc. 12 nov. 1954, D. 1955. I, 22, RTD Civ. 1955.334, Obs. Carbonnier à propos d'une cession de bail).

Le principe n'a rien de novateur en soi : certaines matières utilisent déjà usuellement les cessions de contrat, notamment en droit de la distribution (V. *en ce sens* Com. 21 février 2012 n°11-13.653, *précisant l'obligation d'information précontractuelle incombant au cédant à l'égard du cessionnaire dans le cadre d'un contrat de concession en cours d'exécution*). Pour autant, le principe de cession de contrat en droit commun peinait à trouver sa consécration. L'impossibilité de céder une dette, au motif qu'elle ferait courir un risque de perte d'assiette pour le cédé, emportait dans un même temps l'impossibilité de céder un contrat qui par principe, est constitué d'actifs mais également de passifs. Par ailleurs, c'est bien l'aspect humain du contrat qui prévalait, permettant de l'assimiler « moins (à) un lien de droit entre deux patrimoines qu'entre deux personnes ».

Ce postulat constituait dès lors un obstacle conséquent à la cession de contrat. (V. Ch. Jamin, *Cession de contrat et consentement du cédé*, D. 1995).

214. Il fut néanmoins possible de trouver des alternatives. Christophe Lapp avait déjà tenté de définir la cession de contrat comme étant « la convention par laquelle on transfère d'un contractant à un tiers l'ensemble des rapports juridiques issus d'un contrat » (V. Ch. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, Strasbourg, 1950, p.9, n°1). Ainsi, si le professeur Lapp évoque la cession de rapports juridiques issus du contrat plutôt que du contrat lui-même, c'est parce que techniquement, le contrat, étant entendu comme la rencontre de volontés ne peut être transféré. A l'occasion de la cession du contrat, il y aura effectivement une nouvelle volonté qui se manifestera, celle du cessionnaire, distincte de la volonté du cédant. C'est donc bien davantage une cession de rapports juridiques que de contrat (V. E. Jeuland, *Cession de contrats*, Rep. civ. juin 2010). La difficulté de définition de ce mécanisme a conduit le Professeur Jeuland à adopté une vision pratique, précisant ainsi que la cession de contrat serait une « opération par laquelle un tiers, nommé le cessionnaire, succède à un contractant, nommé le cédant, dans un contrat ayant été conclu avec un autre contractant nommé le cédé ». C'est bien cette acception qui semble avoir été retenue dans la réforme. Si la section 4 s'intitule

effectivement « *La cession de contrat* », l'alinéa premier de l'article 1216 mentionne lui une cession de « *qualité de partie* », en référence, on l'imagine, aux droits et obligations qui lui incombent.

b. Le consentement du cédé

215. Pour autant, le consentement du cédé restait la question centrale afin de permettre la consécration législative de la cession de contrat. Les répercussions qu'une telle opération pouvait avoir sur le cédé s'imaginent aisément : la cession ne doit pas empêcher le cédé de bénéficier de l'exécution du contrat en cause, notamment par une potentielle insolvabilité de son cocontractant.

La jurisprudence à cet égard n'a pas su, au cours des années 1990 imposer une règle précise et sans équivoque. Plusieurs arrêts se sont ainsi succédés. La Cour de cassation a d'abord imposé la recherche du consentement du cédé dans le cadre d'une cession de contrat *intuitu personae*. (V. Cass. com. 7 janv. 1992, n°90-14.831, Bull. 1992 IV N°3 p.3). Il était dès lors possible d'y entrevoir, *a contrario*, une indifférence quant à son consentement dans les cas où il ne s'agissait pas de contrats *intuitu personae*. Cette idée sera confirmée par la Haute juridiction, qui, assimilant la cession de contrat à la cession de créance, considérerait que le cédé n'était qu'un tiers au contrat. Ainsi, par application de l'article 1165 du Code civil et du principe de l'effet relatif des conventions, la simple opposabilité de ladite cession au cédé était suffisante (Cass. civ. 3^e, 7 juill. 1993, n°91-12.368).

216. Pour autant la solution retenue dans la réforme est bien la nécessité de recueillir le consentement du cédé, l'alinéa premier de l'article 1216 disposant que la cession était possible « *avec l'accord de son cocontractant* ». Ainsi, les formalités vont bien au delà de celles attendues dans le cadre d'une cession de créance, exigeant une signification au débiteur. Cela s'explique logiquement par le fait que, outre la recherche d'un objectif économique central à la conclusion d'un contrat, les parties recherchent systématiquement un cocontractant fiable sans lequel ils ne prendraient pas le risque de s'engager. Pour garantir au cédé d'obtenir l'exécution de son contrat, il était donc essentiel d'intégrer son consentement dans le mécanisme.

217. Le législateur précise ainsi une des façons de mettre en place la cession de contrat future. L'alinéa 2 de l'article 1216 dispose ainsi que la cession peut être prévue conventionnellement dans le contrat de base. Le consentement sera considéré comme acquis et le cédant pourra mettre en œuvre la clause à tout moment, sous réserve de le notifier au cédé afin de lui rendre la cession effective.

Le cédé apparaît alors comme un élément central de ce mécanisme, laissant paraître un rapport tripartite évident. L'article 1216-1 dispose ainsi que, outre son accord pour le principe même de la cession de contrat, le cédé a également la capacité de libérer, ou non, le cédant pour l'avenir. La cession de contrat doit ainsi contenir une stipulation précise permettant de libérer le cédant. Dans le cas contraire, ce dernier restera « *tenu solidairement à l'exécution du contrat* ». En d'autres termes, la simple existence de la cession de contrat ainsi que l'agrément de cette cession par le cédé ne suffisent pas pour libérer le cédant. On observe la une double protection accordée au cédé, lui garantissant l'exécution du contrat cédé, soit par le cessionnaire, soit par le cédant lui-même si aucune clause ne stipule le contraire.

L'article 1216-3 alinéa premier va également en ce sens puisqu'il conditionne l'anéantissement des sûretés inhérentes au contrat à la libération du cédant par le cédé.

L'article 1216-2 quant à lui traduit le principe d'opposabilité des exceptions, distinguant celles inhérentes à la dette qui devront être assumées par le cessionnaire, et celles personnelles au cédant auxquelles ce dernier reste lié. La solution retenue semble à cet égard d'une certaine logique : les exceptions liées à la dette pourront être opposées au cédé par le cessionnaire. Le cessionnaire se substituant dans les droits du cédant, il convient effectivement qu'il puisse lui opposer cette catégorie d'exceptions, de la même manière qu'aurait pu le faire le cédant. *A contrario*, les exceptions personnelles au cédant lui restent propres, ne permettant pas au cessionnaire de s'en prévaloir à l'encontre du cédé.

Si la logique en elle-même ne pose pas réellement de difficulté, il est intéressant de noter que s'agissant de l'opposition des exceptions, la libération par le cédé ne semble cette fois pas requise.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

218. L'analyse de ces articles nouveaux met en évidence la distinction retenue entre la cession de contrat et la libération du cédant. En effet, il apparaît de manière évidente que puisse exister la cession de contrat sans que ce dernier soit libéré. Si cela peut poser quelques interrogations sur le plan pratique, sur le plan théorique cela semble justifié. A cet égard le Professeur Aynes rappelait que le but de la cession de contrat n'était en aucun cas la libération du cédant. Si celui-ci cherchait réellement une libération, d'autres mécanismes lui étaient offerts tels que la résiliation. La réforme va donc dans ce sens : par principe il ne s'agit pas de libérer le cédant mais davantage de permettre au contrat de survivre alors que ce dernier ne peut plus ou ne veut plus poursuivre le contrat. La libération du cédant n'apparaît donc pas comme une condition de validité de la cession. En pratique, la cession de contrat n'aura pour effet direct que de « déplacer » le cédant sur l'échelle des débiteurs : le cédé donne en réalité son accord pour qu'il ne soit plus le débiteur principal mais un débiteur secondaire, qui reste néanmoins tenu solidairement.

219. En pratique, cela est susceptible d'avoir des effets positifs à l'égard du cédé. De prime abord, ce dernier aura en effet une certaine garantie d'exécution de la prestation par le cocontractant qu'il aura initialement choisi, même de manière subsidiaire. En second lieu, on peut aisément imaginer que le cédant apportera une diligence toute particulière dans le choix du cessionnaire afin de ne pas avoir à prendre le relai dans l'exécution du contrat dans l'hypothèse où le cessionnaire serait défaillant. Si la solution apparaît alors bienvenue pour le cédé, elle peut également sembler rigoureuse à l'égard du cédant qui n'opère finalement pas une réelle cession de contrat au sens pratique du terme.

220. Des questions peuvent se poser également s'agissant de la teneur de l'accord du cédé. En effet, le terme « accord » lui-même est juridiquement incertain. Bien qu'il évoque indubitablement le

consentement du cédé, il sera potentiel sujet à précisions par le juge. S'agit-il d'une simple adhésion ou d'un échange concret entre cédant et cédé sur le choix du cessionnaire ? Le cédé va-t-il, en pratique, intervenir activement dans le choix du cessionnaire ? Cela pourrait s'entendre puisque le cessionnaire deviendra à l'issue de la cession, le nouveau cocontractant du cédé. Une telle acception répondrait alors au principe de liberté contractuelle. Cela confirmerait ainsi le caractère tripartite de l'opération. Pour autant le cédé n'est-il pas tiers à l'acte de cession en ce sens qu'il est lui-même, d'une certaine manière, l'objet de la cession ? Son statut pourrait dès lors constituer un frein à une participation trop active dans le choix du cessionnaire, la limitant à un simple agrément sur proposition du cédant.

Camille Dutheil

CHAPITRE 5 L'INEXECUTION DU CONTRAT

SECTION 1 LES REMEDES A L'INEXECUTION

Section 5 L'inexécution du contrat

Art. 1217 *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
 - *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
 - *solliciter une réduction du prix ;*
 - *provoquer la résolution du contrat ;*
 - *demandeur réparation des conséquences de l'inexécution.*
- Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.*

221. Mini séisme : le Code civil propose une liste de « remèdes » à l'inexécution du contrat à travers une liste, d'ailleurs non exhaustive, de ceux-ci en les rassemblant en un ensemble cohérent, et d'ailleurs assez long, structuré et développé, intégrant la plupart des « sanctions » modernes, où le Code civil envisageait ces questions de manière disparate (de l'article 1142 à l'article 1184, perdu au milieu des conditions résolutoires) et incomplète. On pourra gloser sur la parfaite cohérence de l'ensemble qui laisse se mélanger des sanctions affectant le *contrat* comme la résolution ou

la réparation, et des sanctions n'affectant que des *obligations* comme la question disputée de l'exécution forcée, qui demeure celle des obligations.

Il reste que ce séisme emporte nombre de répliques à travers la réforme, considérable, des modes de résolution des difficultés liées à l'inexécution d'un contrat, réforme de la force majeure, de l'exception d'inexécution, de la résolution, de la réduction du prix, etc. On n'est très loin d'avoir fini de mesurer les conséquences jurisprudentielles futures de cette évolution.

SECTION 2 LA FORCE MAJEURE

Art. 1218 Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

222. Le très grand avantage de l'article 1218 du Code civil repose sur la détermination supplétive d'une part d'une définition de la force majeure ouvrant, un peu, moins à l'interprétation, dans un contexte jurisprudentiel particulièrement touffu, et de proposer des conséquences à la survenance d'un tel événement de force majeure, le tout, et ce n'est un mince exploit, en reprenant les solutions généralement admises en jurisprudence.

223. Une définition supplétive d'abord, ou plus exactement une description. On se souvient que la formule de l'ex-article 1148 du Code civil ouvrait toutes les possibilités d'interprétations, ce d'autant que celles-ci empruntaient à la force majeure telle qu'envisagée en droit de la responsabilité extracontractuelle. L'article 1218 précise d'ailleurs que la force majeure qu'il détermine vaut « *en matière contractuelle* », quand bien même la définition serait reprise en matière délictuelle. Sur le fondement de la version précédente, on admettait trois éléments l'irrésistibilité,

l'imprévisibilité, l'extériorité, à des degrés variables (caractère absolu ou relatif de l'appréciation de chacun de ces éléments) et d'ailleurs pas toujours rassemblés, notamment s'agissant du critère de l'extériorité, qu'on ne retrouvait plus dans les solutions de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n°07-17134, JCP, 2008, II, 10198, note P. Grosser, Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, Bull. ass. Plén., n°5, D. 2006, p. 1557, note P. Jourdain, JCP 2006, II, 10087, note P. Grosser, RDC 2006, p. 1207, obs. G. Viney) ce qui donnait le sentiment d'une fâcheuse incertitude, propice à une insécurité supposée, au gré des variations de l'interprétation des juges, du fond ou de la Cour de cassation.

224. De ce point de vue l'article 1218 offre une description supplétive : « *un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* », conception moderne de la force majeure.

L'irrésistibilité est saisie par ses anticipations, l'évitabilité (l'événement est irrésistible et empêche l'exécution d'un contrat, mais la question se pose de savoir si les conséquences, irrésistibles, de l'événement, pouvaient être évitées. Le caractère irrésistible de l'événement est en effet consubstantiel du caractère « *de force majeure* » de l'événement, il ne le caractérise pas, il le définit. Par exemple, la foudre, une tempête, etc. sont irrésistibles, sans aucun doute, autre étant la question de savoir si leurs conséquences pouvaient être évitées.

De même pour le caractère imprévisible : est imprévisible ce qu'on ne peut être prévu, or, la plupart des événements de force majeure sont prévisibles. Là encore, c'est le caractère « *raisonnablement prévisible* » qui importe, associé également à celui de l'évitabilité (Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, JCP 1994, éd. G, I, 3773, obs. G. Viney).

Et enfin pour le caractère *extérieur* de l'événement, transformé en événement « *qui échappe au contrôle du débiteur* » par exemple une grève non justifiée par une situation développée par le débiteur, et qui l'empêcherait d'exécuter un contrat (Cass. com. 12 nov. 1969, JCP 1970, II, 16791, note M. de Juglart et E. du Pontavice ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, D. 1998, p. 539, note D. Mazeaud, Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1993,

JCP 1993, II, 22154 note Ph. Waquet).

225. L'article 1218 ajoute également un autre point capital, celui des conséquences de la survenue d'un tel événement. Jusqu'à présent, la jurisprudence offrait une solution fondée sur la théorie des risques qui fait peser le risque d'inexécution sur le débiteur, sauf l'hypothèse du cas fortuit. Dès lors, une inexécution partielle et temporaire emporte plutôt une logique de suspension du contrat (*Cass. civ. 3^{ème}, 22 févr. 2006, D. 2006, p. 2978, note St. Beaugendre, RTD civ. 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2006, p. 1087, obs. Y.-M. Laithier*) tandis qu'une inexécution définitive justifierait sa résolution, mais l'ensemble demeurerait, finalement, peu assuré, et surtout offrait de nombreuses interrogations : la suspension affecte-t-elle l'ensemble des effets et obligations du contrat (quid des obligations de confidentialité ou de non concurrence, de l'écoulement du temps, d'une clause relative aux litiges, etc., qui supporte le coût de la résolution, qui peut la déclencher, etc.).

La solution, supplétive toujours, de l'article 1218, al. 2 du code civil présente alors l'avantage de couper court à des discussions vaines. L'empêchement temporaire emporte suspension du contrat, sauf si le retard justifie la résolution du contrat : l'empêchement définitif emporte la résolution de plein droit du contrat (à faire alors éventuellement constater en cas de difficulté, emportant alors discussion des caractères de la force majeure) avec application des règles des articles 1351 et 1351-1 du Code civil.

Daniel Mainguy

SECTION 3 L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

Sous-section 1 L'exception d'inexécution

Art. 1219 *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.*

Art. 1220 *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans*

| les meilleurs délais.

226. Non prévue dans le Code civil version 1804, moyen de défense tiré de l'analyse de l'ex-article 1184 du Code civil, parfois considéré comme une technique archaïque, voire une méthode de justice privée par l'usage d'un moyen de rétorsion, d'une prise d'otage contractuelle, l'exception d'inexécution fait une entrée remarquée, et plus importante que le droit positif antérieur dans les règles relatives au droit commun des contrats (Comp., C. civ., art. 1612, 1704, 1948, et V. Cf. J. Béguin, « Rapport sur l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », Trav. Ass. H. Cap. t. XVIII, 1966, p. 41).

227. La situation juridique tient compte d'un contrat dans lequel les parties sont obligées réciproquement, qu'il s'agisse de formes contractuelles simples, comme la vente, ou complexes comme les contrats d'affaires dans lesquels les effets et les obligations se déclinent dans le temps et sont, globalement réciproques. D'ailleurs l'article 1219 s'en tient, classiquement à une conception *obligationnelle* de l'exception d'inexécution : « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ». On est ici très proche de la considération traditionnelle, et disons-le, raisonnable, de l'institution : la mesure de rétorsion suppose la réciprocité. Toutefois, la Cour de cassation avait considéré que des contrats distincts, mais interdépendants, parce que relevant d'un ensemble contractuels, permettait son usage (Cf. Cass. com. 12 juill. 2005, JCP 2005, I, 194, obs. A. Constantin, RTD civ. 2006, p. 307, obs. J. Mestre et B. Fages). On aurait pu envisager une conception plus large : un contractant, un franchisé par exemple, peut-il refuser d'exécuter sa part d'obligation, alors que son cocontractant, le franchiseur n'a pas exécuté ses obligations à l'endroit de l'un ou de plusieurs *autres* franchisés ? On peut douter que l'arrêt de 2005 autorise cette interprétation.

228. L'article 1219 propose d'ailleurs des conditions assez classiques : celui qui excepte l'inexécution de l'autre partie doit établir l'existence d'une obligation exigible, celle d'une inexécution, et la gravité de cette dernière.

En revanche, l'exigibilité de l'obligation réciproque n'est qu'envisagée, eu égard à la formule de l'article 1220 qui instaure le principe, possible d'une exception d'inexécution par anticipation. Possible mais conditionnée : l'obligation qui est susceptible de n'être pas exécutée ne doit pas être une simple intuition. Ce n'est pas une simple suspicion, autorisation toutes les manœuvres. Il doit être « *manifeste* » que l'autre partie n'exécutera pas sa part d'obligation à l'échéance, alors que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle, de manière à « suspendre » l'exécution de sa propre part d'obligation (laquelle doit être notifiée, rapidement). Le mécanisme a pour origine l'article 9:201 des Principes pour un droit européen des contrats (d'ailleurs plus souple, imposant le seul caractère raisonnable de la croyance en l'inexécution à venir) : pas de simple suspicion, mais le caractère manifeste de l'inexécution à venir. Comment l'établir ? La répétition, l'insolvabilité, sans doute, plus que le sentiment.

Daniel Mainguy

SECTION 4 L'EXECUTION FORCEEE DES OBLIGATIONS DU CONTRAT

Sous-section 2 L'exécution forcée en nature

Art. 1221 *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.*

Art. 1222 *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.*

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.

229. Dans l'actuel Code civil (version 1804) la question de l'exécution forcée est évoquée dans l'article 1142, s'agissant de l'exécution forcée des *obligations* (complété par l'articles 1143 et

1144) et l'article 1184, al. 2 s'agissant de l'exécution forcée des *contrats*.

La différence est capitale : l'exécution forcée d'une obligation suppose qu'une telle obligation soit mal exécutée, tandis que l'exécution forcée d'un contrat concerne l'hypothèse de la poursuite d'un contrat après une résolution ou résiliation abusive par exemple (ou, avant 2106, la question des promesses unilatérales de contracter).

L'article 1221 ne concerne à cet égard que l'exécution forcée des obligations de faire, celle des obligations de ne pas faire étant envisagée par l'article 1222. La question de l'exécution forcée des contrats peut, en revanche, être rattachée aux effets de la résolution, dans l'article 1228.

230. Jusqu'en 2016, la question de l'exécution forcée des obligations de faire était ambiguë. L'exécution forcée est s'effectue en effet ou bien en nature, ou bien par équivalent. Or nombre d'auteurs considéraient que le principe de droit positif était celui d'une exécution forcée en nature et l'exception l'exécution forcée par équivalent. Le doute est cependant permis : la règle de l'article 1142 assurait que l'exécution forcée des obligations de faire s'effectuait en dommages et intérêts, par équivalent donc, sauf un certain nombre d'exceptions, lorsque l'exécution forcée n'impliquait pas la personne du débiteur.

C'est en effet une question essentielle : est-il possible, en droit français, d'imposer, par principe, une exécution forcée en nature, impliquant donc de contraindre un contractant à exécuter une obligation, outre l'inconvénient économique de la solution, marquée par exemple par la célèbre affaire *Whisler* (Cass. civ. 14 mars 1900, DP, 1900, 1, 497, note M. Planiol).

Or, l'article 1221 inverse le propos (à supposer que l'exécution forcée par équivalent ait bien été de principe avant 2016, *Comp. D. Mainguy, L'exécution forcée, in Réforme du droit des contrats, le débat, Droit et patr. Oct.2014, p. 60, Th. Génicon, Ibid, p. 63*), faisant de l'exécution forcée en nature le principe : « *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 ».

Il n'est pas certain que les choses soient, au final, considérablement changé. La première exception concerne en effet l'hypothèse de l'exécution forcée impossible, impossibilité matérielle par exemple (perte de la chose par exemple) et, sans doute, impossibilité « personnelle » ou « économique », comme dans toutes les hypothèses dans lesquelles l'exécution forcée implique la personne du débiteur, les obligations autres que celles de livrer une chose ou de payer notamment.

231. La seconde exception semble en revanche totalement novatrice (*Comp. Cependant PEDC, art. 9 : 102 où l'exécution en nature ne pouvait être obtenue lorsque le créancier « peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen »*) : « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Comment apprécier cette innovation, bouscule-t-elle les équilibres contractuels (*Comp. Th. Genicon, op. cit., p. 63*) ? On peut faire observer en premier que cette question relève principalement de l'appréciation des juges du fond et qu'elle suppose une disproportion « manifeste », c'est-à-dire exagérée, considérable entre deux éléments. La proportionnalité est en effet un outil de comparaison, ici entre le coût de l'exécution forcée en nature pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier. On songe par exemple à l'affaire dite des « cuves », s'agissant de l'obligation de restitution en nature des cuves mises à disposition par le fournisseur de produits pétroliers à l'exploitant d'une station service, en cas de rupture du contrat, où il avait fallu le renfort de l'analyse concurrentielle pour vaincre les réticences des juridictions traditionnelles pour imposer leur restitution par équivalent, précisément, en raisons de la disproportion de l'intérêt du créancier et le coût pour le débiteur (*Cf. Cass.com. 29 janv. 1985, Bull. civ. IV, n° 34, Cons. conc. 29 sept. 1987, Cah. dr. entr. 1987/6, note F. Pérochon ; D. 1988. Somm. 295, obs. Ch. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac ; Cass.com. 18 févr. 1992, JCP 1992. II. 21897, note M. Béhar-Touchais ; D. 1992. 57, note C. Hannoun ; D. 1992. Somm. 396, obs. D. Ferrier*).

On songe également aux hypothèses d'exécution forcée en nature

d'une obligation de réaliser un ouvrage et de l'exemple célèbre de la démolition reconstruction d'un édifice en raison d'une différence de 0,33 mètres par rapport aux stipulations contractuelles (*Cass.civ. 3^e*, 11 mai 2005, n° 03-21.136; *Bull. civ. III*, n° 103, mieux, ou pire, pour 0,5 centimètres : *Cass. civ. 3^e*, 20 mars 2002, n° 00-16.015, *D.* 2002, p. 2075, note C. Caron, p. 2507, obs. B. Mallet-Bricout; *RTD civ.* 2002, p. 333, obs. T. Revet, V. toutefois sur le fondement du caractère disproportionné de la sanction : *Cass. civ. 3^e*, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *D.* 2015. 2423, note C. Dubois; *RDI* 2016, p. 27, obs. D. Tomasin, *JCP* 2016, 51, note M. Behar-Touchais, *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. H. Barbier, p. 140, obs. P.-Y. Gautier) et qu'on aurait pu considérer comme disproportionnée, voire aberrante : demander l'exécution forcée en nature d'une obligation alors qu'il aboutit à une gêne et des coût sans rapport entre le coût pour le débiteur et l'intérêt du créancier ne relève-t-il d'ailleurs pas, typiquement, de la question de l'abus du droit de créance ?

232. L'article 1221, loin de se présenter comme une rupture, ou une régression, propose donc, au contraire, un fondement légal à des solutions rendues et, sans doute, un support, pris en termes d'analyse économique à mesurer avec des arguments d'analyse traditionnelle, ou morale, visant à assurer au juge, une plénitude d'options dans sa prise de décision. Par ailleurs, on peut considérer que l'exécution forcée d'une obligation en nature n'est pas une fin en soi, mais l'un des remèdes à la dispositions des contractants, parmi ceux offerts dans la palette présentée, notamment, par l'article 1217 du Code civil, la résolution par exemple.

Daniel Mainguy

SECTION 5 LA REDUCTION DU PRIX DU CONTRAT

Sous-section 3 La réduction du prix

Art. 1223 *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.*

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.

233. Connue du droit de la vente, en matière d'action estimatoire

de l'article 1644 du Code civil ou de l'article L. 211-10 du Code de la consommation, la possibilité pour le créancier insatisfait de demander, de manière générale, une réduction du prix est une autre innovation proposée par l'article 1223 dans l'ensemble des remèdes à l'inexécution. A bien des égards cependant, la possibilité existait de manière indirecte, par exemple par une demande de dommages et intérêts qui présente, sinon le même objet, du moins la même fonction, ou bien à travers la notion de réfaction du contrat, avatar d'une résolution rejetée du fait du caractère insuffisamment grave d'une inexécution demandée sur le fondement de l'ex-article 1184 du Code civil (Cf. P. Jourdain, « A la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », *Mélanges Ph. le Tourneau*, 2007, p. 449 ; C. Albigès, « le développement discret de la réfaction du contrat », *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, p. 3) ou encore s'agissant de la réduction des honoraires excessifs, qui se solde par une réduction du prix.

234. La solution de l'article 1223 propose alors une formule plus directe : en cas d'exécution insatisfaisante, le créancier peut accepter celle-ci et réduire le prix, à proportion. Le créancier doit alors notifier sa décision, s'il n'a pas encore payé (*Comp. PEDC, art. 9: 401* : « La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution aurait eue à ce moment. La partie qui est en droit de réduire le prix en vertu de l'alinéa précédent et qui a déjà payé une somme qui excède le prix réduit, peut obtenir du cocontractant le remboursement du surplus. La partie qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour diminution de valeur de la prestation; mais elle conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice qu'elle a souffert, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la section 5 du présent chapitre »). La simplification n'est qu'apparente cependant : ou bien le débiteur de l'obligation accepte la réduction du prix, ce qui est l'issue attendue de l'article 1223 et qui pourrait être efficace pour les contrats usuels, ou bien il la refuse, et s'engagera un débat judiciaire classique pour apprécier le caractère insatisfaisant de l'exécution et la valeur de la réduction « *sollicitée* » par le créancier.

Daniel Mainguy

SECTION 6 LA RESOLUTION DU CONTRAT

Sous-section 4 La résolution

Art. 1224 La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

Art. 1225 La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

Art. 1226 Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

Art. 1227 La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

Art. 1228 Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

Art. 1229 La résolution met fin au contrat.

La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer

l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Art. 1230 *La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.*

235. Sept articles pour proposer un régime de la résolution du contrat pour remplacer la formule de l'ex-article 1184 qui s'invitait dans la partie consacrée aux conditions résolutoires, la réforme est, de ce point de vue, formellement bienvenue. Tout est ici, changements.

Son appréciation appelle cependant un certain nombre de remarques sur le droit positif actuel de la question.

236. D'un point de vue terminologique, d'abord, la réforme choisit un terme unique, celui de « *résolution* », malgré la charge juridique que ce terme transporte (conception judiciaire du terme, effet rétroactif, préalable d'une inexécution grave, etc.), plutôt que le terme « *résiliation* », affecté à la question de la rupture ordinaire d'un contrat à durée indéterminée mais aussi aux « *clauses de résiliation* » lesquelles dépendent de circonstances variées liées ou non à l'exécution d'une obligation, ou le terme plus neutre de « *rupture* » du contrat.

237. D'un point de vue contractuel, les hypothèses de résolution sont listées par l'article 1224, l'application d'une « *clause résolutoire* », d'une « *notification* » en cas d'inexécution suffisamment grave, ou d'une décision de justice, inversant la logique qui prévalait avant 2016, et oubliant la résolution bilatérale, le *mutuus disensus* qui est un contrat, à l'envers en quelque sorte ou une cessation mutuelle et tacite des hostilités (à la supposer non critiquable : Cass. com. 1^{er} févr. 1994, Bull. civ. IV, n°44, RTD civ. 1994, p. 356, obs. J. Mestre).

La résolution judiciaire demeure, mais de manière résiduelle (C. civ., art. 1227) : ce sont surtout les hypothèses de résolution contractuelles et unilatérale qui importent désormais.

Sur le premier cas, la question rejoint la dimension terminologique du problème : une « *clause résolutoire* » était considérée comme emportant rupture automatique d'un contrat chaque fois qu'il résultait de manière non équivoque que la résolution était promise en cas d'inexécution d'une obligation bien définie, grâce à la formule « *de plein droit* ». A défaut il s'agissait d'une technique de résolution non automatique, soit retardée, comme dans les clauses résolutoires qu'on trouve dans les baux, soit dépendant de la volonté de la déclencher par le créancier : la clause résolutoire était alors une clause de résiliation.

C'est d'ailleurs en substance l'objet de l'article 1225. La clause résolutoire doit être expresse (Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1954, RTD civ. 1954, p. 666, obs. J. Carbonnier) et préciser les engagements dont l'inexécution emporte résolution, interdisant ainsi les clauses résolutoires générales (Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. civ. I, n°279, RTD civ. 1987, p. 313, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 févr. 1999, Bull. civ. III, n°54).

En outre, le mécanisme de droit commun semble s'inverser : la clause résolutoire type n'est plus la clause résolutoire de plein droit, mais celle des contrats de bail, précédée d'une mise en demeure (qui doit expressément viser la clause résolutoire, comme en matière de bail commercial (C. com., art. L. 145-41) infructueuse, sauf s'il a été convenue qu'elle s'effectuerait « *de plein droit* ». On peut penser que la jurisprudence sanctionnant l'usage abusif d'un mécanisme résolutoire se maintient (Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, Bull. civ. I, n°57, D. 1995, p. 389, note Ch. Jamin ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, Bull. civ. I, n°52, D. 2000, somm. 360, note D. Mazeaud, Cass. civ. 3^{ème}, 16 oct. 1973, Bull. civ. III, n°529).

238. Le deuxième mécanisme envisagé est le mécanisme dit de *résolution unilatérale* issu d'une part de la généralisation de nombreuses règles éparses (Cf. C. civ., art. 1657, 2004, C. com., art. L. 442-6, I, 5°, al. 2, CPI, art. L. 132-17, al. 2, CVIM, art. 49 et 64, L. 6 juill. 1989, art. 12, etc.) et d'autre part d'un arrêt de 1998 (Cass. civ.

1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n°300, D. 1999, p. 197, note Ch. Jamin, *somm.* p. 115, obs. Ph. Delebecque, Defrénois, 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. Mestre. Adde Ch. Atias, *Les «risques et périls» de l'exception d'inexécution (limites de la description normative)*, D. 2003, p. 1103, C. Lachière, *La rupture unilatérale pour comportement grave, évolution ou révolution?* JCP 2004. II. 10108) qui consacrait la règle du droit de rompre unilatéralement un contrat « à ses risques et périls » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr; 2001, Bull. civ. I, n°40, D. 2001, p. 1568, note Ch. Jamin, Defrénois 2001, p. 705, obs. E. Savaux, RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n°211, Defrénois 2004, p. 378, obs. R. Libchaber, RDC 2004, p. 273, obs. L. Aynès, p. 277, obs. D. Mazeaud, RLDC 2004/2, n°40, note E. Garaud, RTD civ. 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages (mais où la gravité du comportement n'était pas démontrée). Adde : Ch. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71 ; L. Aynès, Ph. Delebecque et Ph. Stoffel-Munck, in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dr. & patr. 2004, n° 126, p. 55).

L'article 1226 en reprend la substance : « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification ». Il ajoute toutefois que, sauf urgence, le créancier doit mettre préalablement en demeure le débiteur d'exécuter le contrat « dans un délai raisonnable ». Cette exigence de mise en demeure participe du mouvement de « procéduralisation » du contrat déjà envisagée : la mise en demeure s'impose par principe et doit mentionner qu'à défaut d'exécuter ses obligations le créancier y mettra fin par résolution. Enfin, la décision de notification doit être motivée. L'ajout est suffisamment important pour s'y arrêter : cette exigence, là encore prévue dans certaines règles du droit des contrats spéciaux (Comp. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », Mél. J. Ghestin, 2001, p. 301 ; « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », in *La motivation et le pouvoir contractuel*, RDC 2004, p. 573, X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », Trav. Ass. H. Capitant, *La motivation*, 2000, p. 73 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », Mél. M. Cabrillac, 1999, p.165). Les choses pourraient être plus subtiles. Ainsi l'article 1226 semble imposer deux notifications : l'une valant mise en demeure de d'exécuter

sauf risque de résolution, l'autre pour notifier la résolution, et les raisons qui la motivent. Que se passera-t-il, lorsqu'une seule notification de résolution sera adressée, ou lorsque deux notifications seront envoyées, mais sans les raisons qui motivent la résolution ? C'est à l'aune de la sévérité de la jurisprudence, et du respect d'une « procédure » il est vrai peu coutumière du droit des contrats, qu'on mesurera l'émergence, ou non, d'une telle « obligation de motivation ».

Bien entendu, enfin, le débiteur qui subit la rupture peut saisir le juge pour contester la résolution et le créancier établir la gravité de l'inexécution. Telle est la logique, ici, formalisée de la résolution unilatérale aux risques et périls de son auteur.

239. La principale difficulté ne réside cependant pas dans le mécanisme mais dans sa sanction. L'enjeu pratique et théorique est, là aussi, considérable. La question s'est toujours posée de savoir si la rupture d'un contrat, par exemple sa résolution, sans respecter les formes nécessaires pour y procéder (résolution non judiciaire avant 1998, résolution unilatérale mais injustifiée après 1998, etc.) était inefficace ou efficace et, en ce cas, si elle était fautive par principe ou non. L'arrêt de 1998, et l'article 1226 du Code civil, valident l'idée que la résolution unilatérale est efficace en ce sens que l'acte de résolution n'était pas nul et ce faisant à considérer comme inexistant, et que si elle est justifiée, elle n'est en outre pas fautive : l'inverse aurait permis de contraindre à l'exécution forcée en nature ou le maintien forcé en nature d'un contrat.

Il conviendra d'observer comment le non respect des formes de l'article 1226 sera sanctionné. La question relève de celle voisine, du « droit d'option » : peut-on considérer qu'un contractant dispose toujours de l'option entre l'exécution d'un contrat ou sa rupture, moyennant versement d'un dédommagement (*Comp. D. Mainguy, Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », art. cit., p. 60*) ou au contraire qu'un contractant dispose toujours d'un « droit à la prestation contractuelle » et d'un « droit au maintien forcée en nature du contrat (M.-E. Tian-Pancrazi, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM 1996, J. Mestre et B. Fages, *obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000*, RTD civ. 2001, p. 135 ; J. Mestre, « Rupture abusive et

maintien du contrat », RDC 2005, p. 99) ? C'est le même problème, en plus important, que celui de l'exécution forcée en nature des obligations.

Or, si, en la matière, le juge ne disposait d'aucun guide légal, l'article 1228 lui offre la possibilité de constater la résolution, mais également celle d'ordonner l'exécution du contrat, de manière contrainte donc, en accordant éventuellement un délai au débiteur ou d'allouer des dommages et intérêts. La solution est donc assez voisine de celle qui prévalait sous l'empire de l'ex-article 1184 du Code civil : reste à savoir si le juge continuera de considérer que l'exécution contrainte n'est pas possible : c'est-à-dire soit contraindre la conclusion d'un contrat, comme c'est vœu formé par la majorité de la doctrine à propos des promesses unilatérales de contracter et nous verrons comment l'article 1124 du Code civil sera interprété, soit contraindre le renouvellement d'un contrat, hypothèse voisine, soit contraindre le maintien forcé d'un contrat, l'ensemble malgré la volonté contraire (refus de conclure le contrat ou résolution d'un contrat) clairement exprimée par celui que l'on prétendrait ainsi contraindre.

Pour régler cette question, on peut se fonder sur les dispositions de l'article 1221. Certes, ce dernier concerne, comme l'ex-article 1142 qu'il remplace et retourne, l'exécution forcée des *obligations*, tandis qu'il s'agit d'envisager, ici, celle d'un *contrat*. Mais on peut sans peine envisager l'hypothèse de l'impossibilité d'une telle exécution forcée en nature du contrat, mais également celle du caractère disproportionné de l'exécution forcée en nature, comme limite à une telle demande.

Reste une question, qui est celle de la contradiction d'une telle demande avec une liberté fondamentale. L'hypothèse est si peu déraisonnable qu'elle est portée dans l'article 1263 de l'Avant-projet de loi sur la réforme de la responsabilité civile à propos de la réparation en nature, qui reprend d'ailleurs les critères de l'article 1221 : « elle [la réparation en nature] ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité, ou lorsqu'elle porterait atteinte à une liberté fondamentale ou entraînerait pour le responsable un coût manifestement déraisonnable au regard de son intérêt pour la victime ».

Or, l'article 1102 du Code civil pose la liberté contractuelle, décrite comme celle de contracter ou de ne pas contracter, choisir son contractant et d'en déterminer le contenu, comme un « principe », ou une « liberté fondamentale », à telle enseigne, d'ailleurs que, sans en faire une liberté de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel assure toutefois la veille des atteintes injustifiées à ce principe.

L'ensemble devrait conduire à considérer que l'exécution forcée en nature d'un contrat n'est pas possible chaque fois qu'elle heurte la liberté de ne pas contracter, ou ne plus contracter, consacrant ainsi l'hypothèse du droit, payant, d'option.

240. Ajoutons enfin que l'article 1229 organise les conséquences de la résolution du contrat, au-delà de sa rupture, notamment de sa date, celle prévue dans la clause résolutoire ou de la réception de la notification de la résolution unilatérale ou à la date fixée par le juge ce afin d'éviter les divergences jurisprudentielles constatées jusqu'à présent (*comp.* : *Cass.civ.* 3^e, 30 avr. 2003, n° 01-14890 *Bull. civ.* III, n° 87, *Cass.com.* 12 oct. 1993, n° 91-17621 *Bull. civ.* IV, n° 327, *Cass. civ.* 3^e, 13 mai 1998, *Bull. civ.* III, n° 98). De même, l'article 1229 al., 3 tente de régler la question de l'effet rétroactif de la résolution, de manière tout à la fois efficace, en se contentant d'évoquer les logiques de restitution (dans les conditions des articles 1352 s.) et non d'effet rétroactif, à la manière de l'annulation du contrat). D'ailleurs, l'article 1230 précise bien que la résolution n'affecte par les clauses relatives au litige, ni les clauses postcontractuelles, clauses de non-concurrence ou de confidentialité, citées d'ailleurs, ce qui est assez significatif. Elle est en même temps un peu lourde : « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation », ce qui revient, globalement, à la distinction entre les contrats à exécution instantanée, ou rapide, comme la vente, et les contrats à exécution successive.

SECTION 7 LA REPARATION DU FAIT DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

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

Art. 1231 *A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.*

Art. 1231-1 *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.*

Art. 1231-2 *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.*

Art. 1231-3 *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.*

Art. 1231-4 *Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.*

Art. 1231-5 *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

Art. 1231-6 Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire.

Art. 1231-7 En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

En cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa.

Avant Projet de loi de réforme de la responsabilité civile

Art. 1231 Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice dans les conditions prévues au sous-titre II.

Sous-Titre II la responsabilité civile

Chapitre 1^{er} Dispositions préliminaires

Art. 1232 Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. [Seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures.]

Art. 1233 En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des

dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

Toutefois, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat.

Art. 1234 *Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.*

(...)

Section 3 Dispositions propres à la responsabilité contractuelle

Art. 1250 *Toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre*

Art. 1251 *Sauf faute intentionnelle ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat*

Art. 1252 *La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution.*

(...)

Section 3 Les clauses pénales

Art. 1284 (actuel Art. 1231-5 du Code civil) *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non

écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

1. Le présent : changements et constantes

241. Les textes relatifs à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat demeurent quasiment inchangés, renumérotation mise à part. La sous-section 5 constitue ainsi une reprise à droit « *presque* » constant des articles 1146 et suivants du Code civil tels qu'ils existent depuis son entrée en vigueur (V. E. Savaux, *Les dommages et intérêts en cas de résolution du contrat : des principes à la casuistique*, RDC 2015, p. 92).

a. Les conditions de la réparation

242. Les articles 1231 et 1231-1 établissent les conditions de forme et de fond de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution. Ils reprennent respectivement les anciens articles 1146 et 1147 du Code civil en les simplifiant. La mise en demeure du débiteur reste ainsi un préalable nécessaire à toute action en réparation. Une exception est toutefois introduite : lorsque l'inexécution est définitive, la mise en demeure n'est pas exigée puisque la résolution est, dans cette hypothèse, de plein droit (V. *Rap. au Président de la République : JORF n° 35 du 11 février 2016, texte 25, V° Sous-Section 5, La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat*). La référence aux obligations de donner et de faire, pourtant présente dans le projet d'ordonnance, est supprimée ; de même que la référence aux modalités de la mise en demeure. La forme et le contenu de cette dernière sont cependant précisés dans les articles 1344 et suivants du Code civil. La réparation du préjudice demeure conditionnée à l'inexécution de l'obligation ou à un retard dans l'exécution, hormis dans l'hypothèse où l'exécution est « *empêchée par la force majeure* » (qui vient donc se substituer à la cause étrangère). La force majeure est d'ailleurs définie par l'article 1218, ce qui justifie que l'ancien article 1148 n'ait pas été repris (V. *Rap. au Président de la République, préc.*).

b. L'évaluation du préjudice

243. Les modalités d'évaluation du préjudice sont définies aux articles 1231-2 à 1231-4. L'article 1231-2, d'abord, est identique à l'ancien article 1149 et conserve la distinction traditionnelle entre perte subie et gain manqué.

244. L'ancien article 1150 se retrouve, ensuite, dans l'article 1231-3. L'indemnisation reste limitée au seul dommage prévisible lors de la conclusion du contrat, ou qui pouvait être prévu. Cette règle est cependant exclue, comme c'était déjà le cas dans l'article 1150, en cas de faute dolosive mais également, et c'est une nouveauté, en cas de faute lourde (*l'ajout de la faute lourde n'est pas surprenant dans la mesure où la jurisprudence considère qu'elle peut être assimilée à la faute dolosive* : Cass. req., 24 oct. 1932, DP 1932. I. 176. V. plus récemment, Cass. com., 04 mars 2008, Bull. civ. IV, n° 53, RDC 2008. 750, note Viney. – *Le projet d'ordonnance n'en faisait pourtant pas mention, ce qui avait été vivement critiqué par certains auteurs. V. notamment, S. Carval, Article 1231-3 : limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévu ou prévisible, RDC 2015, n° 3, p. 112*). Les notions de faute lourde et de faute dolosive ne sont toutefois pas définies. Il faudra donc certainement se reporter aux définitions jurisprudentielles. Les clauses élusives ou limitatives de responsabilité, par ailleurs, ne sont pas abordées de manière explicite (*Certains auteurs le regrettent. V. S. Carval, préc. ; G. Viney, Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité, JCP G 2016, n° 4, doct. 99. On regrette également qu'aucun texte spécifique ne leur ait été consacré. V. N. Dissaux et Ch. Jamin, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, Dalloz, p. 140*). La validité de principe de ces clauses peut néanmoins être déduite des articles 1217 et 1231-3 ; de même que leurs limites résultent des articles 1170 (*elles seront réputées non écrites si elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur*) et 1231-3 (*elles seront exclues lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive*).

245. L'indemnisation, enfin, reste limitée au préjudice direct et immédiat résultant de l'inexécution conformément à l'article 1231-4 (Ancien art. 1151), hormis dans les cas de faute lourde ou dolosive.

c. Le régime des clauses pénales

246. Les dispositions relatives aux clauses pénales des anciens articles 1152 et 1226 à 1233 sont synthétisées et regroupées dans le nouvel article 1231-5. Les anciens articles 1226 et 1229 alinéa 1^{er} qui définissaient les clauses pénales sont supprimés car ces dispositions sont « *apparues inutiles* » (V. *Rap. au Président de la République, préc.*). Ces dispositions manquaient, à l'évidence, de clarté. L'ancien article 1226 évoquait par exemple l'engagement du débiteur à « *quelque chose* » en cas d'inexécution. Ce « quelque chose » n'est autre, en vérité, que le paiement de dommages et intérêts et l'article 1231-5 est, en ce sens, beaucoup plus explicite. Les dispositions des anciens articles 1227, 1228 et 1229 alinéa 2 sont quant à elles supprimées parce qu'elles paraissaient « *évidentes* » (V. *Rap. au Président de la République, préc.*). On maintient, par ailleurs, la possibilité pour le juge de réviser la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire dans l'objectif de limiter les abus. Le troisième alinéa de l'article 1231-5, reprenant l'ancien article 1231, permet de tenir compte du préjudice effectivement subi par le créancier puisqu'il donne au juge la possibilité de diminuer la pénalité convenue dans les stipulations contractuelles « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* ». L'obligation de mise en demeure introduite dans le dernier alinéa, vient consacrer la jurisprudence en la matière (V. *notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 2012, n° 11-16.292*).

d. La réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent

247. Les dispositions relatives à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent sont traitées aux articles 1231-6 et 1231-7. L'article 1231-6, d'une part, reformule l'ancien article 1153. Le premier alinéa est simplifié. La référence aux « *règles particulières au commerce et cautionnement* » disparaît dans la mesure où, selon les termes du Rapport au Président de la République, l'ajout de l'article 1105 règle désormais les conflits entre les dispositions générales et les dispositions particulières. Le point de départ des intérêts moratoires (anciennement fixé au « *jour de la sommation de payer (...) ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante* ») est dorénavant la mise en demeure dont les modalités édictées à l'article 1344 ne sont pas sans rappeler

l'ancienne formulation du texte (hormis en cas de stipulations contractuelles contraires). L'article 1231-7, d'autre part, reproduit exactement l'ancien article 1153-1 du Code civil. Les dispositions des anciens articles 1154 et 1155 ne sont, en revanche, pas reprises dans l'Ordonnance.

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

248. En dépit de certains changements, les textes relatifs à l'indemnisation du préjudice consécutifs à l'inexécution du contrat restent donc, dans l'ensemble, similaires aux dispositions anciennes, « avec quelques ajustements formels » (*Rapp. au Président de la République, préc. ; V. également, sur la nature surtout formelle des modifications apportées, J.-S. Borghetti, Une réforme, un regret, RDC 2016, n°1*). La « réforme » n'est donc pas vraiment au rendez-vous alors même que la question des dommages et intérêts est essentielle dans la pratique et constitue le cœur d'une majorité de litiges.

249. Il faut cependant signaler que le dernier mot n'est pas dit, concernant la responsabilité contractuelle, avec l'ordonnance de 2016. Le rapport de présentation indiquait déjà qu'un projet de loi concernant non seulement la responsabilité extracontractuelle, mais également la responsabilité contractuelle, serait débattu devant le Parlement, « en raison des enjeux politiques et sociaux qui sont liés à ce problème de droit » (*V. Rap. au Président de la République, préc.*). La réforme du droit de la responsabilité est, certes, sensible et soulève des enjeux d'envergures. Ces enjeux ne manqueront pas d'alimenter les débats dans les mois à venir puisque le 29 avril dernier le Ministère de la justice a présenté un avant-projet de loi sur cette question. Bien qu'il ne soit pas l'objet de cette étude, il convient de s'attarder brièvement sur certains changements annoncés.

250. Les textes de l'Ordonnance relatifs à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution contractuelle, dont on s'étonnait qu'ils n'aient fait l'objet que de peu de modifications, sont abrogés dès les premières lignes de cet avant-projet au profit d'un nouvel article 1231 qui dispose : « *Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice dans les conditions*

prévues au sous-titre II [La responsabilité civile] ». Ce sous-titre II, précisément, énonce certaines dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle ainsi que des dispositions spécifiques à la matière contractuelle qui viennent répondre à certaines questions laissées en suspens par l'Ordonnance.

251. Le débat relatif à l'existence de la responsabilité contractuelle, d'abord, (V. Ph. Rémy, *Critique du système français de la responsabilité civile* : 1996/31, p. 31 s. ; Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept* : RTD civ. 1997, p. 323. Contra : Ch. Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle* : Mél. Pierre Catala, Litec, 2001, p. 543 s. ; P. Jourdain, *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle : Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, p. 65 s. ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 2003 : Bull. civ. III, n° 221 ; RDC 2004. 280, obs. Ph. Stoffel-Munck, dans lequel la Cour de cassation exige la démonstration d'un préjudice consécutif à la faute contractuelle), s'il semblait déjà clos à la lecture de l'Ordonnance (Notamment en raison de l'intitulé de la Sous-Section 5, assez explicite, « La réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle » ; de même que le texte de l'article 1217 qui évoque « la réparation des conséquences de l'inexécution ». V. en ce sens, N. Dissaux et Ch. Jamin, *préc.*, p. 138 s. ; J.-S. Borghetti, *préc.*) est tranché sans détours. L'article 1250 de l'Avant-Projet est ainsi rédigé « Toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ». Le créancier devra donc démontrer l'existence « d'un préjudice certain résultant d'un dommage » (Avant-Projet 1235) ainsi qu'un « lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage » (Avant-Projet, art. 1239) dans des conditions similaires à la responsabilité extracontractuelle. La définition du préjudice réparable et du lien de causalité sont en effet intégrées aux dispositions communes aux deux responsabilités.

252. Le principe de non cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle est, ensuite, réaffirmé (Avant-Projet, art. 1233, al. 1^{er}). Cependant, cette règle cède dans l'éventualité d'un dommage corporel qui fait l'objet d'un traitement particulier. Un tel dommage sera en effet « réparé sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat » (Avant-Projet, art. 1233, al. 2). Innovation majeure de l'avant-projet, ce traitement particulier souligne une

volonté de favoriser la réparation des atteintes corporelles. Cette faveur est, d'ailleurs, mise en exergue dans les dispositions concernant les clauses tendant à limiter ou à exclure la réparation. Ces dernières sont valables par principe (*Avant-Projet*, art. 1281 s.). Elles n'ont cependant pas d'effet dans l'éventualité où elles « contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite » ainsi qu'en cas de faute intentionnelle ou lourde du débiteur, mais surtout en cas de dommage corporel. Le texte est, sur ce point, limpide : « la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel ».

253. Par ailleurs, l'obligation pour le créancier de minimiser son dommage qui était, jusqu'à présent, exclue par la jurisprudence (V. Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003 : *Bull. civ. II*, n° 203 ; D. 2003. 2326, note J.-P. Chazal ; JCP 2004. I. 101, n° 9, obs. G. Viney), mais présente dans le droit positif français, notamment dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (Art. 77. – V. également, *Principes Unidroit*, art. 7.4.8. – *Principes européens du droit des contrats*, art. 9 : 305) est partiellement consacrée. Reprenant les propositions des projets de réforme antérieurs (V. *Avant-Projet Catala*, art. 1373. – V. surtout, *Projet Terré*, art. 121, al. 2), l'*Avant-Projet* instaure en effet la possibilité pour le juge, mais en matière contractuelle uniquement (ce qui exclut donc son application aux dommages corporels, relevant *a priori* exclusivement du domaine de la responsabilité extracontractuelle), de « réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard des ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice » (Art. 1263). Le texte se limite, en revanche, à une obligation de non aggravation quand les projets antérieurs imposaient au créancier des mesures « propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice » (*Projet Terré*, préc.).

254. L'*Avant-projet*, enfin, consacre la fonction punitive de la responsabilité civile en instaurant la possibilité pour le juge de condamner l'auteur d'un dommage qui « a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur » à une amende civile (*Avant-Projet*, art. 1266). L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit de la responsabilité était attendue (dans l'objectif, notamment, d'éviter les fautes lucratives. V. déjà, *Avant-Projet Catala*, art. 1371. – V. également sur cette question, S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de*

peine privée, préf. G. Viney, LGDJ, 1995 ; S. Piedelièvre, Les dommages et intérêts punitifs, une solution d'avenir ? : La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif, Colloque Chambéry : RCA 2001, n° 6 bis, p. 68 s).

Cependant, certains partis pris étonnent, à l'image notamment de la généralité du texte, qui n'est conditionné ni par la nature de la responsabilité, ni par la nature du dommage, ou encore de l'imprécision de la nature de la faute (*une « faute lourde » commise délibérément qui peut exister, notamment, quand elle a « généré un gain ou une économie pour son auteur » ; ce qui n'est pas sans rappeler la définition de la faute lucrative*). Ce texte risque donc de susciter la discussion tant la question reste polémique (*V. notamment sur le débat, Rap. d'information n° 558 (2008-2009) du Sénat du 15 juillet 2009 fait au nom de la Commission des lois par MM. A. Venziani et L. Béteille, relatif à la responsabilité civile, disp. sur le site du Sénat*).

255. L'« avenir » de la réparation du préjudice consécutif à l'inexécution du contrat va donc se jouer dans les mois à venir et la consultation publique, ouverte jusqu'au 31 juillet 2016, promet de palpitants débats.

Mathilde Cayot

DEUXIEME PARTIE LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE

256. Belles bagarres en perspectives ! Si l'ordonnance de 2016 reprend, à droit constant, les règles du Code civil dans sa version précédente, elles sont renumérotées, aux articles 1240 à 1245-17.

Or, les règles suivantes reprennent aux articles 1300 et suivants. Pour quelles raisons, alors que les règles relatives au régime et à la preuve sont tellement nombreuses que ses articles sont divisés selon la méthode moderne, adjoignant un tiret et un numéro ? Le suspens était maigre, car annoncé dans le rapport remis au Président de la République, et de courte durée, dans la mesure où le ministère de la Justice a dévoilé un avant projet de loi, pour l'instant soumis à consultation publique, en vue d'une discussion à l'Assemblée (sous quelle législature ?), pour faire le lien, les règles proposées par l'Avant-projet s'achevant à l'article 1299-4, pour faire le lien.

On peut penser que la réforme n'est pas pour tout de suite, et que son contenu sera modifié par la discussion parlementaire, faute d'avoir prévu une réforme par voie d'ordonnance dans le projet de simplification à l'origine de l'ordonnance de 2016.

Nous présenterons cependant le texte de l'avant-projet de loi à la suite des règles qui entreront en vigueur au 1^{er} octobre 2016.

Sous-titre II LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE

Chapitre Ier La responsabilité extracontractuelle en général

Art. 1240 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

Art. 1241 *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

Art. 1242 *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

Art. 1243 *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.*

Art. 1244 Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Chapitre II La responsabilité du fait des produits défectueux

Art. 1245 Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime.

Art. 1245-1 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne. Elles s'appliquent également à la réparation du dommage supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même.

Art. 1245-2 Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit.

Art. 1245-3 Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.

Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation.

Art. 1245-4 Un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement.

Un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation.

Art. 1245-5 Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante.

Est assimilée à un producteur pour l'application du présent chapitre toute personne agissant à titre professionnel :

1° Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ;

2° Qui importe un produit dans la Communauté européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution.

Ne sont pas considérées comme producteurs, au sens du présent chapitre, les personnes dont la responsabilité peut être recherchée sur le fondement des articles 1792 à 1792-6 et 1646-1.

Art. 1245-6 Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.

Le recours du fournisseur contre le producteur obéit aux mêmes règles que la demande émanant de la victime directe du défaut. Toutefois, il doit agir dans l'année suivant la date de sa citation en justice.

Art. 1245-7 En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables.

Art. 1245-8 Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage.

Art. 1245-9 Le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative.

Art. 1245-10 Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :

- 1° Qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;
- 2° Que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;
- 3° Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ;
- 4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;
- 5° Ou que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles

impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

Le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.

Art. 1245-11 *Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1245-10 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.*

Art. 1245-12 *La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable.*

Art. 1245-13 *La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage.*

Art. 1245-14 *Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites.*

Toutefois, pour les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée, les clauses stipulées entre professionnels sont valables.

Art. 1245-15 *Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent chapitre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice.*

Art. 1245-16 *L'action en réparation fondée sur les dispositions du présent chapitre se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur.*

Art. 1245-17 *Les dispositions du présent chapitre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité.*

Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond.

Avant Projet de loi de réforme de la responsabilité civile

Chapitre II les conditions de la responsabilité

Section 1 Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle

Sous-section 1 Le préjudice réparable

Art. 1235 Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif.

Art. 1236 Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel.

Art. 1237 Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

Art. 1238 Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.
Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

Sous-section 2 le lien de causalité

Art. 1239 La responsabilité suppose la démonstration d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage.
Le lien de causalité s'établit par tout moyen.

Art. 1240 Lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Section 2 Dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle

Sous-section 1 Le fait générateur de la responsabilité extracontractuelle

§ 1 La faute

Art. 1241 *Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé.*

Art. 1242 *Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.*

§ 2 Le fait des choses

Art. 1243 *On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde.*

Le fait de la chose est présumé dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement.

Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien.

Les dispositions du présent paragraphe sont applicable au fait des animaux.

§3 Les troubles anormaux de voisinage

Art. 1244 *Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, à l'origine d'un trouble de voisinage répond du dommage excédant les inconvénients normaux de voisinage.*

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble, à condition qu'elles ne contrarient pas les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique.

Sous-section 2. L'imputation du dommage causé par autrui

Art. 1245 *On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas*

et aux conditions posées par les articles 1246 à 1249.

Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

Art. 1246 *Sont responsables de plein droit du fait du mineur :*

- ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;*
- son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur ;*
- la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette hypothèse, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée.*

Art. 1247 *Est responsable de plein droit du fait du majeur placé sous sa surveillance la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent son mode de vie.*

Art. 1248 *Les autres personnes qui par contrat assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de la personne physique surveillée à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute.*

Art. 1249 *Le commettant est responsable de plein droit des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé.*

En cas de transfert du lien de préposition, cette responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert.

Le commettant ou le bénéficiaire du transfert n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.

Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions.

Section 3 Dispositions propres à la responsabilité contractuelle

Art. 1250 *Toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre*

Art. 1251 *Sauf faute intentionnelle ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat*

Art. 1252 *La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution.*

Chapitre III Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

Section 1 Les causes d'exonération

Art. 1253 *Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonératoires s'ils remplissent les caractères de la force majeure.*

En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences par des mesures appropriées.

En matière contractuelle, la force majeure est définie à l'article 1218.

Art. 1254 *Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonératoires lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage. En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle.*

Art. 1255 *La faute de la victime privée de discernement n'a pas d'effet exonératoire.*

Art. 1256 *La faute ou l'inexécution contractuelle opposable à la victime directe l'est également aux victimes d'un préjudice par ricochet.*

Section 2 Les causes d'exclusion de responsabilité

Art. 1257 *Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité pour faute lorsqu'il était prescrit par des dispositions législatives ou réglementaires, imposé par l'autorité légitime ou commandé par la nécessité de la légitime défense ou de la sauvegarde d'un intérêt supérieur.*

Ne donne pas non plus lieu à responsabilité le fait dommageable portant

atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a consenti.

Chapitre IV les effets de la responsabilité

Section 1 Principes

Art. 1258 Sous réserve de dispositions ou de clauses contraires, la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

Art. 1259 La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

Sous-section 1 La réparation en nature

Art. 1260 La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage.

Art. 1261 La réparation en nature ne peut être imposée à la victime. Elle ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité, ou lorsqu'elle porterait atteinte à une liberté fondamentale ou entraînerait pour le responsable un coût manifestement déraisonnable au regard de son intérêt pour la victime.

Sous les mêmes conditions, le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires.

Sous-section 2 Les dommages et intérêts

Art. 1262 Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

Chacun des chefs de préjudice allégués est évalué distinctement.

Art. 1263 *En matière contractuelle, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice.*

Art. 1264 *Sauf circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages et intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer des sommes allouées.*

Sous-section 3. L'incidence de la pluralité de responsables

Art. 1265 *Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime. Si elles ont toutes commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité de leurs fautes respectives. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent par parts égales. Si seules certaines d'entre elles ont commis une faute, elles supportent seules la charge définitive de la réparation.*

Sous-section 4. L'amende civile

Art. 1266 *Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.*

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

Section 2 Règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages

Sous-section 1. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel

Art. 1267 Les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le responsable.

Art. 1268 Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

Art. 1269 Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'Etat.

Art. 1270 Sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire.

Art. 1271 [Un décret en Conseil d'Etat fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué régulièrement en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions. A cette fin,] une base de données rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation.

Art. 1272 L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire.

Lorsqu'une rente a été allouée conventionnellement ou judiciairement en réparation de préjudices futurs, le créancier peut, si sa situation personnelle le justifie, demander que les arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant la table de conversion

visée à l'alinéa précédent.

Art. 1273 Les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par les tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable que dans les cas prévus par la loi.

Art. 1274 Seules les prestations énumérées ci-après versées à la victime d'un dommage corporel ouvrent droit à un recours contre la personne tenue à réparation ou son assureur :

1. Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale ;
2. Les prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques ;
3. Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation ;
4. Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage ;
5. Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et de la pêche maritime et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances ;
6. Les prestations prévues à l'article L.245-1 du code de l'action sociale et des familles.

Art. 1275 Les employeurs sont admis à poursuivre directement contre le responsable des dommages ou son assureur le remboursement des charges patronales afférentes aux rémunérations maintenues ou versées à la victime pendant la période d'indisponibilité de celle-ci. Ces dispositions sont applicables à l'État par dérogation aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 précitée.

Art. 1276 Les prestations donnant lieu à recours s'imputent poste par poste sur les seules indemnités dues par le responsable pour les chefs de préjudice pris en charge par le tiers payeur, à l'exclusion des préjudices extrapatrimoniaux.

Dans le cas où l'insolvabilité du responsable empêcherait l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci sera préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable.

La faute de la victime ne peut réduire son droit à indemnisation que sur

la part de son préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au reliquat de la dette mise à la charge du responsable.

Art. 1277 Hormis les prestations mentionnées aux articles 1274 et 1275, aucun versement effectué au profit d'une victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation du dommage ou son assureur.

Toutefois lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation dans la limite du solde subsistant après paiements aux tiers visés à l'article 1274. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.

Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1273 à 1276 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

Sous-section 2. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage matériel

Art. 1278 En cas d'atteinte à un bien corporel, l'indemnité sera de la plus faible des deux sommes représentant le coût de la remise en état et celui du remplacement du bien, sans qu'il soit tenu compte de sa vétusté. Lorsque le bien ne peut être ni remis en état, ni remplacé, l'indemnité sera de la valeur qu'aurait eue le bien au jour de la décision, dans son état antérieur au dommage.

Si, à la demande de la victime, le bien endommagé n'est pas remis au responsable dans son état actuel, sa valeur résiduelle sera déduite de l'indemnité.

Art. 1279 Le cas échéant, l'indemnité compense également la privation de jouissance du bien endommagé, les pertes d'exploitation ou tout autre préjudice.

Sous-section 3. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage environnemental

Sous-section 4. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent

Art. 1280 L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le

paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

Section 3 Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice

Sous-section 1. Contrats excluant ou limitant la réparation

Art. 1281 Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel.

Art. 1282 En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute.

Dans les régimes de responsabilité sans faute, le contrat n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait accepté de manière non équivoque.

Art. 1283 En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur, ou lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite. Elles n'ont pas non plus d'effet si la partie à laquelle elles sont opposées n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

Sous-section 2. Clauses pénales

Art. 1284 (actuel Art. 1231-5 du Code civil) Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que

L'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

Chapitre V les principaux régimes spéciaux de responsabilité

Section 1 le fait des véhicules terrestres à moteur

Art. 1285 *Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur répond de plein droit du dommage causé par un accident de la circulation dans lequel son véhicule, ou une remorque ou semi-remorque, est impliqué.*

Les dispositions de la présente section sont d'ordre public et sont seules applicables contre le conducteur ou le gardien d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation. Elles s'appliquent même lorsque la victime est transportée en vertu d'un contrat.

Art. 1286 *Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure. Elles n'ont pas droit à réparation sur le fondement de la présente section lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.*

Art. 1287 *En cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident.*

Toutefois, les victimes âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans ou, quel que soit leur âge, titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux de déficit fonctionnel permanent au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages corporels.

Art. 1288 *En cas de dommage matériel, la faute de la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation de ses préjudices lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.*

L'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute.

Toutefois, les dommages causés à des fournitures ou appareils délivrés sur prescription médicale sont indemnisés selon les règles applicables au dommage corporel.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages autres que corporels. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

Section 2 Le fait des produits défectueux

Art. 1289 Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime.

Art. 1290 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'un dommage corporel. Elles s'appliquent également à la réparation du préjudice supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même, à condition que ce bien soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et ait été utilisé par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privés.

Art. 1291 (C. civ. actuel Art. 1245-2)

Art. 1292 (Actuel Art. 1245-3)

Art. 1293 (Actuel Art. 1245-5)

Art. 1294 (Actuel Art. 1245-6)

Art. 1295 (Actuel Art. 1245-7)

Art. 1296 (Actuel Art. 1245-8)

Art. 1297 (Actuel Art. 1245-9)

Art. 1298 (Actuel Art. 1245-10)

Art. 1299 (Actuel Art. 1245-11)

Art. 1299-1 Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites.

Art. 1299-2 (Actuel Art. 1245-15)

Art. 1299-3 (Actuel Art. 1245-16)

Art. 1299-4 Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle.

Elles ne lui interdisent pas non plus d'invoquer les dispositions de la responsabilité extracontractuelle prévues par le présent chapitre, ou d'autres régimes spéciaux de responsabilité, dès lors que ceux-ci ont un fondement différent de la responsabilité prévue à la présente section.

Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond.

1. Le présent : changement et constantes (Ordonnance 2016)

257. La « suppression » de l'ancien article 1382 du Code civil, et sa renumérotation à l'article 1240 du Code civil est sans doute l'élément qui, sentimentalement a, avec l'explosion de l'ex-article 1134 et l'abandon de la cause, le plus « choqué » les observateurs.

La désignation de l'ensemble, comme les règles de la « responsabilité extracontractuelle », pourrait susciter des remarques. D'une part cela donne le sentiment que le contrat se présente comme l'ensemble des règles de principe, les « autres » situations étant désigné par référence au contrat. Le terme « délictuel » avait au moins cette valeur de ne pas présenter ses règles en concurrence avec celle du droit des contrats. A bien des égards en effet, les règles du droit des contrats sont l'exception des rapports d'obligation : avant le contrat, après le contrat, en dehors du contrat, tout est non contractuel, qui plus est dans la sphère des faits juridiques, dont les règles de la responsabilité civile, ex-délictuelle, forment un exemple abouti et complet.

Il n'est pas tout à fait certain, en outre qu'un cas de responsabilité, délictuelle ou extracontractuelle, comme on voudra soit une « source » d'obligations. Un fait dommageable en effet est une occasion, par le truchement d'un régime de responsabilité adéquat, et à le supposer efficace, de faire naître une obligation de réparation, mais ce n'est pas la faute dommageable qui crée cette obligation ; c'est la décision (de justice, d'exécution spontanée et anticipée ou transactionnelle) qui crée juridiquement cette

obligation. C'est plutôt la technique de réparation qui est source d'obligation, point le fait dommageable.

Enfin, la formule « responsabilité extracontractuelle » laisse entendre, au moins par symétrie, qu'il existe un régime de responsabilité contractuelle, dont les termes sont par ailleurs redéfinis par la réforme, alors que c'est une question qui en doctrine, et depuis que la « responsabilité contractuelle » a vu ses frontières s'étendre du côté de la réparation de dommages corporels, dans les accidents de transport notamment ou à travers le développement de l'obligation de sécurité, est l'objet d'un débat parfois vif (D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges G. Cornu*, 1994, p. 429, Ph. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* 1996/31, p. 31, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323) qui ne manquera pas, à cette occasion de resurgir.

258. L'ensemble qui ne change que par la numérotation (gare aux retardataires ou aux moins informés qui seront immanquablement repéré dès le 1^{er} octobre 2016) est appelé cependant à faire l'objet de modifications profondes, déjà entamée par le débat, au printemps 2016 sur l'insertion de règles relatives à la réparation du préjudice écologique, et répondant aux vœux de projets, comme l'avant projet de loi « Viney » (G. Viney (dir.), *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, RDC 2007, p. 3), cousin du projet Catala ou du « groupe de travail de la Cour de cassation », dit aussi « Projet Terré », de 2012 et disponible sur le site de la Cour de cassation (V. aussi F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011), modification annoncée d'ailleurs à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016 ; nous y sommes.

2. L'avenir : questions et difficultés d'application (Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile)

259. La nature même du texte, un avant-projet de loi, dans les circonstances institutionnelles du moment, à un an d'une élection présidentielle, d'une part, et eu égard aux modifications qui surgiront immanquablement d'un débat parlementaire, implique

de proposer des observations limitées et de simplement relever les grandes options du texte, tout en soulignant que, à supposer que l'avant-projet de loi devienne projet puis loi, celle-ci interviendrait nécessairement après le 1^{er} octobre 2016, engendrant alors son lot de difficultés en termes de dispositions transitoires.

260. On peut d'abord observer que le plan de l'Avant-projet répond au souci d'exhaustivité remarqué dans l'ordonnance de 2016 et qu'il reprend, en substance, les propositions de l'avant-projet Catala-Viney de 2005. La logique est sans doute de codifier des solutions jurisprudentielles acquises, encore que, bien souvent, des modifications substantielles et même des modifications touchant aux fondements mêmes du droit de la responsabilité, apparaissent, et donc que cette logique est plus subtilement de rendre accessibles des règles souvent complexes et, plus subtilement encore, de limiter le pouvoir d'interprétation-création de la Cour de cassation, gigantesque dans la version du Code civil de 1804, et qui semble, apparemment, plus limitée dans la version qui pourrait résulter de l'adoption de l'Avant-projet.

La structure de l'ensemble est par ailleurs particulièrement ciselée : des dispositions préliminaires, après un article 1231 introductif, et dont l'objectif est d'assurer une forme d'unité de la responsabilité civile, contractuelle ou non contractuelle (d'ailleurs les articles 1231 et suivants du Code civil actuel, insérés dans la partie consacrée aux règles relatives aux *contrats*, seraient abrogées, et l'article 1231 ferait ainsi le lien entre le Sous-Titre *er* et le suivant. On trouve ensuite un plan qui a les faveurs des spécialistes du droit de la responsabilité : les conditions de la responsabilité (Chapitre 2 avec des règles communes et des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle puis contractuelle), les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité (Chapitre 3), les effets de la responsabilité (Chapitre 4) et les principaux régimes spéciaux de responsabilité, dont le régime de la responsabilité du fait de accidents de la route, enfin intégrés au Code civil (Chapitre 5).

Au titre des principes, on trouve en premier la règle permettant au juge de prendre des mesures pour prévenir ou faire cesser le trouble illicite (art. 1232), et donc éventuellement en référé, particulièrement utile pour le traitement des troubles du voisinage,

par ailleurs consacrés et qui donc reviennent dans le giron du droit de la responsabilité (art. 1244) ou des actes de concurrence déloyale.

Ensuite est affirmé le principe du non cumul de la responsabilité civile extracontractuelle et contractuelle (art. 1233) mais également la question de la possibilité pour le tiers d'invoquer la faute contractuelle qui lui cause un dommage (art. 1234, à charge pour ce tiers de prouver que l'inexécution est la cause directe du dommage qu'il subit et qu'il prouve l'un des faits générateurs (faute, fait de la chose, etc.). Apparemment, il s'agirait d'un retour en arrière comparé à la solution de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 octobre 2006 (*Cass. ass. plén.* 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. ass. plén.* n°9, D. 2006, p. 2825, note G. Viney, JCP 2006, II, 10191, *av.* M. Gariazzo, note M. Billiau, JCP 2006, I, 115, n°4, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud, p. 279, S. Carval, p. 379, obs. J.-B. Seube et p. 537, *débats*. Adde : Ph. Brun, « *Feu la relativité de la faute contractuelle* », *RLDC*, janv. 2007, p. 5). Elle retenait que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » et on pourrait considérer que l'article 1234 revient sur cette règle, impliquant que le tiers puisse exercer une action en responsabilité délictuelle, mais plus simplement en prouvant que son dommage a été causé par un manquement contractuel. Lui faudra-t-il, comme avant l'arrêt de 2006, apporter, en outre, la preuve que ce manquement constitue de son point de vue, l'un des faits générateurs de responsabilité ou cette faute sera-t-elle considérée comme présumée ?

261. Enfin, la prise en compte des préjudices corporels (au-delà de la réparation de ceux-ci, cf. infra) fait l'objet d'un traitement nouveau : « le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat » (art. 1233, al.2). C'est un bouleversement séculaire des mécanismes de responsabilité, notamment de la responsabilité contractuelle et des innombrables inventions jurisprudentielles permettant d'associer une telle réparation à une inexécution contractuelle : obligation de sécurité, obligation d'information, obligation de sécurité associée à une stipulation pour autrui implicite, action directe, etc. Carbonnier

l'écrivait, « les tragédies et les jambes cassées sont en principe du domaine de la responsabilité délictuelle » l'ensemble à origine de divisions doctrinales majeures, (cf. *supra*, M. Cayot, sous art. 1231 et s.), opposant les tenants des mécanismes actuels, en tant qu'ils offrent un éventail complet d'actions à la victime et ceux qui considéraient que la notion même de « responsabilité » contractuelle n'existe pas, celle-ci n'ayant d'autre fonction que d'assurer une prestation ou, à défaut, son équivalent. Par ailleurs le préjudice corporel est en quelque sorte sanctuarisé dans la mesure où seule une faute lourde de la victime permet d'emporter une diminution de la réparation qui lui est due.

262. C'est donc un bouleversement complet des règles actuelles qui est proposé.

Au titre des innovations proposées, la plus flagrante est sans doute la vraie fausse instauration de dommages et intérêts punitifs, par l'institution d'une amende civile (Avant-projet, art. 1266). La mécanique est déjà connue par exemple dans l'article L. 442-6, III du Code de commerce, connue comme « l'action du ministre » permettant d'ajouter une amende civile aux réparations ordinaires prononcées par un juge : « (...) le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée (...) ». Le succès de cette action est d'autant plus considérable (D. Mainguy et M. Depincé, *Droit de la concurrence, Litec*, 2^e éd. 2015, n°195 s.) que les sommes obtenues sont versées au Trésor public, formule que l'article 1266 reprendrait à son compte.

Le mécanisme de l'article 1266 est différend, dans la mesure où il s'agit d'introduire une technique sanctionnant, de manière

subséquente à l'éventuelle sanction « ordinaire », une « *faute lourde* » notamment lorsqu'elle a généré un gain ou une économie pour son auteur. Est donc rapprochée la question des dommages et intérêts punitifs de celle de la faute lucrative.

D'un montant maximal de 2 millions d'euros en principe, elle peut être portée à 10 fois le montant du profit ou du gain réalisé par l'auteur des faits, et 10% du chiffre d'affaires si l'auteur de la faute est une personne morale, ce qui peut être considérable, même si l'expérience, par exemple tirée des sanctions prononcées en droit de la concurrence, montre que ces plafonds ne sont jamais atteints. On songe toutefois à l'impact de cette mesure, dans les domaines dans lesquels des dommages de masses peuvent être causés, dans le secteur des règles du droit de la consommation, de l'environnement ou du droit de la santé, voire du droit du travail.

On voit bien donc que le texte tente de proposer un mécanisme qui tente d'établir une distance équilibrée entre la sur-sanction de la faute lourde et le maintien du « principe » de réparation intégrale du préjudice. Or ce principe a pour effet de permettre la réparation de tout le préjudice subi, mais rien que le préjudice subi, dans la fiction d'une sorte de « nullité » de la faute et de l'effet réparateur de la responsabilité : il s'agit de compenser, en faisant « *comme si* » le fait à l'origine du préjudice n'avait pas eu lieu et de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant la commission des faits préjudiciables, quand bien même il s'agirait là d'une fiction, évidente lorsque les dommages sont corporels ou moraux. Il n'est donc pas question que la victime « s'enrichisse », grâce à une action en responsabilité. Le repoussoir est ici le modèle anglo-américain.

C'est en ce sens qu'il s'agit d'une « vraie-fausse » innovation. C'est une innovation, incontestable, dans la mesure où de très nombreuses fautes, ou faits générateurs de responsabilité ne sont pas sanctionnées à la hauteur du profit réalisé par leur auteur ; c'est d'ailleurs cette logique qui est, aussi, à l'origine des actions de groupe (D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français*, Lextenso, 2014). Mais c'est une « fausse » innovation, ou plus exactement un pas incomplet. Si un surprofit est réalisé qu'est-ce qui est le plus scandaleux, que ce surprofit soit conservé par l'auteur du

préjudice, avec toutes les conséquences morales et concurrentielles qui en résultent (il est plus profitable de violer la loi que de la respecter) ou que ce surprofit, en tout ou partie soit confisqué (le droit américain connaît une action, publique, dite de « disgorgement », au nom assez évocateur) et vaut-il mieux que ce surprofit soit donné à la victime ou à l'Etat ? Pour quelles raisons mystérieuses, l'Etat serait-il plus légitime à obtenir ce surprofit, sans que les règles de la procédure pénale soit par ailleurs respectées ? Il nous aurait semblé plus cohérent, avec les actions de groupe en progression par ailleurs (*D. Mainguy, L'élargissement des actions de groupe, RLDC, avr. 2016, n°136, 6180*), que ce surprofit soit laissé au demandeur, qui pourrait d'ailleurs être une association de victimes, quitte à aménager les conditions de l'utilisation de ces sommes, là encore sur le modèle des droits anglo-américain.

263. Autre nouveauté, celles de la responsabilité contractuelle, qui se fond dans le régime, global, de la responsabilité civile, et se soumet donc aux conditions de la responsabilité commune, dont la notion de « faute ».

Par ailleurs et par suite, outre la réécriture des règles du Code civil de la version 2016 (art. 1231 et s.), on peut observer le régime des clauses ou contrat limitatifs de responsabilité (art. 1281 s.), qui fait sans doute doublon avec la formule de l'article 1169, voire de contradiction : l'article 1281 affirme en effet un principe de validité de ces clauses, « *aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle* ». En revanche, en matière extracontractuelle, et c'est nouveau, ces clauses sont exclues en cas de faute à l'origine du préjudice. Elles ne sont donc valables que dans les régimes de responsabilité sans faute et encore, pour autant que celui qui s'en prévaut prouve que la victime l'avait accepté expressément. Ces clauses sont cependant nulles quand elles portent sur la réparation du préjudice corporel.

On retiendra également l'instauration d'une obligation de minimiser le dommage, mais étrangement limitée à la responsabilité contractuelle (art. 1263).

264. De manière plus marginal, les mécanismes de responsabilité du fait d'autrui sont distinguer des faits générateurs

ordinaires (faute, fait de la chose, troubles du voisinage), mais comme un mode d'imputation du dommage causé par autrui ; en effet, il s'agit bien d'un régime de responsabilité du *fait d'autrui*, ou plus exactement autrui, le responsable final, est désigné comme débiteur de l'obligation de réparer générée par le fait originaire d'une personne dont le premier doit répondre. On relèvera que les parents demeurent responsables, de plein, du fait de leurs enfants mineurs (restera à savoir, par exemple si le fait du mineur peut lui être imputé par ailleurs ou si la responsabilité des parents est exclusive), que les commettants le sont du fait de leur préposés tout en tentant de débrouiller l'imbricatio des « fonctions du préposé » (art. 1249) mais que la responsabilité, dite « générale » du fait d'autrui, celles des personnes chargées d'organiser ou de contrôler le mode de vie d'un mineur ou d'un majeur placé sous sa surveillance, est réduite par rapport à ce qui ressortait de l'arrêt *Blick* de 1991, lorsque la responsabilité est assumée, « par contrat, à titre professionnel », dans la mesure où la preuve de l'absence de faute peut alors être apportée. Seule demeure une responsabilité sans faute celle des personnes ainsi chargées par une décision judiciaire ou administrative : fin de la responsabilité de plein droit des associations sportives par exemple. Enfin, l'article 1255 consacre la règle selon laquelle l'absence de discernement de la victime n'a pas d'effet exonératoire.

265. On observa ici, sans s'y attarder, que les effets de la responsabilité sont particulièrement travaillés.

On y trouve d'ailleurs d'intéressantes dispositions sur la réparation en nature, « propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage » (art. 1260 s.), mais qui ne peut être imposée si elle est impossible, si elle emporte un coût déraisonnable, deux conditions que l'on retrouve dans l'article 1221, mais également lorsqu'elle porte atteinte à une liberté fondamentale. Or, voilà la justification, presque automatique, de l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature d'un *contrat* notamment lorsqu'il s'agit de le contraindre à conclure ou à renouveler un contrat, ou encore à maintenir les effets d'un contrat résolu (même fautivement). On y trouve également des précisions sur l'hypothèse d'une pluralité de responsables, et des jeux de « cascade » de responsabilité (art. 1265) et surtout des dispositions considérables sur la réparation du

dommage corporel, dont, et c'est une véritable révolution, la reconnaissance des « barèmes » d'indemnisation dont la prise en compte justifie une cassation sur le fondement de l'article 5 du Code civil, et qui, demain, pourrait faire l'objet d'une réglementation par décret, à la manière de la « nomenclature Dintillac » : fin d'une hypocrisie formelle donc. S'ajoutera, d'ailleurs, la question de réparation des préjudices résultant d'un dommage environnemental, actuellement en discussion dans le cadre du projet de loi sur la biodiversité et la discussion du « dispositif Erika » en ce sens.

266. S'agissant des règles relatives aux régimes spéciaux de responsabilité, et outre quelques modifications mineures du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, on notera que le régime d'indemnisation du fait des accidents de la circulation entrerait dans le Code civil, avec une homogénéisation de l'indemnisation des victimes ; fin du « sacrifice » des conducteurs et de leur dommage corporel, sauf faute inexcusable.

Daniel Mainguy

TROISIEME PARTIE

LES QUASI CONTRATS

Sous-titre III AUTRES SOURCES D'OBLIGATIONS

Art. 1300 *Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.*

Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié.

Chapitre Ier La gestion d'affaires

Art. 1301 *Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire.*

Art. 1301-1 *Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne raisonnable ; il doit poursuivre la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir.*

Le juge peut, selon les circonstances, modérer l'indemnité due au maître de l'affaire en raison des fautes ou de la négligence du gérant.

Art. 1301-2 *Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.*

Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion.

Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement.

Art. 1301-3 *La ratification de la gestion par le maître vaut mandat.*

Art. 1301-4 *L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires.*

Dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune.

Art. 1301-5 *Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié.*

Chapitre II Le paiement de l'indu

Art. 1302 *Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.*

La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

Art. 1302-1 *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.*

Art. 1302-2 *Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.*

La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur.

Art. 1302-3 *La restitution est soumise aux règles fixées aux articles 1352 à 1352-9.*

Elle peut être réduite si le paiement procède d'une faute.

Chapitre III L'enrichissement injustifié

Art. 1303 *En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de*

l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.

Art. 1303-1 *L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale.*

Art. 1303-2 *Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel.*

L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri.

Art. 1303-3 *L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription.*

Art. 1303-4 *L'appauvrissement constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs.*

1. Le présent : changements et constantes

267. Les quasi-contrats sont des « faits », mais « purement volontaires ». En cela, les dispositions du nouvel article 1300 du Code civil sont proches de la formulation précédente (article 1371). En cela elles pourraient sembler la stricte transcription de la loi et de la jurisprudence antérieures.

La définition est toutefois plus complète et à au moins deux titres. En premier lieu par l'adjonction de la proposition « dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit », ajoutant ici une note morale à la notion pour justifier le régime qui s'y applique. En second lieu parce que les quasi-contrats sont énumérés dès l'article préliminaire. On remarque alors ici un effort pédagogique qui, sans *a priori* modifier le fond, expose mieux le contenu de la notion. Pour autant, si le contenu de l'article semble plus explicite le choix tout d'abord de l'intitulé du sous-titre dans lequel il s'inscrit est plus discutable. Dans le Titre III du Code civil *Des sources*

d'obligations le lecteur trouvera un sous-titre I *le contrat* (qui expose les conditions d'existence du contrat), un sous-titre II *la responsabilité extracontractuelle* (comme pour mieux marquer l'obsolescence du concept de responsabilité délictuelle, mais sans que la nouvelle formule puisse emporter toutes les convictions, cf. supra) et un sous-titre III *autres sources d'obligations* mais qui ne traite pour sa part que des « quasi-contrats ». Le lecteur pourrait alors avoir trois interprétations de cette construction : considérer que le sous-titre invite à l'existence d'autres sources d'obligations (mais alors lesquelles car à ce jour elles n'y sont pas inscrites, la loi peut-être déjà visée comme source d'obligation au nouvel article 1100 ?) ou bien considérer que le quasi-contrat est la seule source d'obligation. Dans les deux hypothèses, la construction du plan n'est pas satisfaisante. La troisième hypothèse, qui ne sera pas confirmée par la lecture de tout un chacun mais ne pourra l'être que par celle qu'en fera le juge, serait que cet article 1300 serait un article introductif appelant à de nouveaux quasi-contrats, des quasi-contrats « *innommés* » suivant un régime similaire à celui des quasi-contrats nommés exposés dans les articles suivants : la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié. Leur régime s'en trouve-t-il modifié ?

2. L'avenir : questions et difficultés d'interprétation

a. La gestion d'affaires

268. Sans surprise, et sans doute également pour d'indiscutables raisons pratiques, la gestion d'affaires est maintenue dans le code civil réformé. Elle figure même comme le premier des quasi-contrats, une sorte de modèle. Elle a pour particularité de se rattacher non pas uniquement aux règles du contrat mais plus précisément à celles du mandat dont elle semble être un ersatz et qui peut devenir un véritable mandat dans l'hypothèse d'une ratification postérieure des actes du gérant par le maître (art. 1301-3 nouveau), solution qui n'a pas évolué avec la présente réforme. Les actes de gestion en question, réalisés sans que le maître en soit informé alors qu'il est lui-même dans l'impossibilité d'agir (c'est l'interprétation à retenir de l'article 1301-1), peuvent être de nature juridique ou matérielle.

Dans son régime, la gestion d'affaire impose des obligations à la charge du gérant et du maître de l'affaire. Comme auparavant le gérant est tenu d'apporter des soins consciencieux à la gestion de l'affaire. Au standard du « *bon père de famille* » succède évidemment ici celui de « *l'individu raisonnable* » sans qu'aucune décision n'ait à ce jour permis de voir une différence entre les deux notions. Celui qui s'engage pour autrui dans cette hypothèse ne peut, *a priori*, s'y soustraire avant que le maître de l'affaire ne soit à nouveau en mesure d'y veiller lui-même.

Pour sa part, le maître de l'affaire doit lui indemniser le gérant de ses actions, pourvu qu'elles aient été « *utiles* » et « *dans son intérêt* » comme en dispose l'article 1301-2 nouveau alors que l'ancien régime visait les actions « *utiles* » et « *nécessaire* ». La nuance peut paraître sans importance, une interprétation plus audacieuse par la jurisprudence pourrait voir dans la notion d'intérêt un sens plus large que celui de nécessité et élargir les hypothèses de remboursement du gérant, à l'exclusion bien évidemment de toute rémunération.

Le nouveau régime innove dans le dernier alinéa de l'article 1301-5. La nouveauté est ceci étant dit probablement plus de nature pédagogique que substantielle : « *si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié* » (art. 1301-5). À bien y réfléchir pourtant, la loi nouvelle ne formule ici toutefois rien d'autre que l'idée selon laquelle le défaut d'applicabilité d'un premier régime n'exclue pas l'application d'un second si ses conditions de mise en œuvre sont satisfaites.

Dernière question en suspens, celle de la répartition éventuelle des charges entre le gérant et le maître : si l'article 1301-4 nouveau dispose que « *l'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires* », il restera à la jurisprudence à fixer les critères de distinction pécuniaire des intérêts des deux personnes.

b. Le paiement de l'indu

269. L'article 1302 nouveau du Code civil disposera à compter de son entrée en vigueur que « *tout paiement suppose une dette ; ce qui a été fourni sans être dû est sujet à répétition* » et l'article 1302-1 que « *celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* ». La formulation est identique à celle du bientôt ancien article 1376 et très proche de l'article 1377 disposant que « *lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier* ». Les deux causes de paiement de l'indu, objective (il n'y avait aucune dette mais une personne pensait l'inverse) ou subjective (une personne se croyait tenue alors que c'était une autre qui était liée, ou une personne reçoit par erreur en lieu et place d'une autre) sont maintenues. Le régime maintient un mécanisme de compensation : ce qui a été injustement versé doit être rendu, ni plus ni moins.

Si cette restitution demeure mécanique dans les textes, vient-elle alors empêcher la restitution dans l'hypothèse d'une négligence du débiteur qui verse à la mauvaise personne (*solution affirmée par un arrêt ancien de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Cass. com., 23 avril 1976, n° 75-11.339 avant que la chambre sociale ne se prononce en sens contraire, Cass. soc., 17 février 2010, n° 08-19.789*) ? Ici la loi nouvelle ne distingue pas plus que la précédente et il s'agit sans doute d'un argument en faveur de la solution retenue par la chambre sociale.

On remarquera enfin un complément utile au regard de la précédente rédaction des textes : l'article 1302-2 nouveau qui rappelle, de bon sens, que « *la restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur* », instituant alors une sorte de subrogation en cas de paiement indu au bénéfice de celui qui a payé contre celui qui aurait dû payer et qui s'ajoute aux droits contre le payé. Fallait-il pour autant ajouter à l'hypothèse de l'erreur, qui est la justification de ce mécanisme, celle de la contrainte, toute différente, et qui aurait pu justifier un régime distinct ? Car l'auteur de la contrainte, qui n'est pas identifié dans cet article, commet incontestablement une faute civile, qui pourrait

justifier un régime distinct et bien plus lourd qu'une simple répétition.

Si l'on se trouve dans une situation de contrainte, surtout économique, on rappellera également les dispositions de l'article L. 442-6, III du Code de commerce qui dispose que « *lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu* ». Le Ministre agit alors de manière autonome, sans avoir au préalable à prévenir ou impliquer les victimes qui, à l'aboutissement de l'action, se verront en cas de succès de celle-ci reverser l'indu (Cass. com., 8 juill. 2008, nos 07-16.761 et 07-13.350 : JCP 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy).

c. L'enrichissement sans cause

270. L'« *enrichissement sans cause* » devient l'« *enrichissement injustifié* ». Car à faire disparaître la cause, il fallait bien lui trouver un substitut. À cette cause est donc ici préféré le concept de justification, plus objectif. Le droit positif s'en trouvera-t-il modifié ? Cette création jurisprudentielle qu'est la répétition de l'indu (Req., 15 juin 1892, S. 1893, 1, 281 Patureau) demeure. Subsidaire à l'existence de toute autre action (y compris lorsque celle-ci est prescrite, art. 1303 et 1303-3), toujours subordonnée à un enrichissement (art. 1303 ; notion qui n'est pas définie dans le texte), corrélatif à un appauvrissement du demandeur à l'action (art. 1303, sans définition non plus, mais y est posée la condition supplémentaire que cet appauvrissement n'ait aucun intérêt pour le demandeur) et sans qu'aucune justification puisse être trouvée à celui-ci.

Le texte nouveau apporte cependant des innovations *a contrario* du régime mis en place par la jurisprudence. L'article 1303-4 impose une évaluation de l'enrichissement qui doit être restitué ou de l'appauvrissement qui doit être compensé au jour du jugement (ce qui peut amener à des solutions très variables, surtout si l'instance vient à se prolonger). Dans l'hypothèse d'une mauvaise foi du défendeur (celui qui s'est enrichi), c'est la plus forte des deux valeurs, appauvrissement ou enrichissement, qui devra être

retenue, il est ici institué une sanction punitive mais aléatoire. Rien n'est précisé en revanche si la mauvaise foi ne peut être établie. Dans l'hypothèse d'une faute de l'appauvri, le juge peut en revanche et à proportion, diminuer l'indemnisation (art. 1303-2). Sont alors instituées ici des nuances particulières qui ne se retrouvent pas dans les autres situations de quasi-contrats, plaçant peut-être l'enrichissement sans cause dans un régime particulier plus complexe et plus subjectif échappant à une mise en œuvre d'une compensation strictement mécanique.

d. Les « quasi-contrats innommés »

271. À côté des quasi-contrats ci-dessus exposés et expressément prévus par l'ordonnance, la jurisprudence sera-t-elle amenée à découvrir ou inventer de nouveaux « *faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui* » ? Il est important de rappeler que la jurisprudence a déjà reconnu, par le passé, de tels quasi-contrats innommés, en dehors des dispositions exprès du Code, comme les loteries publicitaires trompeuses (*Cass. ch. mixte*, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, note D. Mazeaud) ou la tentative d'instauration d'une indemnité de clientèle au profit du franchisé évincé de son réseau (*Cass. com.*, 9 octobre 2007, n° 05-14.118, JCP 2007, II, note N. Dissaux). Une seconde tentative toutefois avortée puisque la même chambre est revenue sur sa position par un arrêt postérieur (*Cass. com.*, 23 octobre 2012, n° 11-21.978 et 11-25.175, D. 2012, 2862, note N. Dissaux) justifiant alors ce revirement par l'existence d'une cause à l'appauvrissement. La première solution pourrait cependant renaître de ses cendres alors que la notion d'enrichissement sans cause devient celle d'un enrichissement injustifié.

Malo Depincé

QUATRIEME PARTIE

LE REGIME DES OBLIGATIONS

272. Le régime général des obligations fait l'objet, désormais, d'un titre séparé, le Titre IV bis du Livre III du Code civil, pour envisager l'ensemble des règles qui intéressent l'obligation elle-même, son régime, son paiement, son extinction. L'intérêt est propre à l'obligation elle-même, quelle qu'elle soit, comme c'est le cas des dispositions intéressant les conditions ou le terme, dispositions, qui d'ailleurs, intéressent tout à aussi les obligations, obligations conditionnelles ou à terme, que les contrats. Ce que l'on désigne comme le régime des obligations est surtout l'occasion d'envisager tout une série d'opérations juridiques, ou de modalités, qui considère l'obligation, l'obligation de paiement le plus souvent et notamment celle affectée d'un terme, comme détachée du contrat qui en est le support, et la considérer comme une valeur : le régime des obligations intéresse alors les opérations bancaires, mais encore des règles particulières comme le droit des assurances ou des procédures collectives. Il est assez heureux, sur un plan méthodologique, que le Code civil ait choisi de dissocier ces règles de celles du droit des contrats ou de droit de la responsabilité tant

ses fonctions, qui peuvent être voisines, en sont, pour ces raisons, parfois très éloignées

TITRE 1 LES MODALITES DE L'OBLIGATION

CHAPITRE 1 LES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES ET A TERME

SECTION 1 LES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

Titre IV DU RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS

Chapitre Ier Les modalités de l'obligation

Section 1 L'obligation conditionnelle

Art. 1304 L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.

La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.

Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.

Art. 1304-1 La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle.

Art. 1304-2 Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.

Art. 1304-3 La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.

La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt.

Art. 1304-4 Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie.

Art. 1304-5 Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.

Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie.

Art. 1304-6 *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.*

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

Art. 1304-7 *L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.*

La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat.

1. Le présent : changements et constantes

273. Le régime de l'obligation débute avec une première série de dispositions relatives à l'obligation conditionnelle (*pour une critique du rattachement de la condition au régime de l'obligation : M. Latina, Les clauses relatives aux conditions suspensives et résolutoires : JCP N éd. 2016, 1114*). L'article 1304, premier des textes consacrés aux obligations conditionnelles, livre la notion de condition. En substance, la condition est envisagée sans surprise comme un événement futur et incertain. De manière tout aussi classique, l'idée selon laquelle la condition affecte l'existence même de l'obligation est consacrée : ainsi, alors que la condition suspensive suspend l'existence de l'obligation, la condition résolutoire entraîne son anéantissement. Les dispositions subséquentes s'attachent ensuite à l'organisation du régime de la condition, tant du point de vue de sa validité que de ses effets.

274. S'agissant de la validité de la stipulation d'une condition, plusieurs exigences sont requises par les articles 1304-1 et 1304-2 sous peine de nullité de l'obligation. La première exigence est celle

de la licéité de la condition. Sur ce point, les solutions du droit antérieur sont reconduites, spécialement s'agissant de la portée de la sanction de la condition illicite : la nullité affecte seulement l'obligation en cause et non le contrat dans son ensemble. La seconde exigence, prévue à l'article 1304-2 envisage, mais sans la nommer en tant que telle, la notion et la sanction de la condition purement potestative. Sur ce point, il faut rappeler que l'on distingue classiquement trois types de conditions (*anciens articles 1169 à 1174 du Code civil*). D'abord, la condition casuelle, qui porte sur un événement totalement indépendant de la volonté des parties. Ensuite, la condition simplement potestative ou condition mixte, dont la réalisation dépend à la fois d'un événement extérieur et de la volonté de l'une des parties. Enfin, la condition purement potestative (*ancien article 1174 du Code civil*), ici spécialement visée et définie comme celle dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Une telle condition purement potestative affecte la validité de l'obligation. La sanction d'une telle condition est fondée à la fois sur le fait qu'il ne peut pas véritablement y avoir de consentement et sur un argument plus moral selon lequel l'existence d'une obligation ne peut dépendre de la volonté d'une seule des parties. On observe en outre que la sanction de la stipulation d'une condition purement potestative est strictement limitée à la nullité de l'obligation. L'apport du texte est toutefois ici de prévoir une hypothèse exceptionnelle dans laquelle la nullité de la condition purement potestative ne peut être invoquée. Ainsi, si l'obligation a été exécutée en connaissance de cause, celle-ci sera valable. À y regarder de plus près, la situation visée est celle dans laquelle le débiteur de l'obligation conditionnelle décide de s'exécuter : ce dernier ne pourra pas *a posteriori* demander la nullité de l'obligation, ce qui semble pleinement justifié.

275. S'agissant des effets de la condition, les dispositions consacrent en premier lieu l'idée selon laquelle la volonté du débiteur peut affecter l'obligation conditionnelle. Plus précisément, l'obligation conditionnelle est susceptible de devenir pure et simple en présence de deux situations : celle de la déchéance de la condition et celle de la renonciation à la condition prévues respectivement aux articles 1304-3 et 1304-4. La déchéance de la condition, qui était envisagée à l'ancien article 1178 pour la condition suspensive, est la sanction du comportement de celui qui

a intérêt à la stipulation de la condition et qui empêcherait sa réalisation. Ce mécanisme permet de contrôler *a posteriori* des conditions stipulées valables en raison du comportement déloyal de celui dans l'intérêt duquel elle est stipulée ; la sanction sera alors de la perte du bénéfice de la condition. Plus explicitement, en présence d'une condition suspensive, celle-ci est réputée accomplie. Procédant de la même idée, celle-ci est réputée défaillie en présence d'une condition résolutoire. Autrement dit, dans les deux cas, l'obligation devient pure et simple et le bénéfice de la condition est perdu en raison de la déloyauté de celui au profit duquel la condition avait été stipulée. Cette sanction, qui était sous l'empire des textes antérieurs prévue à l'article 1178 pour la condition suspensive, est ici consacrée étendue à la condition résolutoire conformément d'ailleurs aux solutions jurisprudentielles antérieures (*en ce sens, pour un maintien du contrat en présence d'une condition résolutoire : Cass. civ 1^{er}, 16 oct. 2001 : JCP 2002, I, 134, note J. Rochfeld*). Est ensuite prévu à l'article suivant le régime de la renonciation de la condition. Cette solution nouvelle, s'inspire directement du régime existant à propos de la renonciation au terme. L'article 1304-4 du Code civil consacre l'idée selon laquelle la renonciation à la condition peut émaner de la volonté de celui au profit exclusif duquel la condition a été stipulée. En revanche, il faut comprendre *a contrario* que la renonciation suppose l'accord des parties lorsqu'il ne s'agit pas d'une condition stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une d'elle. Même si le texte ne l'indique pas explicitement, la renonciation à la condition transforme l'obligation conditionnelle en une obligation pure et simple.

276. En deuxième lieu, les dispositions nouvelles organisent les effets produits par la stipulation de la condition avant sa réalisation. *Pendente conditione*. Est spécialement organisé le régime de la condition suspensive, conformément aux solutions antérieures. Partant de l'idée que l'obligation n'existe pas encore, aucun paiement ne peut être réalisé ; un tel paiement donnerait lieu s'il intervenait, à une action en répétition. Pour autant, dans un même temps, le créancier est néanmoins titulaire d'un droit conditionnel. C'est pourquoi le débiteur doit s'abstenir d'accomplir des actes qui empêcheraient la bonne exécution de son obligation. Par ailleurs, le créancier peut accomplir des actes conservatoires et

pourrait contester des actes accomplis en fraude de ses droits sur le fondement de l'action paulienne. L'on peut relever que les effets *pendente conditione* de la condition résolutoire ne sont pas envisagés ; ceci est néanmoins peu surprenant, tant que la condition résolutoire n'est pas réalisée, l'obligation est pure et simple. L'obligation doit donc être exécutée sans aucune spécificité de régime.

277. Enfin et en dernier lieu, sont envisagée les effets lors de la réalisation de la condition. C'est sur ce point que les solutions nouvelles sont les plus novatrices, spécialement à propos de la condition suspensive. Pour comprendre, il faut rappeler que pour l'heure, en application de l'ex-article 1179 du Code civil, la réalisation de la condition suspensive fait naître rétroactivement l'obligation. Cette solution présente notamment l'avantage de consolider les actes ayant pu être accomplis *pendente conditione* (*conclusion d'un bail par exemple ou d'une hypothèque par le débiteur avant la réalisation de la condition*). Cette rétroactivité de la naissance de l'obligation est exceptionnellement neutralisée pour le transfert des risques à l'ex-article 1182 du Code civil et peut être plus largement écartée par une volonté contraire des parties. Une toute autre solution est consacrée au nouvel article 1304-6 : par principe, la réalisation de la condition produit des effets uniquement pour l'avenir. La rétroactivité peut toutefois être préférée par une stipulation particulière en ce sens dans le contrat, mais en pareille hypothèse, le transfert des risques n'entre pas dans le domaine de la rétroactivité. Le principe inverse est donc consacré : en l'absence de stipulation expresse, la réalisation de la condition suspensive ne produit des effets que pour l'avenir. En revanche, la rétroactivité de la condition est une solution maintenue pour la réalisation de la condition résolutoire. Selon le nouvel article 1304-7, sauf clause contraire, la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation. Le texte exclut le jeu de la rétroactivité pour les actes conservatoires et d'administration et lorsque « *les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat* ».

2. Le futur : questions et difficultés

278. L'élément le plus remarquable dans la rédaction nouvelle porte sur l'exclusion de la rétroactivité de la condition suspensive. L'on peut d'abord s'étonner d'une telle solution, applicable seulement pour la condition suspensive, créant de la sorte une dualité de régime injustifiée entre condition suspensive et résolutoire. Au delà de cette observation d'ordre théorique, l'on ne qu'être dubitatif sur l'opportunité d'un tel abandon de la rétroactivité. A l'avenir, cette rétroactivité risque d'être souvent voire systématiquement ressuscitée par une stipulation contractuelle. Au delà encore, bon nombre de difficultés pratiques risquent de naître. Ainsi en est-il de la pérennité de certains mécanismes tels que par exemple de la clause de tontine, qui repose sur la stipulation croisée d'une double condition, l'une suspensive (la survie), l'autre résolutoire (le prédécès). L'efficacité de la transmission résulte de la tontine reposait sur le caractère doublement rétroactif des conditions : la rétroactivité permettait de considérer qu'au décès du premier des propriétaires, l'autre était réputé avoir toujours été propriétaire unique du bien. Pour que la tontine conserve son intérêt, la stipulation de la rétroactivité de la condition suspensive devra être prévue par les parties. Indépendamment de la tontine, l'on peut plus largement s'interroger sur l'efficacité d'une clause de rétroactivité en présence d'un mécanisme légal prévoyant le jeu de la condition suspensive, comme tel est le cas notamment en matière de crédit immobilier à la consommation. La suppression de la rétroactivité semble susciter d'importants inconvénients, alors que l'on cherche encore sa justification comme ses avantages.

279. Outre l'exclusion de la rétroactivité de la condition suspensive, l'on peut regretter quelques imprécisions voire lacunes résultant des textes nouveaux. Ainsi notamment, ces derniers ne font aucune référence à l'ensemble des exigences se rapportant à la condition, envisagées uniquement du point de vue de l'illicéité et de la potestativité. Pour le reste, les textes sont silencieux. Ainsi, en est-il de l'exigence du caractère possible de la condition est passée. De même encore, il est regrettable que le texte nouveau ne prenne pas parti sur la question de savoir si la condition peut porter ou non sur un élément essentiel du contrat (*voir récemment, en faveur de la nullité de la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel du contrat : Cass. civ. 1^{er}, 22 oct. 2005, n°14-20096*). Enfin,

s'agissant de la sanction de la condition illicite, il eut été probablement éclairant de consacrer la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat doit être annulé dans son ensemble si la condition était la cause impulsive et déterminante du contrat.

Cécile Lisanti

SECTION 2 LES OBLIGATIONS A TERME

Section 2L'obligation à terme

Art. 1305 L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine.

Art. 1305-1 Le terme peut être exprès ou tacite.
A défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties.

Art. 1305-2 Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.

Art. 1305-3. - Le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties.
La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre.

Art. 1305-4 Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation.

Art. 1305-5 La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires.

1. Le présent : changements et constantes

280. Les articles 1305 à 1305-5 se rapportent à l'obligation à terme. L'on doit toutefois observer à titre liminaire que seul le terme suspensif est envisagé dans cette sous-section relative à l'obligation à terme. Le terme extinctif est traité dans les dispositions se

rapportant à la durée du contrat, à savoir les articles 1210 et suivants.

281. S'agissant de la notion, le terme suspensif est défini à l'article 1305 comme un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité de l'obligation. Classiquement, le terme suspensif se distingue à double égard de la condition. D'abord, le terme constitue un événement dont la réalisation est certaine, sa date pouvant ne pas l'être s'il s'agit d'un terme incertain (le décès d'une personne est un terme). Ensuite, l'existence de l'obligation n'est pas affectée par le terme qui ne porte que sur l'exigibilité de l'obligation. On observe alors que si contrairement à l'actuel article 1185, la définition du terme n'est pas donnée par comparaison avec la condition, la notion consacrée reste la même. L'une des nouveautés est alors d'envisager la notion de terme exprès ou tacite, et surtout de prévoir que le juge peut, en l'absence d'accord des parties, fixer ce terme « *en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties* ». Cette solution ne traduit toutefois que l'insertion législative d'une solution classique de la jurisprudence qui admet que le juge puisse déterminer le terme tacite suivants les circonstances et habitudes éventuelles entre les parties (*en ce sens, par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 1976 : D. 1976, somm. p. 34*).

282. S'agissant du régime du terme, l'on retrouve au mot près dans le nouvel article 1305-2 les dispositions de l'ancien article 1186. Ainsi, par principe, si l'obligation ne peut être exécutée avant l'arrivée du terme, son exécution anticipée ne donne néanmoins pas lieu à répétition. De même encore, le principe selon lequel la stipulation du terme est présumée être en faveur du débiteur (article 1305-3 alinéa 1^{er}) s'inspire directement de l'ancien article 1187 du Code civil. De cette règle, il découle que la renonciation au bénéfice du terme appartient au seul débiteur si le terme est stipulée dans l'intérêt exclusif de celui-ci. Enfin, les articles 1305-4 et 1304-5 se rapportent à la question de la déchéance du terme. A peu de choses près, l'ancien article 1188 est repris dans l'article 1305-4, sous une réserve importante : alors que l'article 1188 ne visait littéralement que la diminution des sûretés données et donc de la diminution des sûretés, le texte nouveau retient une conception plus large et y rattache également le fait pour le

débiteur de ne pas fournir les sûretés promises. Cette solution n'est pas pour autant novatrice, la jurisprudence assimilant classiquement la sûreté promise non fournie à la diminution des sûretés existantes (*Req. 23 juin 1919 : S. 1920, 1, p. 134*). Le dernier des textes, l'article 1305-5 règle la question de la portée de la déchéance du terme et notamment la question de son impact à l'égard des coobligés du débiteur. La solution retenue est favorable à ces derniers: les coobligés, même solidaires, ne subiront pas la déchéance du terme qui constitue donc une sanction personnelle du débiteur. L'ordonnance consacre sur ce point encore une solution qui avait été classique en la matière (*Req. 3 juill. 1890 : DP 1891, 1, p. 5, note Planiol*).

2. Le futur : questions et difficultés

283. La réforme est particulièrement prudente pour les obligations à terme. La notion comme le régime du terme sont finalement peu modifiés. Deux points méritent d'être toutefois soulignés, même s'ils constituent la consécration de solutions jurisprudentielles classiquement admises. La première tient au pouvoir judiciaire de fixer le terme suspensif, possibilité offerte par l'alinéa 2 du nouvel article 1305-1. La seconde se rapporte au régime de la déchéance du terme, au travers de la précision du comportement du débiteur (*diminution des sûretés constituées mais aussi non constitution des sûretés promises*) et du cantonnement de ses effets au seul débiteur, à l'exclusion de ses coobligés.

Cécile Lisanti

CHAPITRE 2 LES OBLIGATIONS PLURALES

SECTION 1 LES OBLIGATIONS PLURALES PAR PLURALITE D'OBJETS

Section 3 L'obligation plurale

Sous-section 1 La pluralité d'objets

Paragraphe 1 L'obligation cumulative

Art. 1306 *L'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur.*

Paragraphe 2 L'obligation alternative

Art. 1307 L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur.

Art. 1307-1 Le choix entre les prestations appartient au débiteur.

Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat.

Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif.

Art. 1307-2 Si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie libère le débiteur.

Art. 1307-3 Le débiteur qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter l'une des autres.

Art. 1307-4 Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres.

Art. 1307-5 Lorsque les prestations deviennent impossibles, le débiteur n'est libéré que si l'impossibilité procède, pour chacune, d'un cas de force majeure.

Paragraphe 3 L'obligation facultative

Art. 1308 L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure.

284. La catégorie des obligations plures par leur objet concerne des modalités particulières d'obligations dans lesquelles plusieurs objets concurrents y sont envisagés, livrer une chose ou payer un prix par exemple. On distingue classiquement les obligations conjonctives, les obligations alternatives et les obligations facultatives, présentées d'ailleurs au singulier dans la réforme et

alors que seules obligations alternatives faisaient l'objet de dispositions aux ex-articles 1189 et suivants.

L'obligation cumulative est celle dans laquelle une partie doit plusieurs obligations distinctes et cumulatives par exemple un contrat d'échange dans lequel l'une des parties doit livrer la chose échangée et payer une soulte ou alors un contrat d'entreprise à plusieurs prestations. Aucune difficulté, l'obligation est exécutée lorsque toutes les prestations sont effectuées (C. civ., art. 1306).

L'obligation alternative, anciennement régie par les articles 1189 et suivants, est reprise aux articles 1307 et suivants ; c'est la situation celle dans laquelle une obligation propose plusieurs prestations mais que le débiteur ne doit fournir qu'une seule de ces prestations pour être libéré : par exemple le débiteur d'une obligation de paiement, dans un contrat international, a le choix entre payer en euro ou en dollar, il peut payer en fournissant une somme d'argent ou une chose, etc., et que ces prestations sont considérées comme équivalentes, même si, en réalité, elles ont valeur différente : c'est alors tout l'intérêt de ces obligations, notamment en termes de spéculation. Le débiteur dispose alors d'une option, en principe discrétionnaire, sauf si une stipulation permet au créancier d'exercer son choix, lequel est alors définitif et donc irrévocable (*Cass. civ. 1ère, 3 juin 1966, Bull. civ. I, n°329, RTD civ., p. 384, obs. J. Chevallier*). En outre, si une des prestations devient impossible, par exemple parce que l'une des deux choses a péri, l'autre demeure due et l'obligation se transforme en une obligation ordinaire (C. civ., art. 1192) mais si les deux choses périssent, le débiteur est libéré pour autant que la perte relève d'un événement de force majeure (*solution qui n'apparaissait pas auparavant : C. civ., ex-art. 1195*).

L'obligation facultative est une variante de l'obligation alternative, désormais objet de l'article 1308. Elle vise l'hypothèse dans laquelle le débiteur n'est tenu que d'exécuter une prestation tout en précisant que le débiteur peut, s'il le préfère, exécuter par une autre prestation, option qu'il exerce, seul. L'exemple type est celui de l'option de l'acheteur face à une vente menacée de rescision pour lésion qui peut choisir d'éviter la rescision en payant un complément du prix. Là encore, l'obligation est éteinte si

l'exécution de la prestation initiale devient impossible, d'un fait de force majeure.

Daniel Mainguy

SECTION 1 LES OBLIGATIONS PLURALES PAR PLURALITE DE SUJETS

Sous-section 2 La pluralité de sujets

Art. 1309 *L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales. Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune. Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible.*

285. La réforme inverse la présentation des obligations plurales par leur sujet en commençant, sans les qualifier par les obligations divisibles, de droit commun, dans l'article 1309. Les créances ou les dettes liant plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, se divisent donc, par parts « viriles », les hypothèses de solidarité ou d'indivisibilité étant alors d'exception. L'apport est plus important qu'il n'y paraît dans la mesure où le principe de division des dettes n'apparaissait pas dans le Code civil sinon par une interprétation *a contrario* de l'ex-article 1202 du Code civil (Comp. M. Julienne, *Pour un réexamen du principe de division des dettes conjointes*, D. 2012. 1201 s, Ph. Briand, *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse, Nantes, 1999). La question est désormais clairement établie : « Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune ».

Daniel Mainguy

SOUS-SECTION 1 LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

Paragraphe 1 L'obligation solidaire

Art. 1310 *La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas.*

Art. 1311 *La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous. Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux.*

Art. 1312 *Tout acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.*

Art. 1313 *La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier. Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.*

Art. 1314 *La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.*

Art. 1315 *Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette.*

Art. 1316 *Le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres, déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé.*

Art. 1317 *Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part.*

Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité.

Art. 1318 *Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui.*

Art. 1319 *Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable.*

La solidarité est une modalité de l'obligation plurale qui ajoute au principe de divisibilité en fournissant un substitut de sûreté : tout se passe pour l'autre partie *comme si* il disposait face à lui d'un créancier ou d'un débiteur unique, mais multiplié. Classiquement, la question se pose de l'autorité de la solidarité : l'article 1310 indique clairement qu'elle découle de la loi ou de la convention elle ne se présume pas, sauf entre commerçants, selon une coutume, un usage ou une habitude anciens, validée par la jurisprudence. D'ailleurs où l'ex-article 1202 disposait que la solidarité devait être expresse, l'article 1310 précise qu'elle est légale ou conventionnelle, la convention pouvant être implicite. Les articles 1311 à 1318 reprennent ensuite les descriptions des techniques de solidarité de manière beaucoup plus claire.

286. Entre créanciers, la solidarité est dite « active » (C. civ., art. 1311 et 1312), décrite à l'image de l'ex-article 1197 : chacun des créanciers peut « *exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous* ». C'est le cas des comptes joints par exemple. Dès lors, les rapports entre créanciers sont régies par leur convention propre, ce qui relève de la « contribution à la dette » et qui est résolue par l'obligation de rendre comptes aux autres créanciers (comp. C. civ., ex-art. 1197) : le débiteur est libéré par son paiement à l'endroit de l'un des créanciers, celui qui le poursuit ou celui qu'il choisit en dehors de toute contrainte. L'article 1312 précise en outre l'un des « effets secondaires » de la solidarité, l'interruption ou la suspension de la prescription à l'endroit de l'un des créanciers profite aux autres.

287. Entre débiteurs, la solidarité, dite « *passive* », fait l'objet des articles 1313 à 1318 : les règles sont ici particulièrement pédagogiques : « *la solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette* » ce qui assure un avantage considérable pour le créancier qui dispose de plusieurs débiteurs pour l'intégralité de la dette. Inversement, « *le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier* ». L'article 1313 poursuit : « *le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres* ». Les articles suivant règlent les questions relatives aux effets de la solidarité, notamment les effets de la solidarité : les intérêts contre l'un courent contre les autres (art. 1314), les exceptions communes aux créanciers peuvent être opposées par chacun et les exceptions personnelles à celui qui est actionné, mais non les exceptions personnelles aux autres débiteurs, à moins qu'elle éteigne la part divisée d'un autre débiteur, ce qui justifie la réduction de la dette à cette hauteur (art. 1315), etc.

288. La seule véritable innovation repose sur l'article 1319 qui offre une précision intéressante les débiteurs contractuels solidaires en cas d'inexécution d'une obligation : « *les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable* ».

Daniel Mainguy

SOUS- SECTION 2 LES OBLIGATIONS INDIVISIBLES

Paragraphe 2 L'obligation à prestation indivisible

Art. 1320 *Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose.*

Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres.

Il en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débiteurs.

289. Le Code civil consacrait plusieurs articles, les ex-articles 1217 à 1225 aux obligations indivisibles, dans des conditions assez confuses et ramenées à un seul. L'article 1320 en premier ne traite que des obligations indivisibles, celles dont l'objet, une chose ou une prestation, qui par sa nature ou par contrat, ne peut être divisée et qui donc, comme pour une obligation solidaire, oblige chacun des codébiteurs pour le tout.

TITRE 2 LES OPERATIONS SUR LES OBLIGATIONS

CHAPITRE 1 LA CESSION DE CREANCE

Chapitre II Les opérations sur obligations

Section 1 La cession de créance

Art. 1321 La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.

Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.

Elle s'étend aux accessoires de la créance.

Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible.

Art. 1322 La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

Art. 1323 Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte.

Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers.

Art. 1324 La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui

soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire.

Art. 1325 *Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement.*

Art. 1326 *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.*

Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance.

Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié.

290. La cession de créance est une des plus importantes institutions relevant du régime des obligations, tout en ne figurant pas, aujourd'hui, dans les règles du droit des obligations, mais dans un ensemble de règles, de la vente notamment (C. civ., art. 1689 s.) ou des règles du droit bancaire, alors que la cession de dette, comme la cession de contrat y était par ailleurs inconnue. Il aurait été inconcevable que ces mécanismes n'y soient pas intégrés, notamment l'institution de la cession de créance. Mieux donc, elle est intégrée dans le régime des obligations et fait l'objet de modifications substantielles.

La cession de créance est en premier définie comme un contrat : « un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire ». A titre gratuit ou onéreux, un s'éloigne donc, potentiellement d'une « vente » ou d'une « cession » au sens strict de ces formules. Leur objet est déterminé : une ou, plus souvent, plusieurs créances, déterminées ou indéterminées, des flots de créances, s'agissant des cessions de créances

professionnelles, et même éventuelles (*Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2001, n° 99-14982*) ou non encore exigibles (*Cass. com. 7 déc. 2004, n° 02-20732, D. 2005. 77, obs. A. Lienhard, RTD civ. 2005. 132 s., obs. J. Mestre et B. Fages*).

La cession s'étend aux accessoires de la créance, solution qui figure déjà dans l'article 1692 en envisageant trois situations, ici généralisées à toutes les clauses ou actions dont le cédant disposait avant la cession (*Comp. Cass.com. 8 oct. 2013, n°12-2436*).

291. Les conditions de validité et surtout d'efficacité de la cession font l'objet de dispositions nouvelles, qui s'ajoutent aux règles de droit commun des contrats s'agissant de la licéité de la créance, ou de son existence par exemple (*et comp. art. 1326 sur la garantie de l'existence de la créance par le cédant*) encore des conditions relatives à la capacité des parties. Enfin, la cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

L'efficacité d'une cession de créance se pose entre les parties et à l'aune de son opposabilité aux tiers au débiteur cédé qui doit pouvoir ne payer que le cessionnaire.

Entre les parties, aucune difficulté, l'article 1323 dispose que la cession de créance emporte transfert de la « propriété » de la créance à la date de l'acte, ou à la date de sa naissance s'il s'agit d'une créance future. Le cédant est donc désinvesti et le cessionnaire investi des droits associés à la créance dès ce moment : il est le nouveau créancier. A l'égard des tiers il en est de même et c'est au cessionnaire d'établir la preuve de la date, en cas de contestation. En revanche à l'égard du débiteur, l'efficacité de la cession, essentielle, dépend d'une formalité particulière. Ainsi, le débiteur peut choisir de payer à l'un, le cédant, ou l'autre, le cessionnaire, s'il en connaît l'existence. Le paiement au cédant est valable, mais fait peser sur le cessionnaire le risque d'insolvabilité du cédant : seule une formalité particulière pourra imposer le paiement au seul cessionnaire (le paiement au cédant étant alors irrégulier), entre la formule lourde de l'article 1690 à la notification légère de l'article L. 313-28 CMF. Entre les deux, donc, l'article 1324 dispose que la cession de créance est opposable au débiteur, s'il y a consenti, s'il en a pris acte, ou si elle lui a été notifiée.

292. S'agissant des effets de la cession de créances, l'article 1324, al. 2 prévoit les effets tels qu'ils étaient déjà envisagés jusqu'à présent : opposabilité au cessionnaire des exceptions inhérentes à la dette, que le texte prend la peine d'énumérer pour exemple (nullité, exception d'inexécution, résolution, compensation) ainsi que celles nées de ses rapports avec le cédant, avant que la dette soit devenue opposable. De même, le cédant garantit l'existence de la créance (et de ses accessoires), sauf clause contraire (acquisition aux risques et périls ou connaissance du caractère incertain de la créance), mais non la solvabilité du cédé, solutions reprise des articles 1693 et 1694.

En revanche, l'article 1324, al. 3 propose une solution nouvelle mais assez embrouillée : le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus des frais occasionnés par la cession, qui incombent au final, sauf clause contraire, au cessionnaire. Qu'est-ce à dire ? S'agit-il de la transposition traditionnelle de l'idée que les frais d'une cession sont à la charge du cessionnaire ? Nul besoin d'une telle précision. Est-ce la reprise hâtive des articles 1699 à 1701 relatifs au retrait litigieux, s'agissant de la cession d'une créance contestée et objet d'une procédure en cours (où le débiteur cédé peut se substituer au cessionnaire en payant le prix de la dette augmenté des frais, situations spéculatives d'acquisitions à bas prix de telle créances parce qu'incertaines) ? Si c'était le cas, le moins qu'on puisse en dire est que cela n'est guère clair d'autant que tout laisse à penser que, à l'inverse, le retrait litigieux a été oublié de la réforme.

Daniel Mainguy

CHAPITRE 2 LA CESSION DE DETTE

Section 2 La cession de dette

Art. 1327 *Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.*

Art. 1327-1 *Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession ou n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte.*

Art. 1327-2 *Si le créancier y consent expressément, le débiteur*

originnaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette.

Art. 1328 *Le débiteur substitué, et le débiteur originnaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles.*

Art. 1328-1 *Lorsque le débiteur originnaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.*

293. Pendant supposé de la cession de créance (Comp. L. Andreu, *La cession de dette: quel avenir?*: D. 2009. 2400), la cession de dette n'était pas connue du Code civil et avait simplement été élaborée en doctrine (E. Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Paris, 1898, F. Chénédé, *Un auteur, une idée : Eugène Gaudemet, le transport de dettes*, RDC 2010/1, p. 363) avec l'idée d'assurer un changement, non point de créancier, mais de débiteur : un débiteur cède sa dette à un nouveau débiteur, ce qui pose, évidemment, le problème du consentement du créancier, mais également de la simple possibilité juridique d'y procéder. Va si le nouveau débiteur est plus solvable, mais comment s'assurer d'un tel consentement autrement que par la seule adjonction d'un nouveau débiteur, via des techniques connues, délégation de créance imparfaite notamment, sans véritablement parvenir à réaliser une véritable cession, indépendant du consentement du créancier (à l'instar de la cession de créance, cf. supra, autre étant la question de l'efficacité de la cession).

294. De ce point de vue l'article 1327 ne tranche qu'en partie avec la situation antérieure : une cession de dette est possible, avec l'accord du créancier (art. 1327) ou du fait de son intervention (art. 1327-1), qui ne souhaiterait pas qu'un débiteur de confiance soit remplacé par un débiteur insolvable.

La cession ne lui est opposable, ou il ne peut s'en prévaloir que dans ces conditions et, en outre, si elle lui a été notifiée ou s'il en pris

acte. Un deuxième consentement spécifique est en outre exigé, expressément, pour que le débiteur cédant soit libéré (pour l'avenir). A défaut d'un tel consentement, le mécanisme est voisin de celui de la délégation ordinaire, le débiteur cédant demeure tenu, solidairement (art. 1327-2). Observons que même si les articles 1327 et suivant utilisent les formules « débiteur originaire » et « substitué » plutôt que « cédant » et « cessionnaire » comme si cette cession n'en était pas véritablement une, pas véritablement détaché du mécanisme de la délégation, le régime proche de celui d'une cession. Ainsi, le cessionnaire (débiteur substitué) peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles (ainsi que le débiteur originaire s'il n'est pas libéré). En outre les sûretés consenties par des tiers (donc au débiteur originaire) ne demeure que pour autant que celui ne soit pas libéré : le créancier devra donc choisir entre ces sûretés et la garantie du nouveau débiteur, en cas de libération du premier.

Daniel Mainguy

CHAPITRE 3 LA NOVATION

Section 3 La novation

Art. 1329 *La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier.*

Art. 1330 *La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.*

Art. 1331 *La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice.*

Art. 1332 *La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.*

Art. 1333 *La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le*

nouveau créancier soit désigné par le premier.

La novation est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen.

Art. 1334 *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires.*

Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants.

Art. 1335 *La novation convenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres.*

La novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation.

295. Actuellement envisagée aux articles 1271 et suivants, sous trois formes différentes, la novation est ici reprise dans le Code civil, presque à l'identique mais de manière plus élégante et plus claire, ne serait-ce que parce que ne s'y mélangent plus les règles relatives à la délégation de créance et parce qu'elle n'est plus envisagée comme une simple technique d'extinction des obligations (ce qu'elle n'était pas pas avant 2016), la novation par substitution d'objet, par changement de débiteur ou par changement de créancier. Elle ne présume toujours pas, suppose des obligations, substituées et nouvelles, valables, sauf s'il s'agit de remplacer une obligation affectée d'un vice (art. 1333), la novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le consentement de ce dernier (reprenant exactement le texte de l'ex-article 1274), fondant le mécanisme de l'*expromissio* ou celui de la délégation parfaite (si le changement s'effectue à la demande du débiteur). En revanche, la novation par changement de créancier suppose l'accord du débiteur : il ne s'agit pas en effet, quoique que ce soit à s'y méprendre, d'une cession de créance mais d'un changement de créancier : aucun transfert de créance, mais extinction d'un rapport par substitution d'un nouveau, qui concerne évidemment celui qui demeure, le débiteur. Simplement, le débiteur a pu y consentir par anticipation (consentement hautement dangereux)

296. Le second est relatif à la novation par changement de

créancier. Ici, le débiteur se retrouve en face d'un nouveau créancier. L'opération ressemble à la cession de créance, à ceci près qu'elle est attributive, non translatrice de droit. Le nouveau créancier pourra poursuivre le débiteur, qui doit évidemment y consentir.

S'agissant des effets de la novation, deux retiennent l'attention plus particulièrement. En premier, le rappel que l'extinction de l'obligation ancienne, par novation emporte extinction de ses accessoires : là se trouve une différence essentielle avec la cession de créance. Toutefois, les sûretés peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation, avec le consentement des garants, avec une difficulté éventuelle : comment une garantie attachée à une créance peut-elle, réelle par exemple, même avec consentement, être « réservée » (transférée ?), à une autre créance sans procéder à la constitution d'une nouvelle sûreté ? par ailleurs l'article 1335 organise le régime de la novation opérée entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires (qui libère les autres, solution qui aurait pu se déduire des effets de la solidarité), et entre le créancier et une caution qui ne libère pas le débiteur principal (ce qui, à la encore aurait pu se déduire du régime du cautionnement).

Daniel Mainguy

CHAPITRE 4 LA DELEGATION DE CREANCE

Section 4 La délégation

Art. 1336 *La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur.*

Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire.

Art. 1337 *Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation.*

Toutefois, le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation.

Art. 1338 Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur.

Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence.

Art. 1339 Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence.

Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excèderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire.

La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations.

Toutefois, si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire.

Art. 1340 La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui.

297. Comme de nombreux passages du régime des obligations, la délégation est reprise, pour l'essentiel, des règles préexistant à la réforme, tout en améliorant style et précision du mécanisme. Ainsi la délégation de créance est isolée de la novation et fait l'objet de règles distinctes de la cession de dette. En effet, si les mécanismes se ressemblent ils sont en réalité très dissemblables en ce que la cession (de créance ou de dette) est un mécanisme translatif, tandis que la délégation (ou la novation) est un mécanisme attributif qui vise à adjoindre un débiteur à un débiteur existant (voire le substituer dans la délégation novatoire, dite aussi « parfaite »).

Les règles sont plus explicites : « la délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur », formule à comparer avec le propos de l'ex-article 1275 du Code civil. Traditionnellement, la délégation s'explique par un rapport de dette entre le délégant, débiteur du délégataire, et un

accord permet d'adjoindre un nouveau débiteur, le délégué, lequel se substitue éventuellement au délégataire, par l'effet de la novation qui peut s'ajouter à l'opération primaire de délégation. C'est d'ailleurs ce qui découlait de la formule de l'ex-article 1275 selon lequel : « la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier n'opère point de novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ». Or l'article 1336 ne postule plus le rapport de débiteur à créancier entre le délégant et le délégué ce qui peut laisser supposer que la contrepartie de la délégation repose sur une autre situation, par exemple une intention libérale, sous la forme d'une donation indirecte entre le délégué et le délégant (*comp. Cass. com. 21 juin 1994: Bull. civ. IV, n° 225; RTD civ. 1995. 113 s., obs. J. Mestre*) ou un rapport de société fille et société mère. L'article 1336 envisage ainsi tout une série de situations. Celle qui s'engage à payer son créancier à côté, situation de « délégation imparfaite » ou « délégation simple » ou à la place, situation de « délégation parfaite » ou « délégation novatoire », de celui qui le lui demande. Dans le premier cas, le créancier convient de disposer de deux débiteurs (*Cf. civ., art. 1338*) ; dans le second, le second se substitue au premier, supposant un autre consentement, celui nécessaire pour produire l'effet novatoire (*art. 1332*).

L'opération se distingue cependant de la « simple indication de paiement » (*art. 1340*) ou de réception de paiement, n'équivaut ni à une délégation, ni, *a fortiori*, à une novation, ce qui était déjà précisé par l'ex-article 1277. La « simple indication de paiement » est ainsi une simple modalité contractuelle qui ne libère pas le débiteur ni n'engage véritablement la personne indiquée : il s'agit là, au mieux d'un mandat de payer le créancier ou, inversement, comme un mandat d'encaisser la dette ; pour qu'il y ait délégation, il faudrait un consentement déterminé de procéder à une opération de délégation (*Comp. Cass.civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, n°96-18210*).

298. Le régime de la délégation reprend le régime existant et lui ajoute. Le délégué ne peut opposer les exceptions tirées du rapport qu'il entretient avec le délégant au délégataire (ce n'est pas une cession, la délégation ajoute un débiteur, elle est attributive) ni celles tirées des rapports entre le délégataire et le délégant (*art.*

1336, al. 2 et comp. Cass.com 7 déc. 2004, n°03-13595, Cass.com. 21 janv. 2004, n° 02-13610), ce dont on tire le « principe » de l'inopposabilité des exceptions. Une clause contraire peut permettre y déroger, clause qui doit bien entendu faire l'objet du même consentement que la délégation elle-même et donc être acceptée par tous les intervenants.

L'effet novatoire, ou son absence règle les relations entre le délégant et le délégué ; dans le premier cas il est libéré, dans le second il demeure tenu. Toutefois, le paiement, même partiel, réalisé par l'un des deux débiteurs, délégant ou délégataire, libère l'autre (art. 1338, al.2). A moins que le délégant se soit engagé à garantir la solvabilité du délégataire auquel cas cette garantie demeure y compris si le délégataire est soumis à une procédure d'apurement de ses dettes (art. 1337, al. 2).

En outre, l'article 1339 règle le sort de l'éventuelle obligation du délégué envers le délégant (hypothèse d'un rapport de dettes réciproques entre le délégant, débiteur) et le délégué, créancier, comp. Ph. Simler, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », *Mélanges J.-L. Aubert*, 2005, p. 295), et ce de manière assez complète. « Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence », le délégant ne pouvant exiger ou en recevoir le paiement (Cass. com. 14 févr. 2006, Bull. civ. IV, n°37, JCP 2006, II, 10145, note M. Roussille, RTD civ. 2006, p. 319, obs. J. Mestre et B. Fages). L'engagement du délégué est en effet supporté par sa propre dette à l'égard du délégant de sorte que le paiement par le délégataire emporte extinction de la dette du délégué à l'égard du délégant. En revanche tant que la délégation n'a pas été exécutée, le sort de la créance du délégant sur le délégué reste complexe. En effet, la créance du délégant sur le délégué demeure dans son patrimoine, puisque l'engagement du délégataire est nouveau et indépendant et n'est pas l'objet d'un transfert.. Dès lors, la question de se pose de savoir si le délégant peut en demander paiement au délégué ou si les créanciers du délégant peuvent saisir la créance ou exercer une action oblique.

Daniel Mainguy

TITRE 3 LES ACTIONS DU CREANCIER

Chapitre III Les actions ouvertes au créancier

Art. 1341 *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.*

Art. 1341-1 *Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne.*

Art. 1341-2 *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.*

Art. 1341-3 *Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur.*

299. Les actions du créanciers étaient envisagées de manière éparées jusqu'à présent, à la fois dans la partie consacrée aux effets du contrat à l'égard des tirs, s'agissant de l'action oblique ou de l'action paulienne ou encore au chapitre des règles relatives au paiement. Le Code civil contient désormais des règles clairement posées s'agissant de ces actions, l'ensemble participant de l'effort particulièrement remarquable, de clarté du nouveau Code civil en matière de droit des obligations.

300. Une constante, en tout cas dans le cadre de ces nouvelles règles, la répétition du droit du créancier à obtenir l'exécution des obligations, pour qui auraient douté de son existence, que l'on retrouve assez systématiquement (art. 1341). Pour le reste rien de véritablement novateur, l'action oblique, l'action paulienne et, plus nouveau, l'action directe en paiement.

301. L'action oblique est définie par l'article 1341-1 de manière différente de l'ex-article 1166 du Code civil. Si ce dernier disposait en effet que « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de

leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne », l'article 1341-1 propose une formulation un peu différente, plus pédagogique : « lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne ». La situation est connue, le créancier peut exercer les actions de son débiteur, contre ses propres débiteurs, à sa place, sauf les actions exclusivement attachées à sa personne, une action en paiement, en résolution, en réparation, etc. La « carence du débiteur », qui n'apparaissait pas dans l'ex-article 1166, consacre la jurisprudence rendue depuis (*Cass. civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, n°12-16671*), sans véritable surprise, dans la mesure où l'action oblique n'a pas pour objet d'attribuer au créancier du créancier plus de droit que ce dernier et qu'il s'agit simplement de lutter contre son inaction.

En outre l'article 1341-1 dispose que l'action est exercée « au nom du débiteur », de sorte que le débiteur actionné pourra opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à son débiteur, et que le résultat de l'action intégrera le patrimoine du débiteur, et non celui du créancier agissant, ce qui fait perdre beaucoup d'intérêt à l'action, notamment en cas de concours de créanciers contre ce débiteur.

302. L'action paulienne sanctionne les actes réalisés par le débiteur en fraude des droits d'un créancier qui pouvait, déjà engager une action sur le fondement de l'ex-article 1167, dont l'esprit est repris dans l'article 1341-2, à là encore de manière plus diserte et plus complète : « le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude ». Toujours la présence d'une « fraude » des droits du créancier, et non la simple négligence ou l'inaction de l'article 1341-1, et notamment tout acte ayant pour objet de soustraire un bien ou une valeur de son patrimoine. L'action paulienne est exercée, par le créancier contre le tiers, à charge d'établir la fraude et, à l'instar du régime du pacte de préférence, la connaissance par le tiers de cette fraude, alors que l'ex-article 1166 exposait que les créanciers doivent « quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et du titre "Du contrat de

mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites».

303. La différence n'est guère sensible. Ainsi, la jurisprudence exigeait la preuve de la « complicité », donc de sa connaissance de la fraude, du tiers (Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1984, Bull. civ. I, n°211 ; Cass. com. 1^{er} mars 1994, Bull. civ. IV, n°81) lorsque l'acte était conclu à titre onéreux, mais ne l'exigeait pas lorsque l'acte était réalisé à titre gratuit (Cass.com. 24 janv. 2006, n°02-15.295, Cass.com. 14 mai 1996, n°94-11124: Bull. civ. IV, n° 134; RTD civ. 1997. 943 s., obs. J. Mestre) en raison de la méfiance, traditionnelle, à l'endroit des actes à titre gratuit, distinction que consacre l'article 1341-2.

En outre, l'ajout de l'ex-article 1166 permettait d'excepter certains actes, soumis à des règles spécifiques, lesquelles demeurent par ailleurs tant en droit des successions qu'en droit des régimes matrimoniaux (C. civ., art. 822, 1476) mais la jurisprudence exceptait également certains actes attachés à la personne, pour les mêmes raisons qu'en matière d'action oblique, exception sans doute limitée par les règles de l'article 1397 ou de l'article 1447 qui, en matière de changement de régime matrimonial ou de séparation judiciaire de biens ouvrent droit à action paulienne, mais qui méritera quelques éclaircissements.

304. On peut supposer en outre que la question de la fraude et de sa connaissance contient, en elle-même la condition de l'existence d'un préjudice pour le créancier, classiquement considérée comme un « acte d'appauvrissement » du patrimoine du créancier, ceci dans la considération de l'action paulienne comme une technique de protection du droit de gage général du créancier sur le patrimoine du débiteur (Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, Bull. civ. I, n°5 : *vente d'un bien au dessous de sa valeur vénale*, Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1996, Bull. civ. I, n°235 ; *donation déguisée, vente à un prix fictif*, Cass. com. 1^{er} mars 1994, Bull. civ. IV, n°81, Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1987, Bull. civ. I, n°231, *substitution de valeurs aisément saisissables par des espèces ou des titres de société*, Cass.civ. 3^e, 6 oct. 2004, n°03-15392: RTD civ. 2005. 120 s., obs. J. Mestre et B. Fages, *action rendant impossible l'exercice d'un droit sur un bien*).

La sanction, enfin, par « l'inopposabilité » de l'acte poursuivi au créancier, est clairement posée.

305. Enfin, l'article 1341-3 tente de régler le cas des actions directes, suscitant nombre d'interrogations. En effet les actions directes n'étaient pas envisagées par le Code civil, sinon quelques actions directes en paiement dans quelques contrats spéciaux, du bailleur contre le sous-locataire, du mandataire contre le sous-mandataire ou le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage dans le cadre du droit de la sous-traitance (C. civ. 1753, 1994, art. L. 31 déc. 1975, art. 6).

A bien des égards, l'article 1341-3 du Code civil ne fait qu'ouvrir la règle de principe envisageant ces cas particuliers : « *dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur* ».

Reste cependant le champ des actions directes en garantie ou en responsabilité, par une jurisprudence complexe rendue sur le fondement de l'ex-article 1165 (qui établissait le principe selon lequel le contrat ne profite ni ne nuit aux tiers et à partir desquels les actions obliques et pauliennes étaient posées, comme exceptions) et toujours d'actualité, notamment dans les chaînes de vente, action particulière en ce qu'elle est considérée comme de nature contractuelle (Cf. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd. 2016, n°445 s., C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, C. Lisanti-Kalszynski, « *L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse* », JCP 2003, I, 102, D. Mainguy, « *L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats* », *Mélanges J. Béguin*, 2005, p. 449 ; P. Puig, « *Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?* », *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.913). Peut-on considérer que, en ne considérant que les actions directes en paiement, l'article 1341-3, qui les conditionnent par ailleurs, à des « *cas déterminés par la loi* », le Code civil nouveau écarte le jeu de ces actions directes ou au contraire qu'en ne considérant expressément que les actions directes en paiement, le jeu des autres actions directes demeure ? L'interrogation pourrait sembler purement spéculative, dans la mesure où on ne voit pas pour quelles raisons la Cour de cassation modifierait une jurisprudence qu'elle avait déjà élaborée sans support textuel net, mais en même temps, alors que le Code civil a entendu légaliser toutes les avancées jurisprudentielles qui faisant l'objet d'un compromis jurisprudentiel et doctrinal. Alors oubli ou rejet ? Une

précision jurisprudentielle, eu égard à l'importance pratique considérable de la question s'impose, d'urgence.

Daniel Mainguy

TITRE 4 L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

CHAPITRE 1 LE PAIEMENT

SECTION 1 DISPOSITIONS GENERALES RELATIVES AU PAIEMENT

Chapitre IV L'extinction de l'obligation

Section 1 Le paiement

Sous-section 1 Dispositions générales

Art. 1342 Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due.

Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible.

Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier.

Art. 1342-1 Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier.

Art. 1342-2 Le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir.

Le paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est néanmoins valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.

Le paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit.

Art. 1342-3 Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable.

Art. 1342-4 Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible.

Il peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû.

Art. 1342-5 Le débiteur d'une obligation de remettre un corps certain

est libéré par sa remise au créancier en l'état, sauf à prouver, en cas de détérioration, que celle-ci n'est pas due à son fait ou à celui de personnes dont il doit répondre.

Art. 1342-6 *A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le paiement doit être fait au domicile du débiteur.*

Art. 1342-7 *Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.*

Art. 1342-8 *Le paiement se prouve par tout moyen.*

Art. 1342-9 *La remise volontaire par le créancier au débiteur de l'original sous signature privée ou de la copie exécutoire du titre de sa créance vaut présomption simple de libération.*

La même remise à l'un des codébiteurs solidaires produit le même effet à l'égard de tous.

Art. 1342-10 *Le débiteur de plusieurs dettes peut indiquer, lorsqu'il paie, celle qu'il entend acquitter.*

A défaut d'indication par le débiteur, l'imputation a lieu comme suit : d'abord sur les dettes échues ; parmi celles-ci, sur les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. A égalité d'intérêt, l'imputation se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

306. Onze articles consacrés au paiement, sans oublier les règles consacrées au paiement de sommes d'argent, qui remplace davantage encore de règles préexistantes. Le paiement est le mode normal d'extinction d'une obligation (F. Grua, « L'obligation et son paiement », *Mélanges Y. Guyon*, 2003, p. 479, contra : A. Seriaux, « Conception juridique d'une obligation économique : le paiement », *RTD civ.* 2004, p. 225), ce que traduit l'article 1342 « le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due » et non l'exécution d'une obligation de « paiement » d'une somme d'argent. On pourra toutefois souligner que l'équivalent des ex-articles 1244-1 et suivants, permettant d'obtenir un délai de grâce est renvoyé à la partie consacrée au paiement de sommes d'argent, dans la mesure où cette faculté n'était ouverte que pour le paiement de telles sommes d'argent et non pour le paiement *lato sensu*. L'article 1342 précise en outre que le paiement est dû dès que la créance est exigible, ce qui s'entend d'évidence, et qu'il libère le débiteur, éteint la dette, sauf hypothèse de subrogation dans les droits du

créancier, autre évidence.

La suite est la reprise des règles qui préexistaient, pour l'essentiel, par exemple le fait que le paiement peut être réalisé par quiconque, sauf refus, légitime, par le créancier (art. 1342-1), qu'il doit être fait auprès du créancier, ou de la personne que ce dernier a désignée (art. 1342-2), que le paiement fait à un créancier, apparent, réalisé de bonne foi, est valable, qu'il peut refuser un paiement partiel, que le débiteur peut accepter de recevoir autre chose que ce qui avait été convenu, ce qui justifie le mécanisme de la dation en paiement (C. civ., art. 1342-3), que le débiteur d'une obligation de remettre un corps certain est libéré par sa remise au créancier en l'état, sauf à prouver, en cas de détérioration, que celle-ci n'est pas due à son fait ou à celui de personnes dont il doit répondre, que les frais du paiement sont à la charge du débiteur, etc.

De même, les règles sont parfois plus explicites. Ainsi de la question de savoir si le paiement est portable ou quérable, la quérabilité du paiement se déduisant résiduellement de la rédaction alambiquée l'ex-article 1247 dont il résultait que, hormis l'hypothèse de la délivrance d'une chose (« *le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet* »), ou d'une stipulation contractuelle particulière le paiement devait « hors ces cas » être réalisée au domicile du débiteur. La formule de l'article 1342-6 le précise désormais de manière plus claire. Le paiement est, par principe, sauf exception contractuelle, légale ou judiciaire, quérable, mais notons l'exception légale la plus importante, celle de l'article 1343-4 s'agissant du paiement des sommes d'agent qui est portable.

Ainsi encore de la preuve du paiement, question technique et objet de débats doctrinaux importants, qui s'effectue « *par tout moyen* », comme un fait juridique donc (Cass.civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, n°09-13947, CCC 2010, n° 12, obs. L. Leveneur, Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2004, Bull. civ., I, n°202, JCP 2004, II, 10913, note G. Nicolau, RDC 2005, p. 286, obs. Ph. Stoffel-Munck, JCP E 2004. 1642, note S. Piedelièvre).

Enfin, la question de l'imputation des paiements est envisagée par l'article 1342-10, réalisée par le débiteur et à défaut selon l'ordre envisagé et reprenant la solution de l'ex-article 1253 du Code civil,

sans s'encombrer de l'exception de l'ex-article 1255, lorsqu'il y a eu dol ou surprise de la part du créancier.

Daniel Mainguy

SECTION 2 DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX OBLIGATIONS DE PAIEMENT DE SOMMES D'ARGENT

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

Art. 1343 *Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal.*

Le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation.

Le débiteur d'une dette de valeur se libère par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation.

Art. 1343-1 *Lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts.*

L'intérêt est accordé par la loi ou stipulé dans le contrat. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Il est réputé annuel par défaut.

Art. 1343-2 *Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise.*

Art. 1343-3 *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger.*

Art. 1343-4 *A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le lieu du paiement de l'obligation de somme d'argent est le domicile du créancier.*

Art. 1343-5 *Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.*

Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit

au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment.

307. L'essentiel, ici, repose sur l'existence d'un ensemble de règles identifiées et spécifiques aux obligations de paiement de sommes d'argent, comportant six articles dont le contenu ne coule pas nécessairement de source.

Ainsi de l'article 1343 qui dispose que le paiement s'effectue par le versement du montant *nominal* de la dette, reprenant la formule, propre au propre au prêt d'argent de l'article 1895 du Code civil et qui tranche par principe en faveur du principe du nominalisme monétaire, principe aussitôt tempéré par la précision du jeu éventuel d'une clause d'indexation et par le paiement des dettes de valeur, laquelle n'est pourtant aucunement définie, pas plus que les conditions d'apparitions d'une telle dette (quelles fluctuations monétaires, internes, internationales, sur quelle période, dans quelle mesure ?), ni le régime prévu, contrairement, par exemple à l'article 1148 de l'avant projet Catala.

Ainsi encore de l'article 1343-1 qui, s'agissant des intérêts, renvoie à la formule de l'article 1907 du Code civil, avec moins d'hypocrisie que dans l'article 1905 (« *il est permis* », pour ne pas dire « *toléré* », en se pinçant le nez, « *de stipuler des intérêts* », dans l'ambiance janséniste de 1804), ou encore de la question de n'anatocisme de l'article 1343-2, qui mute cers cette section du Code civil.

Le reste constitue des exceptions au droit du paiement en général, comme la règle de la portabilité des obligations de paiement de sommes d'argent (art. 1343-4) ou la reprise des délais de grâce des ex-articles 1244-1 et suivants dans l'article 1343-5, étant donc entendu que faute de précision, ces règles générales s'appliquent,

par exemple celles relatives à l'imputation des paiements.

Un texte, toutefois, fait exception, l'article 1343-3, qui prend en compte l'hypothèse des contrats internationaux et des paiements qui peuvent en résulter : « *le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger* » illustrant la distinction entre monnaie de compte et de paiement dans les contrats internationaux (Cass.civ. 1^{re}, 13 mai 1985, n°83-16923, Cass.civ. 1^{re}, 16 juill. 1987, n°88-17291).

Daniel Mainguy

SECTION 3 LA MISE EN DEMEURE

Sous-section 3 La mise en demeure

Paragraphe 1 La mise en demeure du débiteur

Art. 1344 Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.

Art. 1344-1 La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice.

Art. 1344-2 La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà.

Paragraphe 2 La mise en demeure du créancier

Art. 1345 Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution.

La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur.
Elle n'interrompt pas la prescription.

Art. 1345-1 *Si l'obstruction n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut, lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, la consigner à la Caisse des dépôts et consignations ou, lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose, séquestrer celle-ci auprès d'un gardien professionnel.*

Si le séquestre de la chose est impossible ou trop onéreux, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Déduction faite des frais de la vente, le prix en est consigné à la Caisse des dépôts et consignations.

La consignation ou le séquestre libère le débiteur à compter de leur notification au créancier.

Art. 1345-2 *Lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur est libéré si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure.*

Art. 1345-3 *Les frais de la mise en demeure et de la consignation ou du séquestre sont à la charge du créancier.*

308. L'exigence de mise en demeure, du débiteur, figurait aux ex-articles 1138, al. 2 et surtout 1139 du Code civil, curieusement placé dans la partie consacrée aux obligations de donner. Les articles 1344 à 1344-2 reprennent alors, sans surprise, l'ex-article 1139 et l'ex-article 1138, al. (art. 1344-2) et s'ajoute la question du départ de intérêts moratoires, reprise, en mieux rédigé, de la formule de l'ex-article 1153, al.3.

On peut cependant s'étonner que ces dispositions soient intégrées dans la partie consacrée à l'extinction des obligations et plus généralement du régime des obligations, alors même que nombre de règles intéressant les effets des contrats font référence à l'exigence d'une mise en demeure pour la mise en œuvre de règles comme celles relatives à l'exécution forcée (art. 1221, 1222), la réduction de prix (art. 1223), la résolution contractuelle (art. 1225) ou unilatérale par notification (art. 1226) par exemple.

309. Plus surprenant est l'ensemble constitué des règles relatives à la mise en demeure du créancier, qui correspond à l'hypothèse dans laquelle le créancier refuse de recevoir un paiement ou empêche qu'il se réalise, pour quelque raison que ce soit. L'article 1345 envisage très exactement cette situation : le débiteur peut le

mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution, mise en demeure qui arrête alors le cours des intérêts, place les risques de perte de la chose à la charge du créancier, sans toutefois interrompre la prescription.

L'ensemble remplace le mécanisme des offres réelles des ex-articles 1257 et suivants, particulièrement complexe, assurant la faculté d'offrir un paiement, via un officier ministériel, et en cas de refus, la consignation de la somme ou de la chose, libérant le débiteur, formule lourde et coûteuse, désormais réformée et simplifiée aux articles 1345-1 et suivants. Il suffit donc, si le refus persiste, de consigner la somme d'argent auprès de la Caisse des dépôts, ou le séquestre auprès d'un gardien professionnel, pour la livraison d'une chose, voire demander à un juge l'autorisation de procéder à sa vente, dont le prix sera séquestré. L'ensemble libère le débiteur, place les frais à la charge du créancier, s'il s'agit d'un « autre objet » la seule notification libère le débiteur passé un délai de deux mois.

Daniel Mainguy

SECTION 4 LE PAIEMENT PAR SUBROGATION

Sous-section 4 Le paiement avec subrogation

Art. 1346 *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette.*

Art. 1346-1 *La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur.*

Cette subrogation doit être expresse.

Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens.

Art. 1346-2 *La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la*

subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.

La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier.

Art. 1346-3 *La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.*

Art. 1346-4 *La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier.*

Toutefois, le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà.

Art. 1346-5 *Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.*

La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement.

Le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également lui opposer les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

310. La subrogation est la technique par laquelle quelque chose est juridiquement remplacée par une autre. La subrogation *réelle* est une institution du droit des biens ou des sûretés réelles par laquelle une chose est substituée à une autre. Le vendeur sous réserve de propriété par exemple vend une chose à un acheteur, et ce dernier sera propriétaire lorsqu'il paiera, à terme. S'il ne paie pas, parce exemple parce qu'il est placé en redressement judiciaire, le mécanisme permet au vendeur de revendiquer la chose, dont il resté

propriétaire, entre les mains du vendeur et au nez des autres créanciers de l'acheteur. Mais si l'acheteur, comme c'est probable, avait préalablement revendu la marchandise à un sous-acquéreur qui ne l'a pas payé, la créance du vendeur sous réserve de propriété est remplacée, par subrogation réelle, par la créance de l'acheteur contre le sous-acquéreur.

311. La subrogation *personnelle* est une institution du droit des obligations par laquelle une personne paie la dette d'une autre personne, éteignant la dette existant entre ce dernier et son créancier. C'est la formule retenue par l'article 1346, pour la subrogation légale : « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* » et l'article 1346-1 pour la subrogation conventionnelle : « *la subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur* » lesquels remplacent les ex-articles 1249 et 1250 du Code civil, qui procédaient davantage par l'exemple que par définitions.

La formule de la subrogation personnelle assure un transfert de propriété de la créance, du patrimoine du créancier payé vers celui du subrogé, celui qui a payé pour le débiteur. Elle ressemble ainsi à l'institution de la cession de créance, à la différence cependant que la subrogation opère par un paiement, l'extinction d'une dette. C'est ce paiement qui opère transfert de la créance, tandis que dans la cession de créance, le transfert est totalement indépendant du paiement.

312. La subrogation légale est désormais envisagée un seul mécanisme, à la place des cinq cas de l'ex-article 1250 et qui, par hypothèse, élargit le champ d'application de la subrogation légale à de cas autres que ceux de ces cinq situations, et donc à des hypothèses qui, avant 2016 auraient dû relever d'un mécanisme de subrogation conventionnelle. Toutefois, l'article 1346 limite le cas de la subrogation légale aux seules hypothèses d'« intérêts légitimes », formule ajoutée par rapport au projet d'ordonnance (*cf. projet, art. 1324*) et qui, moins qu'une réserve, est sans doute le moyen d'envisager, dans le rapport entre le subrogé et le débiteur,

soit un rapport de débiteur à créancier, soit une intention libérale. Hormis cette réserve, qui per, la subrogation est donc automatique, chaque fois qu'une personne, en fonction de son intérêt *légitime*, paie la dette d'un tiers, et que ce paiement libère ce tiers.

313. La subrogation conventionnelle, dans l'ex-article 1250, envisageait deux situation, la subrogation par l'effet d'un accord entre le créancier et le tiers payeur, dite « *ex parte creditoris* » (C. civ., ex-art. 1250, 1°) et la subrogation résultant d'un accord entre le débiteur et le créancier, dite « *ex parte debitoris* » (C. civ., art. 1250, 2°) qui relevait d'une pratique visant à faire baisser des taux d'intérêt. La réforme envisage ces deux situations aux articles 1346-1 et 2, de manière plus étendue.

La première situation est la situation ordinaire. La subrogation, demain comme hier, doit être expresse et le consentement doit être concomitant au paiement à moins qu'elle ne résulte d'un acte antérieur, comme, par exemple, dans le cas de l'affacturage. La seconde, qui doit toujours être effectuée par un acte notarié est contextualisée : la subrogation a lieu également lorsque le débiteur « *empruntant une somme à l'effet de payer sa dette* ». La dette doit être échue (ou le terme établi en faveur du débiteur) et l'acte doit comporter les mentions obligatoires de l'article 1346-2.

314. Le régime de la subrogation conventionnelle fait l'objet de quelques modifications, reprenant les solutions jurisprudentielles. Ainsi, si l'article 1346-3 reprend le texte de l'ex-article 1252, l'article 1346-4 décrit le mécanisme : « *la subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier* ». La subrogation emporte un transfert de créance avec ses accessoires (Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983, Bull. civ. I, n°291, RTD civ. 1984, p. 717, obs. J. Mestre), sauf ceux attachés à la personne du créancier (Cass. com. 26 nov. 2002, Bull. civ. IV, n°116) et le débiteur bénéficie de l'opposabilité des exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier (Cass. com. 3 avr. 1990, Bull. civ. IV, n°116), solution reprise et généralisée dans l'article 1346-5, al. 3. En outre, la subrogation n'a pas besoin d'une formalité quelconque, notamment celle de l'article 1690 du Code civil (Cass. com. 7 janv. 2014, n° 12-24468) ce que confirme l'article 1346-5 avec une limite,

la subrogation doit être notifiée, rapprochant ainsi un peu plus l'institution de la subrogation de celle de la cession de créance et, en termes pratiques, celle de la cession de créances professionnelles et de l'affacturage. En outre, l'article 1346-4 prévoit que « *subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt* ». Le subrogé ne bénéficie donc pas de la mise en demeure effectuée par le subrogeant et des intérêts moratoires qui en résultent (cf. *Cass. civ. 1^{re}, 29 oct. 2002, n°00-12703, Defrénois 2003, art. 37850, obs. Ph. Théry*).

Daniel Mainguy

SECTION 5 LE PAIEMENT PAR COMPENSATION

Section 2 La compensation

Sous-section 1 Règles générales

Art. 1347 *La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes.*

Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies.

Art. 1347-1 *Sous réserve des dispositions prévues à la sous-section suivante, la compensation n'a lieu qu'entre deux obligations fongibles, certaines, liquides et exigibles.*

Sont fongibles les obligations de somme d'argent, même en différentes devises, pourvu qu'elles soient convertibles, ou celles qui ont pour objet une quantité de choses de même genre.

Art. 1347-2 *Les créances insaisissables et les obligations de restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage ou d'une chose dont le propriétaire a été injustement privé ne sont compensables que si le créancier y consent.*

Art. 1347-3 *Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation.*

Art. 1347-4 *S'il y a plusieurs dettes compensables, les règles d'imputation des paiements sont transposables.*

Art. 1347-5 *Le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de la créance ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant.*

Art. 1347-6 La caution peut opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal.

Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation intervenue entre le créancier et l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette.

Art. 1347-7 La compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par des tiers.

Sous-section 2 Règles particulières

Art. 1348 La compensation peut être prononcée en justice, même si l'une des obligations, quoique certaine, n'est pas encore liquide ou exigible. A moins qu'il n'en soit décidé autrement, la compensation produit alors ses effets à la date de la décision.

Art. 1348-1 Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible. Dans ce cas, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles.

Dans le même cas, l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation.

Art. 1348-2 Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence.

315. La seule réelle innovation des articles 1347 à 1348-1 consiste à séparer la compensation en général de la compensation conventionnelle, qui étaient traités ensemble aux ex-articles 1289 et suivants du Code civil. L'ensemble commence, comme pour toutes ces institutions, par une définition : « *La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes* ».

Les règles générales reprennent les règles qu'on envisageait comme les règles relatives à la compensation légale, et qui désormais, s'appliquent de manière générale, sauf exception tirées des articles 1348 à 1348-2 intéressant la compensation conventionnelle.

Ainsi la compensation suppose que les créances réciproques soient fongibles, liquides et exigibles, sauf application de articles 1348 et suivants, de même que s'agissant des créances insaisissables et reprend les autres règles des ex-articles 1289 à droit constant, y compris s'agissant de ses effets. Ainsi la compensation « s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies » (art. 1347), les règles d'imputation des paiements sont transposables, et le jeu de la compensation ne peut être invoqué par le débiteur qui aurait prix, par ailleurs, acte d'une cession de créancier (art. 1347-5), règle qui aurait davantage au sa place dans la partie consacrée à la cession de créances, tandis que la caution peut opposer au créancier la compensation entre celui-ci et le débiteur cautionné tout comme le codébiteur solidaire, reprenant ce faisant la formule de l'ex-article 1384 (art. 1347-6), ou la préservation des droits des tiers reprenant l'ex-article 1298 (art. 1347-7).

316. Les règles particulières intéressent les logiques de ce que l'on pouvait considérer comme relevant de la compensation conventionnelle ou judiciaire. Ainsi l'article 1348 prévoit que le juge peut décider la compensation de dettes connexes, s'il manque un élément nécessaire à la compensation légale, ce qu'il ne peut refuser au motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou pas exigible (Cf. déjà Cass. civ. 3^e, 30 mars 1989, n° 87-12470, JCP E 1991. II. 108, note M. Goré), sans s'appesantir sur l'existence d'un lien de connexité par exemple lorsque les dettes résultent de rapports de droit différents, pour autant qu'ils relèvent d'un ensemble de contrats, un contrat cadre et un contrat d'application par exemple (Cass.com. 9 mai 1995, n°93-11724, D. 1996. 322, note G. Loiseau, voir contrat pour une dette contractuelle et de source délictuelle : Cass.com. 14 mai 1996, n°94-15919, 133; D. 1996. 502, note H. Le Dauphin).

Daniel Mainguy

SECTION 6 LE PAIEMENT PAR CONFUSION

Section 3 La confusion

Art. 1349 La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. Elle éteint la

créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers.

Art. 1349-1 *Lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers, et que la confusion ne concerne que l'un d'eux, l'extinction n'a lieu, à l'égard des autres, que pour sa part.*

Lorsque la confusion concerne une obligation cautionnée, la caution, même solidaire, est libérée. Lorsque la confusion concerne l'obligation d'une des cautions, le débiteur principal n'est pas libéré. Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution.

317. La confusion est la situation dans laquelle la qualité de débiteur et de créancier se confondent sur la tête d'une même personne : le créancier devient son propre débiteur et réciproquement. Les articles 1349 et 1349-1 se substituent aux ex-articles 1300 et 1301 du Code civil. Elle se retrouve notamment dans des situations de restructuration ou de cession d'entreprise, en cas de fusion par exemple, ou bien de cession de fonds de commerce à un créancier du cédant, dans un cas de succession, etc.

L'article 1349 reprend la définition de la confusion et prévoit son régime, l'extinction de la créance et de ses accessoires, sauf les droits acquis par des tiers. L'article 1349-1 envisage la situation des codébiteurs solidaires dont l'un bénéficie d'une confusion, qui profite aux autres à hauteur de sa part (Cass. com. 17 févr. 2009, n°07-16558, D. 2009. 2207, note Y. Dagorne-Labbe; JCP 2009., p. 58, obs. G. Loiseau), ou de la caution du débiteur qui en bénéficie, libérant la caution, à hauteur de sa part s'il s'agit d'une caution solidaire.

SECTION 7 LE PAIEMENT PAR REMISE DE DETTE

Section 4 La remise de dette

Art. 1350 *La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation.*

Art. 1350-1 *La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part.*

La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

Art. 1350-2 *La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires.*

La remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part.

Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et décharger le débiteur principal à proportion. Les autres cautions ne restent tenues que déduction faite de la part de la caution libérée ou de la valeur fournie si elle excède cette part.

318. Une section pour la remise de dette, comme dans le Code civil dans sa version de 1804, comprenant trois articles, expurgeant les questions relatives au paiement et en ramassant le régime aux éléments essentiels de celui-ci. La remise de dette suppose une dette existence dont le créancier consent une libération partielle. Elle suppose en outre un accord de volonté : ce n'est pas une largesse, un simple acte unilatéral, mais un « *contrat* » (art. 1349), précisant ainsi une erreur couramment opérée. Il s'agit d'un acte à titre gratuit ou à titre onéreux, sans condition particulière, purement volontaire ou suscitée par un juge, etc. L'intérêt des articles 1350 et suivants est alors de prévoir l'effet de cette situation à l'égard du débiteur, la remise de dette emporte extinction de celle-ci pour la part remise, et surtout des tiers, les codébiteurs solidaires ou la caution de celui qui bénéficie de la remise de dette : l'un comme l'autre bénéficie de la remise de dette (mais pour la caution la réciproque n'est pas vraie : la remise consentie à la caution ne bénéficie pas au débiteur).

CHAPITRE 2 L'IMPOSSIBILITE D'EXECUTER

Section 5 L'impossibilité d'exécuter

Art. 1351 *L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.*

Art. 1351-1 *Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été*

exécutée.

Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.

319. On peut s'interroger sur le rôle des articles 1351 et 1351-1 alors même que la force majeure fait l'objet d'un texte redéfini (art. 1218). Ce dernier renvoie cependant à ces deux articles s'agissant de ses effets sur le débiteur d'une obligation. Peut-être aurait-il été plus judicieux de les adjoindre à l'article 1218, sauf pour considérer que ces deux textes ont une portée obligationnelle, justifiant leur présence ici, associée au jeu de la mise en demeure, à la manière des ex-articles 1302 et 1303, à l'origine, entre autres, de la théorie des risques, mais qui ne concernaient que « *la perte de la chose due* ».

Ainsi l'article 1351 prévoit une dimension beaucoup plus large : l'impossibilité d'exécuter libère le débiteur à concurrence de celle-ci, en cas de force majeure, sauf accord contraire, ou que le débiteur ait été mis en demeure, qui ferait de la dette une obligation non exceptable. Toutefois l'article 1218, al. 2 fait la distinction entre empêchement temporaire, emportant suspension du contrat, et empêchement définitif, emportant résolution du contrat et libération dans les conditions des articles 1351 et 1351 du Code civil. Ou bien donc, une obligation est définitivement impossible, et le débiteur en est libéré (indépendamment de la résolution éventuelle du support contractuel de cette obligation), sauf clause contraire ou mise en demeure, ou bien elle n'est que temporaire et le paiement n'est que suspendu.

L'article 1351-1 intéresse l'hypothèse de la perte de la chose objet de l'obligation empêchée. Le débiteur est libéré pour autant qu'il établisse que la perte aurait été réalisée même si l'obligation avait été exécutée, ce qui est sans doute une litote pour envisagée une hypothèse de force majeure, même si le débiteur a été mis en demeure (mais doit céder les droits et actions attachés à la chose).

CHAPITRE 3 LES RESTITUTIONS

Chapitre V Les restitutions

Art. 1352 *La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour*

de la restitution.

Art. 1352-1 *Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute.*

Art. 1352-2 *Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente.*

S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix.

Art. 1352-3 *La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée.*

La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce.

Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation.

Art. 1352-4 *Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé.*

Art. 1352-5 *Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution.*

Art. 1352-6 *La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue.*

Art. 1352-7 *Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.*

Art. 1352-8 *La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie.*

Art. 1352-9 *Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme.*

320. La question des restitutions a empoisonné les effets de l'annulation d'un contrat, et plus marginalement, de la caducité ou de la résolution d'un contrat et se présente, ici, comme un ensemble nouveau dans le Code civil, aux côtés de celles existant en matière d'incapacités. Cet ensemble ne figure pas dans le Titre III consacré aux règles du droit de contrats, ce qui a certainement pour objectif de dissocier ces questions des éléments substantiels de la nullité (dont l'article 1178 renvoie aux articles 1352 et s.) ou de la résolution (*Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n°00-21278, D. 2003, p. 369, note J.-L. Aubert, qui considérait, à propos des suites d'un paiement indu, qu'elles relevaient des règles des nullités*). En outre, les articles 1352 et suivants ne tranchent pas la question de savoir si la restitution est l'objet d'une obligation, éventuellement de source légale, ou d'un « devoir », de nature extracontractuelle, alors que la différence est sensible, pas davantage, d'ailleurs, que l'application de l'adage *nemo auditur*, dont l'effet est certes limité aux hypothèses d'annulation pour « cause » immorale, en désuétude, qui n'est pas visé, d'autant que, à le faire, il aurait peut-être, au contraire, été utile d'étendre l'effet de cette exception des situations nouvelles, relevant de l'enrichissement sans cause, immorale ou non.

La restitution d'une somme d'argent s'accompagne, en outre, des intérêts au taux légal ainsi que les taxes (art. 1352-6) et l'article 1352-4 prévoit la situation de la restitution réalisée par un mineur non émancipé, réduite à proportion du profit retiré, reprenant la formule de l'ex-article 1312).

321. L'article 1352 se présente d'ailleurs comme impliquant que la restitution s'effectue comme l'exécution à laquelle elle se substitue : la restitution d'une chose (autre qu'une somme d'argent, et donc pour une prestation de services, cf. art. 1352-8, par exemple de travail) s'effectue en nature, lorsqu'elle est possible, et à défaut en valeur, ce qui, de manière implicite, implique que la restitution s'effectue sans tenir compte de la fluctuation de la valeur réelle de la chose : si sa valeur a chuté, le débiteur de restitution en profite, si elle a crû, il la subit. En outre, les suretés garantissant l'obligation à l'origine de l'exigence de restitution se reportent sur l'« obligation » de restitution (*art. 1353-9 et V. déjà, Cass.com. 17 nov. 1982, n° 81-10757, Bull. civ. IV, n° 357, D. 1983, p. 527, note M.*

Contamine-Raynaud, JCP 1984, II, 20216, note C. Mouly et Ph. Delebecque).

322. On pourrait mettre en parallèle cette exigence de restitution en nature, de principe, avec celle de l'exécution forcée en nature des obligations, qui, dans l'article 1221 se présente de manière voisine, à ce ci près que, outre la question de l'impossible restitution en nature ajoute le critère du coût disproportionné, qu'on ne retrouve pas ici. Or, la question mérite réflexion : sans doute les restitutions s'effectuent après un incident particulier, paiement indu, résolution et surtout nullité, mais est-ce véritablement différent d'une situation d'inexécution d'une obligation ? Doit-on vraiment restituer en nature une chose, alors que son coût est sans proportion avec l'avantage qu'en retire son bénéficiaire ? Comme pour l'application de la nouvelle condition de l'article 1221, pareille limite aurait pu être bienvenue : on ne voit pas ce qui, dans les causes des restitutions, au sens des articles 1352 e suivants, justifierait que le bénéficiaire de celles-ci puisse bénéficier d'une telle opportunité, ni que celui qui doit restituer dût la souffrir.

Ce d'autant que d'autres réserves accompagnent la question qui semblent aller dans ce sens. Par exemple la situation d'une « *revente* » dont on saluera l'entrée dans le Code civil (*Comp. D. Mainguy, La revente, Litec, 1997*) qui consacre des solutions rendues en jurisprudence (*Cf. Cass. civ. 1ère, 11 juin 2002, Bull. civ. I, n°163*), avec deux hypothèses identifiées. La situation est la suivante : une chose est remise, à quelque titre que ce soit, une vente par exemple, à une personne qui la revend (et à la livré la chose), alors que la première situation juridique subit un effet qui justifie une restitution de la chose : l'article 1352-2 prévoit que celui qui a reçu la chose de bonne foi et l'a revendue doit restituer le seul prix de la chose, tandis que s'il l'a reçue de mauvaise foi, il doit en restituer la valeur si celle-ci est supérieure au prix. Or, en premier, la différence entre la valeur et le prix de la chose n'est pas nécessairement plus élevé que le coût disproportionné de l'article 1221 ; on peut même penser que cette différence est souvent, sinon marginale, du moins non « manifestement » disproportionnée : pourquoi alors n'ouvrir cette réserve, prise en termes économiques, qu'à l'hypothèse de la revente de la chose. Par ailleurs, on ne peut

pas dire que ce texte soit d'une éclatante qualité didactique. Par exemple il se peut que la « cause » de la réception de la chose soit de bonne foi, mais que la mauvaise foi repose sur la revente et cette situation n'empêche pas, a priori, que celui qui doit restituer ne doive rendre que le prix. En outre, la situation d'une remise de la chose ne résulte pas nécessairement d'une situation impliquant un « prix », identifiable de sorte que la mise en œuvre de l'article 1352-2, al.2 supposera alors une évaluation, inductive, de la « valeur », du prix, de la chose.

Il en est de même des dégradations de la chose : celui qui doit restituer ne doit en « répondre » (mais comment ? sur la base d'une restitution en valeur ?) sauf s'il est de bonne foi (or la bonne foi est de principe) ou qu'il n'ait pas commis de faute (à prouver par le créancier de restitution ?). Au-delà de ces imperfections, qui seront corrigées par la jurisprudence, là, encore, l'article 1352-1 offre des différenciations qui peuvent être très largement en deçà de la logique de l'article 1221. En outre, l'article 1352-1 omet le fait que si elle n'est pas due à la faute du débiteur de restitution, elle relève donc de l'écoulement du temps ou d'un cas de force majeure. Sauf donc à impliquer les règles relatives à la force majeure, de l'article 1218 ou 1351-1, le débiteur de bonne foi n'aurait pas à supporter ces dégradations, solution que la jurisprudence avait contrarié (*Cass.civ. 1^{re}, 2 juin 1987, n° 84-16624*).

Inversement l'article 1352-5 prévoit le cas des dépenses de conservation ou d'amélioration : il en est « tenu compte » dans la limite de la plus-value qui en résulte, ce qui suppose que cette plus-value soit estimée. Là encore, voilà une nouveauté étrange qui tranche avec les règles de l'article 555 du Code civil qui prévoit que les constructions sur terrain d'autrui profitent au propriétaire.

323. Par ailleurs, la restitution d'une chose suppose la restitution des fruits, et de la valeur de jouissance que la chose a procurés (art. 1353). Première question : n'est pas la même chose ? Une chose remise à une autre personne, vendue par exemple, qui est susceptible de produire des fruits, mais qui n'en produit pas (la personne utilise la chose pour son compte) justifie-t-elle la restitution de la « valeur de jouissance » comme si elle avait produit des fruits ? Ce serait très surprenant et la jurisprudence

avait longuement hésité (*Cass.civ. 3^e, 12 mars 2003, D. 2003, p. 2522, note Y.-M. Serinet, pour l'octroi d'une indemnité d'occupation à la suite de l'annulation d'une vente sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; Contra : Cass.civ. 1^{re}, 2 juin 1987, n° 84-16624*) pour finalement exclure une indemnité d'occupation correspondant à une telle valeur de jouissance (*Cass., ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, Bull. ch. mixte, n°2, RTD civ. 2005, p. 125, obs. J. Mestre et B. Fages, Defrénois 2004, p. 1402, obs. R. Libchaber, RLDC nov. 2004, n° 396, obs. Ph. Malaurie*) ; la formule signifie que la valeur de jouissance est due dès lors qu'elle est supérieure aux fruits perçus ; les termes « compensation de jouissance » dans le projet d'ordonnance étaient à cet égard plus explicites. Deuxième question : voilà une étrange nouveauté dont on a du mal à percevoir le fondement ! En effet, la jurisprudence considère traditionnellement que les fruits sont conservés par le possesseur de bonne foi (C. civ., art. 549), solution transposée dans les situations de restitution. L'article 1352-3 indique que les fruits et la valeur de la chose sont dûs, et ce quelle que soit la bonne ou mauvaise foi du débiteur de restitution ? Pas tout à fait, l'article 1353-7 dispose, répétant la formule de l'article 1352-3, que « celui qui a reçu de mauvaise foi les intérêts, les fruits ou la valeur de la jouissance à compter du paiement » mais ajoute que celui qui a reçu de bonne foi, ne les doit qu'à compter de la demande, ce qui a contrario, limite la restitution des fruits et de la valeur de jouissance à celui qui a reçu la chose de mauvaise foi.

Daniel Mainguy

CINQUIEME PARTIE

LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS

TITRE 1 DISPOSITIONS GENERALES

Titre IV BIS DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

Chapitre Ier Dispositions générales

Art. 1353 Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Art. 1354 La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée.

Art. 1355 L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Art. 1356 Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition.

Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable.

Art. 1353 L'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le code de procédure civile.

1. Le présent : changements et constantes

324. Le premier chapitre du nouveau titre IV bis gouverne « *la preuve des obligations* ». Les cinq articles qui le composent rassemblent des principes généraux s'appliquant indistinctement aux actes et aux faits juridiques. Il s'agit moins d'un réel changement que d'une réorganisation de règles jusqu'alors éparées au sein du Chapitre VI du Code civil. Elles y sont présentées de manière plus cohérente, faisant ainsi office de théorie générale du droit de la preuve. La charge de la preuve, principe essentiel, est clarifié (a). Sont par ailleurs consacrées les évolutions jurisprudentielles s'agissant des « *contrats sur la preuve* » (b). L'articulation entre droit substantiel et droit processuel est aussi rappelée (c).

a. La charge de la preuve

325. La règle générale d'attribution de la charge de la preuve est réaffirmée par l'article 1353, qui reprend dans les mêmes termes la formulation de l'ex-article 1315 du Code civil. Ce mécanisme, qui n'avait pas été remis en cause par les avant-projets de réforme (Avant-projet de réforme du droit des obligations (projet Catala), art. 1283 – Projet de réforme du régime général des obligations de l'Académie des sciences morales et politiques (Projet Terré), art. 156 – Projet gouvernemental de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats (Projet de la Chancellerie), art. 139), prône une alternance dans l'attribution du fardeau probatoire jusqu'à défaillance de l'une des parties : une fois établie la réalité de son droit par le demandeur (*actori incumbit probati*), le défendeur, en tant que moyen de défense, est tenu de prouver que ce droit a bien été satisfait ou qu'il est éteint (*reus in excipiendo fit actor*).

326. Ce principe essentiel – « *solution de simple bon sens* » (D. Guével, J.-Cl. Civil Code, Fasc. Unique : Contrats et obligations – Preuve. Charge de la preuve et règles générales, Art. 1315 et 1315-1, n° 11) – est désormais complété par un article 1354, qui synthétise les dispositions relatives à la présomption légale (C. Civ. ex-art. 1350 et 1352), lesquelles se trouvaient jusqu'alors contenues – voire « noyées » (M. Mekki, Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover, Dr. et patrimoine, 2015, n° 250, p. 236 et s.) – dans une section III traitant également des « *présomptions qui ne sont point établies par la loi* » (présomptions judiciaires ou « du fait de l'homme »). Loin de constituer une innovation, il s'agit toutefois d'une réorganisation bienvenue (En ce sens : M. Mekki, Article 1355 : Les présomptions légales, in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 805-806), car plus cohérente, de principes jusqu'alors dispersés. Cette présentation, en effet, exprime plus fidèlement l'articulation et la portée de ces mécanismes. La présomption judiciaire, qui constitue un moyen de convaincre le juge, demeure en toute logique rattachée aux dispositions concernant les modes de preuve (art. 1382). La présomption légale, en revanche, trouve assurément sa place au sein des dispositions générales, en ce qu'elle aménage le principe qui était celui de l'ex-article 1353 en opérant un allègement du fardeau probatoire. Le lien existant entre charge de la preuve et présomption transparaît ainsi à la lecture du nouveau texte, aux termes duquel « *la présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve* » (art. 1354, al. 1^{er}). Il pose, par là même, une définition de la présomption légale, comme étant celle que la loi attache à un fait ou un acte qu'elle tient pour certain. L'article 1349 du Code civil, selon lequel « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* », est donc supprimé. Que l'on s'étonne de cette abrogation (V. à propos du projet de réforme rendu public le 25 février 2015 : N. Dissaux et Ch. Jamin, Suppl. c. civ. 2016, p. 234) ou qu'on l'approuve (M. Mekki, Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover, préc. – V. aussi : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 5^{ème} Ed. 2012, p. 318 et s.), il reste que la nouvelle rédaction revêt, en substance, le même sens que l'ancienne. Dans les deux cas, en effet, la présomption légale emporte dispense de prouver un fait ou un acte difficile à démontrer – « inconnu » – et,

dès lors, réputé certain par le législateur. Cela ne signifie pas pour autant que la présomption légale conduit à une dispense totale de preuve. Pour qu'elle puisse produire son effet, un autre fait ou acte – « connu » – doit-il encore être démontré, alors même qu'il serait évident. Elle n'opère donc qu'un déplacement de l'objet de la preuve, comme le rappelle le rapport du Président de la République du 11 février 2016, seule la preuve de l'existence du fait ou de l'acte réputé certain n'ayant pas à être rapportée (*Rapport du 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* : JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25 – V. aussi : J. Dupichot et D. Guével, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 10 : Contrats et obligations – Présomptions. Notions générales, Art. 1349 à 1353, n° 151 – M. Mekki, 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, p. 608 et s.). Cette nouvelle définition, en cela, est d'ailleurs plus rigoureuse que le principe affirmé par l'ex-article 1352 al. 1^{er}, du Code civil, qui énonce que « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ».

327. Si la présomption légale facilite la preuve des allégations soulevées, que ce soit par choix de politique juridique ou dans le but de préserver certains intérêts (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc. p. 317 et s.), il ne faut pas oublier que la recherche de la vérité reste encadrée selon la portée qui lui est attribuée par le législateur. C'est ce qui apparaît à la lecture de l'article 1354 al. 2, qui classe les différentes variétés de présomptions légales selon leur force probante, ce qui présente l'avantage, non seulement de simplifier la lecture de l'ex-article 1352 al. 2 du Code civil (« nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires »), mais aussi de réunir et systématiser au sein d'un même texte des principes que l'on retrouve à la fois dans les dispositions applicables à la preuve et dans d'autres branches du droit (*Pour une approche exhaustive* : J.-L. Mouralis, *Rep. Dalloz dr. Civil* : V° Preuve, 2° Règles de preuve, et J. Dupichot et D. Guével, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 10, préc. – V. aussi : *Cour de Cassation, Rapport 2012, La preuve*, p. 140 et s.). Alors que les

présomptions simples et mixtes peuvent être contestées, ce n'est pas le cas de la présomption irréfragable (V. *Infra*). Il en va ainsi de la présomption de vérité attribuée, pour des raisons d'ordre public, à l'autorité de la chose jugée (J.-P. Dintilhac, *La vérité de la chose jugée* : www.courdecassation.fr). Celle-ci est réaffirmée par l'article 1355, lequel vient remplacer, en des termes identiques, l'ex-article 1351 du Code civil. Elle est toutefois le seul cas de présomption légale à être conservé parmi les exemples cités par l'ex-article 1350 (« *La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité ; 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ; 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ; 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.* » – V. *Infra*). Si l'on comprend que le choix opéré dans le cadre de l'Ordonnance consiste à rappeler que l'autorité de la chose jugée est une « *présomption légale essentielle* » (*Rapport du Président de la république relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, préc.*), si bien qu'elle survit à la suppression de la liste dressée par l'ex-article 1350, il est vrai que l'enchaînement des textes manque sensiblement de lien et, ce faisant, de sens (N. Dissaux et Ch. Jamin, *Suppl. c. civ. 2016, préc. p. 235*). Cela tient peut-être au fait que l'autorité de la chose jugée n'est pas à proprement parler une présomption en un sens probatoire, mais davantage une règle de fond. La réaffirmation de la portée de ce principe aurait certainement mérité une réécriture du texte, afin de clarifier sa place au cœur des dispositions générales.

b. Les contrats sur la preuve

328. La véritable innovation au titre des dispositions générales réside dans l'intégration du principe de validité des contrats sur la preuve, qui était également défendue par les avant-projets de réforme (*Projet Terré, art. 142 – Avant-Projet de loi Catala, art. 1289 – V. aussi pour une critique du recours à la notion de « contrat » : A. Aynès, Conventions sur la preuve : validité limitée, Dr. et patrimoine 2015, préc. – M. Mekki, Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover, préc.*) L'article 1356 réécrit l'ex-article 1316-2 du Code civil, qui n'admet que très partiellement ce principe en le limitant aux cas de conflits de preuves littérales.

329. Le nouveau texte prévoit en revanche que « les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition » (al. 1^{er}). Il reprend la formulation proposée dans le cadre du Projet Terré (art. 142) et consacre, ce faisant, les solutions jurisprudentielles rendues à l'appui du caractère supplétif des règles probatoires (Cass. civ., 5 novembre 1952 : Bull. civ. 1952, n° 286 – Cass. Soc, 24 mars 1964 : JCP 1965, II, 14415, n° 286). On sait, en effet, que sur ce fondement la Cour de cassation admet la licéité des conventions aménageant, non seulement, la charge de la preuve (Cass. Req., 1^{er} avril 1862 : D. 1862, I, p. 433 ; S. 1863, I, p. 86. – Cass. Req., 21 juillet 1926 : S. 1926, I, p. 319 – Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2000 : Bull. civ. I, n° 81 – Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003 : Bull. civ. I, n° 26 – Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2007 : Bull. civ. I, n° 328), mais aussi les modes de preuve des actes juridiques (Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1989 : Bull. civ. I, n° 342 ; D. 1990, p. 369 et s., note C. Gavalda ; JCP G 1990, IV, 3 et II, 21576, G. Virassamy – Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994 : Bull. civ. I, n° 102). Cela tient au fait que ces conventions s'avèrent parfois utiles aux parties, qu'elles leur permettent notamment d'anticiper le coût d'un procès (M. Mekki, *La gestion contractuelle du risque de la preuve* (2^{ème} partie), RDC 2009, p. 453) ou de garantir la portée des obligations qu'elles ont contractées (A. Aynès, *Conventions sur la preuve : validité limitée, préc.*). Mais elles peuvent aussi les priver leurs droits, ou priver le juge de sa faculté d'appréciation. Il est donc admis qu'elles doivent être limitées (D. Ferrier, *La preuve et le contrat*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, Paris 1999, p. 105 – Y. Flour et A. Ghozi, *Les conventions sur la forme*, Defrénois 2000, art. n° 37211, p. 911 – M. Lamoureux, *Les limites des clauses de preuve*, RLDC 2010/71, suppl. 3829 – M. Mekki, *La gestion contractuelle du risque de la preuve*, préc. – C. Grimaldi, *La preuve en droit des contrats*, in *La preuve : regards croisés*, dir. M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi, Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2015, pp. 79-84). C'est la raison pour laquelle l'article 1356 al. 1^{er}, qui consacre la condition posée par la jurisprudence (Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1989, préc.), précise immédiatement que ce principe de validité se trouve circonscrit aux droits dont les parties ont la libre disposition. Ceux-ci, en effet, peuvent faire l'objet d'actes juridiques. Il énonce également, à titre d'exception, que les contrats sur la preuve « ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ». La rédaction, qui rappelle celle de

l'article 1289 de l'Avant-projet de loi Catala (« *Les conventions relatives à la preuve sont licites. Néanmoins, elles ne peuvent ni écarter ni affaiblir les présomptions établies par la loi et ne peuvent davantage modifier la foi que la loi attache à l'aveu ou au serment. Elles ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures* »), vient ainsi compléter les dispositions légales auxquelles achoppent ces conventions, telles que les droits fondamentaux régissant le procès (Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2004, préc. rendu au visa de l'article 6-1 de la conv. EDH), les règles d'administration de la preuve (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t.3 Le rapport d'obligation*, Sirey, Coll. Université, 9^{ème} Ed., 2015, p. 7 et s.) ou certaines dispositions issues des droits spéciaux (C. consom., art. R. 132-1, 12° et R. 132-2, 9° – Il ressort également du caractère d'ordre public des normes régissant le contrat d'agence commerciale que les parties ne sont pas toujours libres d'aménager les règles de preuve : Cass. com. 31 mars 2015, n° 14-10346 et 14-10654).

Le nouveau texte vient ajouter d'autres restrictions. C'est le cas, d'une part, de la prévalence accordée aux présomptions légales, le choix de politique juridique opéré par le législateur s'imposant de toute évidence aux parties afin de préserver des intérêts supérieurs. De la même manière, la présomption de vérité émanant de l'aveu ou du serment ne peut être remise en cause par anticipation du procès. D'autre part, les parties ne sont pas autorisées à se faire bénéficier d'une présomption irréfragable, qu'elle qu'en soit l'origine. En effet, ce mécanisme pourrait lier le juge sur le fond du droit. En outre il consisterait pour l'une d'entre elles à renoncer à un droit dont l'existence pourrait être démontrée, faute de pouvoir contester le fait ou l'acte réputé certain (A. Aynès, *Conventions sur la preuve : validité limitée*, préc.). Il faut donc comprendre que les parties, si elles ont certes la faculté de conclure des contrats sur la preuve portant sur leurs droits disponibles, ne peuvent toutefois y renoncer. Le texte précise ainsi la portée des solutions jurisprudentielles, en admettant que la charge de la preuve ne peut être contractuellement aménagée que par des présomptions simples ou mixtes (*Sur la légitimité de cette interdiction*, V. : J. Dupichot et D. Guével, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 10, préc., n° 113). Celles-ci, en effet, permettent le rétablissement de la vérité à l'issue d'un débat probatoire, ce qui n'est pas le cas de la présomption irréfragable qui, stipulée conventionnellement, viendrait priver le

juge de son office (M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, préf. J. Mestre, PUAM, 2006).

c. L'articulation des règles de fond et de procédure

330. Le Code civil, version 2016, intègre un article 1357, qui prévoit que « l'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le code de procédure civile ». S'agissant plus que d'une simple annonce, ce texte, qui opère un renvoi vers les règles processuelles d'administration de la preuve, rappelle le lien existant entre celles-ci et le droit substantiel issu du code civil. Ce rappel est opportun (N. Dissaux et Ch. Jamin, *préc.* p. 232 – *Contra.* : É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, D. 2014, p. 622), tant il est vrai qu'en la matière, règles de fond et de procédure sont complémentaires (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t.3 Le rapport d'obligation, préc.*, p. 6 et s.). En témoigne l'articulation des articles 1353 (C. Civ. ex-art. 1315) et 9 du code de procédure civile (« Il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention »), le premier de ces textes posant l'alternance de la charge de la preuve, le second imposant aux parties de rapporter la preuve des faits allégués à l'appui de leur prétention.

2. L'avenir : questions et interprétations

331. Des questionnements demeurent à propos de la réécriture et de la portée de ces nouvelles dispositions générales.

332. La première concerne l'intitulé même du nouveau titre IV bis, relatif à « la preuve des obligations ». Alors que l'ensemble de la matière s'est largement diffusé dans tout le droit civil, et que les nouveaux textes ont pour objectif de détacher ces règles du droit des contrats (*Rapport du Président de la République, préc.*), on peut en effet légitimement se demander pourquoi le choix n'a pas été fait de consacrer ce titre à « la preuve civile » (*En ce sens* : É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, préc.*). Dans une moindre mesure, mais dans le même sens, la question se pose de savoir ce qui a fait obstacle à la réécriture de l'ex-article 1315 du Code civil (Art. 1353), alors

pourtant que ce texte revêt, par « *induction amplifiante* » (M. Mekki, *Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover, préc.*), une portée générale dans d'autres branches du droit. Par ailleurs, et surtout, il est admis que sa mise en œuvre en droit des contrats peut s'avérer complexe, tant sa formulation peut sembler inadaptée à des situations auxquelles les rédacteurs du code civil n'ont pas songé. C'est le cas, par exemple, de la preuve de l'étendue de l'obligation ou de son inexécution (M. Mekki, *ibid.* – On lira aussi : M. Buchberger, *Le rôle de l'article 1315 du code civil en cas d'inexécution d'un contrat*, D. 2011, p. 465 – En droit belge : O. Michiels, *L'article 1315 du code civil : contours et alentours*, *Actualités du droit* 1998, n° 5, p. 363 et s.). Son articulation avec l'article 9 du Code de procédure civile, en outre, conduit parfois à des solutions contraires (E. Vergès : *Ibid.*). Peut-être alors aurait-il été opportun de revoir sa rédaction, sans pour autant en remettre en cause le principe.

333. D'autres remarques peuvent être soulevées concernant les manques que l'on peut constater dans le nouvel agencement des textes.

334. D'abord, le risque de la preuve, au sens strict de « *risque du doute* » (V. : M. Mekki, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats*, RDC 2008, p. 681 et 2009, p. 453 – Regard substantiel sur le « *risque de la preuve* ». Essai sur la notion de charge probatoire, in *La preuve : regards croisés*, dir. M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi, Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires*, 2015, pp. 7-26spéc. p. 12 et s. – *Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover, préc.* – *Le risque de la preuve*, in *Droit et économie du procès civil*, dir. D. Cohen, LGDJ, 2010, p. 195 – *Sur le risque de la preuve* : H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Lyon, 1947, n° 117 – R. Légeais, *Les règles de preuve en droit civil*, thèse Poitiers 1954, éd. L.G.D.J. 1955, préf. R. Savatier, p. 101 et s. – J. Chevallier, *La charge de la preuve*, *Cours de droit civil approfondi*, Les cours de droit, 1958-1959 – F. Boulanger, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, RTD civ. 1966, p. 736 – J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, 1980 – J.-L. Mouralis, Dalloz, Rep. Dr. civil., V° *Preuve* (2° *Règles de preuve*), n° 54 et s.), n'y est pas évoqué, alors que la réforme aurait pourtant pu être l'occasion de trancher les controverses doctrinales dont il fait l'objet (É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas*

manquer, *préc.*). La raison en est peut-être qu'il doit demeurer régi par des dispositions spéciales (*Par ex.* : C. trav. art. L. 1225-3 ; L. 1235-1, al. 2 – C. consom. art. L. 133-2 – Sur les présomptions dites « antéjudiciaires », V. Cour de Cassation, Rapport 2012, *La preuve*, p. 139) ou relever de la seule appréciation du juge, tant il s'agit d'une notion orientée vers l'équité (D. Guével, *J-Cl. Civil Code*, Fasc. unique : Art. 1315 et 1315-1, *préc.*, n° 21).

335. Est absent, ensuite, le « droit à la preuve », tel que dévoilé en 2012 par la Cour de cassation (Cass. civ. 1ère, 5 avril 2012 : D. 2012, p. 1596, note G. Lardeux ; RTD civ. 2012, p. 506, obs. J. Hauser – Cass. civ. 1ère, 31 octobre 2012 : Bull. 2012, I, n° 224 – V. déjà : Cass. com., 15 mai 2007 : Bull. 2007, IV, n° 130 et Cass. civ. 1ère, 16 octobre 2008 : Bull. 2008, I, n° 230 – CEDH 10 octobre 2006, Req. n° 7508/02 – CEDH, 13 mai 2008, Req. n° 65097/01), entendu comme le droit du plaideur de produire des éléments de preuve au soutien de sa prétention (Comp. C. Proc. Civ., Art. 138 et s. – V. aussi, sur les deux aspects du droit à la preuve : G. Goubeaux, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277 et s. – C. Grimaldi, *Preuve et droits fondamentaux en France*, in *La preuve*, Travaux de l'association Henri Capitant, T. LXIII, Bruylant et LB2V, 2013, p. 161 et s., spéc. p. 184 et s.). Probablement aurait-il mérité de figurer parmi les dispositions générales, sous réserve des limites dégagées par la jurisprudence, et alors même qu'il renvoie à l'admissibilité des modes de preuve (É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, *préc.* – M. Mekki, *Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover*, *préc.*). On sait, en effet, que la Cour de cassation soumet l'exercice du droit à la preuve à un double test de nécessité et de proportionnalité lorsque la production d'éléments au procès porte atteinte à un intérêt antagoniste, tel que le respect de la vie privée (Cass. civ. 1ère, 5 avril 2012, *préc.* – Cass. civ. 1ère, 10 septembre 2014 : D. 2014. 1824, et 2015. 342, obs. E. Dreyer ; RTD civ. 2014. 856, obs. J. Hauser – Cass. civ. 1ère, 25 février 2016, n° 15-12403). Cela étant, certains intérêts sont protégés par des secrets d'une vigueur particulière, qu'ils garantissent par exemple la confiance dans une profession ou dans un système (Tel est le cas du secret bancaire : E. Collomp, *Le secret bancaire*, in *Rapport 2004, Cour de Cassation*, p. 45). Dans ce cas, le droit à la preuve doit s'incliner, dans l'intérêt de tous (La Cour de cassation s'est récemment prononcée en faveur de l'intangibilité du secret professionnel du notaire, au motif que seule la loi peut en imposer ou en

autoriser la levée : Cass. civ. 1ère, 4 juin 2014 : RDC 2014, p. 756, obs. C. Pérès ; RTD civ. 2014, p. 658, obs. H. Barbier). Il a ainsi été naturellement soulevé qu'outre les limites déjà évoquées, il aurait pu être prévu que le droit à la preuve peut être exercé, sauf exceptions légales (En ce sens : M. Mekki, *Ibid.* – À noter qu'il a été jugé qu'une disposition législative qui attribue au secret bancaire un caractère absolu est incompatible avec l'exercice des droits fondamentaux (en l'espèce droit de propriété intellectuelle et droit d'exercer un recours effectif contre une décision) : CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-580/13 : D. 2015. 2168, note C. Kleiner ; AJ pénal 2015. 544, note J. Lasserre Capdeville). Néanmoins, il est permis de considérer qu'un tel encadrement du droit à la preuve pourrait venir contraindre l'approche pragmatique qu'a pu retenir jusqu'à présent la Cour de cassation dans la conciliation du secret professionnel à des intérêts antagonistes. Elle s'est notamment prononcée en faveur de l'inopposabilité du secret bancaire à la caution contre laquelle la banque forme une demande de paiement, à l'appui de l'ex-article 1315 du code civil imposant à cette dernière la preuve de l'existence et du montant de sa créance. En effet, l'article L. 511-33, I. al. 2 du Code monétaire et financier prévoit que le secret bancaire peut être levé, « outre les cas où la loi le prévoit » (Cass. com. 16 décembre 2008 : Bull. civ. IV, n° 206 ; D. 2009. 784, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2009. 147, obs. P. Crocq ; Rapport Cour de cassation 2010, p. 262). Plus encore, cette approche peut être souhaitée, en ce sens que certains intérêts font parfois l'objet d'une protection par le secret professionnel, tandis que dans d'autres situations ils cèderont devant l'impératif de vérité (G. Lardeux, *Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée*, D. 2016, p. 96).

336. Enfin, les présomptions dites « quasi-légales » (P. Mimin, *Les présomptions quasi légales*, JCP G 1946, I, 578), ou « jurisprudentielles » (J. Dupichot et D. Guével, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10, préc., n° 116 et s.), ne sont pas évoquées au titre des dispositions générales. Ces présomptions, élaborées par le juge à l'appui de l'ex-article 1353 du Code civil (art. 1382), consistent à transformer des présomptions de fait en présomptions liant le juge. Elles n'ont donc pas uniquement une finalité probatoire, mais constituent de véritables règles de fond (Par ex. la présomption irréfutable de connaissance du vice du vendeur professionnel dans le cadre de la mise en œuvre de la garantie des vices cachés : Cass. civ. 1ère, 19 janvier 1965 : D. 1965, p. 389 – Elles sont

également usuelles en droit de la responsabilité civile délictuelle : L. Gratton, *Le dommage déduit de la faute*, RTD civ. 2013, p. 275 et s.). Elles font ainsi office de « palier intermédiaire » (J. Dupichot et D. Guével, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 10, préc., n° 139 et s.) entre les présomptions du fait de l'homme et les présomptions légales, et sont d'ailleurs parfois qualifiées de « fausses présomptions » (L. Aynès, *La percée des présomptions*, Dr. et patrimoine 2005, n° 135, p. 75-76). C'est notamment en raison de cette ambiguïté (on leur reproche également de donner lieu à un détournement de l'article 1353 dans le but d'instituer une nouvelle règle de droit : L. Aynès, *Ibid.*), et parce qu'elles relèvent uniquement de la pratique judiciaire, qu'il est soulevé qu'elles ne devraient pas figurer au sein du Code civil (M. Mekki, *Article 1355 : Les présomptions légales*, in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, préc. – Contra. É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer*, préc., qui recommande le recours à la notion de « présomptions de droit »). Bien qu'elles aient pour effet de répartir la charge de la preuve, elles ne consistent pas à en déplacer l'objet. Elles ne relèvent donc pas de la définition légale de la présomption, mais de l'office du juge dans son rôle d'interprétation de la loi.

337. S'agissant des présomptions, le nouveau texte donne lieu, par ailleurs, à des difficultés d'interprétation. Alors que la présomption légale irréfragable peut, aux termes de l'ex-article 1350 du Code civil, être combattue par le serment et l'aveu judiciaires, cette exception n'a pas été retenue au titre de l'article 1354. Cela peut signifier qu'en raison de la force probante de ces deux modes de preuve, cette possibilité est sous-entendue. En effet, les articles 1383-2 (C. civ. ex-art. 1356) et 1385-3 (C. civ. ex-art. 1363 et 1364) en affirment le caractère absolu. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les contrats sur la preuve trouvent aussi leurs limites dans la foi qui leur est attachée (art. 1356). Il n'est pas exclu, toutefois, que les critiques relatives à « l'attachement anachronique » à ces procédés aient aussi été entendues (*En ce sens* : M. Mekki, *Article 1355 : Les présomptions légales*, in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, préc.). Cela pourrait expliquer l'abrogation de la liste dressée à l'ex-article 1350 du Code civil, et ce faisant la disparition de l'aveu et du serment de la liste des présomptions légales.

338. Une autre difficulté, pour finir, concerne la portée de l'article 1356, relatif aux « contrats sur la preuve ». Rappelons que les

parties n'ont pas la faculté de faire échec aux présomptions légales irréfragables. La question se pose donc de savoir si elles auront en revanche la possibilité de contredire les « présomptions jurisprudentielles » irréfragables, ou s'il faut au contraire considérer que celles-ci, en tant qu'elles lient le juge, font d'ores et déjà partie des limites existantes. Il est plus aisé de se prononcer, en revanche, sur la question de savoir si cette nouvelle disposition permet aux parties de limiter la liberté de la preuve des faits juridiques car, outre le fait que la Cour de cassation n'y soit pas favorable (Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2004 : Bull. civ. II, n° 101 ; RTD civ. 2005, p. 133, obs. J. Mestre et B. Fages), l'article 1358 en consacre désormais le principe hors les cas où la loi en dispose autrement. Les parties ne pourront donc pas y déroger.

Caroline Raja

TITRE 2 LES PREUVES ADMISSIBLES

Chapitre II L'admissibilité des modes de preuve

Art. 1358 *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen.*

Art. 1359 *L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.*

Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.

Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant.

Art. 1350 *Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.*

Art. 1351 *Il peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment*

décisoire ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve.

Art. 1352 *Constitue un commencement de preuve par écrit tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué.*

Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.

La mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut commencement de preuve par écrit.

1. Le présent : changements et constantes

339. Le Chapitre relatif à « l'admissibilité des modes de preuve » reprend des principes issus du droit positif, d'origine légale et jurisprudentielle. Le texte réécrit du Code civil œuvre toutefois à rassembler des règles générales au sein d'un chapitre exclusivement consacré à l'admissibilité des modes des preuves. Des dispositions du Code civil, réorganisées, clarifiées et modernisées, se dégage une théorie générale reposant sur un principe de liberté probatoire (a) et son exception (b).

a. Principe de liberté probatoire

340. Le nouvel article 1358 prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». Cette nouvelle disposition vient poser en principe la liberté probatoire qui, jusqu'à présent, n'apparaissait pas aussi clairement à la lecture des textes remplacés du Code civil. Son existence, en effet, s'inférait de l'interprétation *a contrario* de l'ex-article 1341 al. 1^{er}, affirmant l'exigence d'un écrit pour la preuve des actes juridiques (« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre »), ainsi que de sa confrontation aux dispositions dérogatoires de l'ex-article 1348 al. 1^{er} applicables, notamment, aux quasi-contrats, délits et quasi-délits (« Les règles ci-dessus reçoivent encore exception

lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure »). Le premier changement opéré par la réforme concerne donc la valeur reconnue à la liberté de la preuve qui, d'un statut d'exception dans les textes remplacés du Code civil, accède désormais à celui de principe dans le cadre des nouvelles règles applicables. Le second changement consiste dans la reconnaissance d'un champ d'application étendu de ce principe. Dans le silence du texte, la liberté de la preuve s'applique en effet indistinctement aux actes et aux faits juridiques (*désormais définis : art. 1100-2*). Cette formulation transcende ainsi la dualité du système probatoire adopté en droit civil, reposant sur la preuve légale des actes et la preuve libre des faits. L'article 1358 unifie donc le système de la preuve des obligations en faisant de la preuve légale une exception à la preuve libre, ce qui témoigne, du reste, de l'effort d'édification d'une théorie générale en la matière (*Rapport du 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*). Cette unification, toutefois, est davantage formelle que substantielle. On sait, en effet, que la preuve des faits n'est pas toujours libre, puisqu'elle souffre, non seulement, d'une exigence de loyauté (*la loyauté est également exigée dans le contentieux porté devant l'Autorité de la concurrence : Cass., ass. plén., 7 janvier 2011, Bull. Ass. Plén., n° 1, JCP 2011, n° 43, obs. M. Malaurie-Vignal, Contrats conc. consom. 2011, n° 71, note D. Bosco; RTD civ. 2011. p. 127, obs. B. Fages*), mais aussi de contraintes légales dans des domaines particuliers comme celui de l'état des personnes. En ce qui concerne les actes juridiques, le changement opéré, en revanche, est plus remarquable, car il conduit à adopter une démarche inversée. Alors que, jusqu'à présent, le principe était qu'ils doivent être prouvés par le recours à un écrit, cette exigence fait désormais office d'exception.

b. Exception à la liberté probatoire : l'exigence de preuve par écrit sous signature privée ou authentique des actes juridiques

341. Face au principe de liberté probatoire, l'article 1358 réserve les « *cas où la loi en dispose autrement* ». La disposition suivante contribue à les illustrer s'agissant des actes juridiques.

342. Champ d'application de l'exigence de preuve par écrit.-

L'article de l'Ordonnance pose d'abord une série d'exceptions au principe de liberté de la preuve.

La première concerne la preuve de l'existence de « *l'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret* » (actuellement 1500 euros. V. D. n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile : JORF n°195 du 22 août 2004 page 15032). Le texte s'inspire de l'ex-article 1341 du Code civil, en ajoutant qu'il « *doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique* ». La formulation retenue est toutefois moins contraignante, le texte n'exigeant plus d'obligation de préconstituer un écrit, mais seulement celle de prouver l'existence de l'acte par le recours à ce procédé. Préconstituer une preuve de l'acte, quel que soit son montant ou sa valeur, apparaît donc désormais comme une faculté pour les parties (art. 1364 : « *La preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée* »). Ce « réajustement » est concevable, étant donné que l'écrit est ici imposé *ad probationem* et non *ad validitatem*. Cela étant, on remarquera aussi que sa portée est limitée en pratique, les parties devant, quoi qu'il en soit, recourir à l'écrit sous signature privée ou authentique pour prouver l'existence de l'acte excédant 1500 euros. Il faut noter, par ailleurs, que le texte vise désormais l'« *acte authentique* », notion plus large que celle d'« *acte devant notaire* » imposée à l'ex-article 1341 du Code civil, puisqu'elle vise tous les actes dressés par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter (V. art. 1369).

343. La seconde exception au principe de liberté probatoire concerne la preuve du contenu de l'acte. Là encore, se retrouvent en substance les dispositions de l'ex-article 1341 du Code civil. Il est ainsi rappelé qu'il ne peut être prouvé contre et outre le contenu des actes juridiques que par écrit, et ce quelle que soit la valeur ou le montant sur lequel porte l'obligation en cause. Cette exigence se déduisait de la rédaction de l'ex-article 1341 du Code civil, aux termes duquel « *il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre* ». Elle est ici reformulée de façon plus explicite.

Le texte livre ensuite des précisions quant au champ d'application de l'exigence d'écrit en reprenant, tout en le clarifiant, le contenu des ex-articles 1343 et 1344 du Code civil. Il rappelle, en effet, que seul est pris en compte le montant de la créance. Par conséquent, et d'une part, la preuve par écrit s'impose à celui qui restreint le montant de sa demande, dès lors que sa créance excède 1500 euros (art. 1359, al. 3). D'autre part, « *celui dont la demande même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant* » ne peut davantage être dispensé de l'obligation de preuve par écrit.

Le maintien du recours à l'écrit sous signature privée ou authentique pour la preuve des actes juridiques s'inscrit dans une volonté de sécuriser les transactions (*Rapport du Président de la république : préc. V. les obs. sous l'article 1359*). C'est sans compter, bien sûr, la faculté désormais explicitement accordée aux parties de conclure des contrats sur la preuve (*V. Supra.*) et aux aménagements prévus par les articles 1359 et suivants.

344. Aménagements à l'exigence de preuve par écrit. – L'article 1359 fait office de « *principe d'exception* » (*Rapport du Président de la république : préc.*), aménagé par les articles 1360 à 1362 qui prévoient deux hypothèses dans lesquelles l'écrit n'est plus exigé à titre de preuve. La première concerne l'impossibilité de prouver par écrit et opère, ainsi, un retour au principe de liberté probatoire. La seconde vise les cas dans lesquels d'autres modes de preuve, considérés comme équivalents à l'écrit, y suppléent.

345. Retour à la liberté probatoire. – La preuve par écrit sous signature privée ou authentique n'est plus requise « *en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure* ». L'article 1360 réaffirme la liberté de la preuve des actes juridiques dans les cas particuliers d'impossibilité de recourir à la preuve écrite (*Ph. Malinvaud, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP 1972, I, n° 2468*) et offre donc la possibilité aux plaideurs de recourir à la preuve par tout moyen. L'ex-article 1348 al. 1^{er} du Code civil est reproduit s'agissant des cas d'impossibilité matérielle et morale de se procurer un écrit, ainsi que de la perte de l'écrit par

force majeure (art. 1218). En revanche, la perte de l'écrit par cas fortuit n'est pas conservée, celui-ci ayant été supprimé dans le cadre de la réforme, dans la mesure, sans doute, où ces deux termes sont considérés comme synonymes (V. F. Chabas et F. Gréau, *Dalloz, Rep. Dr. civil*, V° Force majeure, n° 2). La présentation d'une copie lorsqu'une partie ou son dépositaire n'a pas conservé l'original, hypothèse prévue à l'ex-article 1348 al. 2 du Code civil, n'est pas non plus réaffirmée. Elle est simplement déplacée. Il faut, en effet, se reporter à l'article 1379, qui en fixe désormais la valeur probante. La « copie fiable » ayant la même force probante que l'original, elle fait naturellement exception à l'obligation de prouver par écrit sous signature privée ou authentique.

346. Le texte s'enrichit, par ailleurs, d'un nouveau cas d'impossibilité de se procurer un écrit. En accordant aux plaideurs la faculté d'invoquer l'existence d'un usage, il consacre les solutions jurisprudentielles qui en admettent traditionnellement le bien-fondé (*Cass. Req.*, 4 novembre 1908 : *DO* 1909, I, 188). Il l'érige toutefois en cause autonome d'impossibilité, alors qu'il s'agissait jusqu'à présent, aux côtés des relations d'ordre personnel entre les plaideurs, et à l'appui d'une interprétation large de l'ex-article 1348 du Code civil, d'une des causes d'impossibilité morale de se procurer un écrit (J.-L. Mouralis, *Rep. Dalloz dr. Civil* : V° Preuve, 2° Règles de preuve, n° 423 et s. – V. aussi : D. Guével, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 60 : Art. 1341 à 1348, n° 43 et s., pour qui il s'agit d'une classification plus ou moins abusive). Il est d'ailleurs permis de considérer que la formulation employée revêt une portée plus souple que la solution retenue par la Cour de cassation. Cette dernière, en effet, exige non seulement que soit rapportée la preuve de l'existence de l'usage, mais en outre que celui-ci place les parties dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite (*Cass. civ. 1ère*, 17 mars 1982 : *Bull. civ. I*, n° 114 – *Cass. com.*, 22 mars 2001 : *D.* 2011, p. 1076, obs. X. Delpech, p. 2687 ; *RTD civ.* 2011, p. 491 obs. P. Deumier – V. aussi : D. Guével, *préc.* n° 45). Or, en disposant qu'il est fait exception à l'exigence de l'article 1359 de l'Ordonnance « s'il est d'usage de ne pas établir un écrit », la nouvelle rédaction du texte suggère que l'impossibilité de se procurer un écrit est liée à l'existence de l'usage, qui seule suffit donc à en dispenser le plaideur. Elle rétablit ainsi la force de l'usage à l'égard des règles légales, supplétives en matière probatoire (*Cf. Supra.* – D. Guével,

préc., n° 43 et s. – J.-L. Mouralis, *préc.* n° 440– V. aussi, considérant que l'application de l'usage par les parties vaut convention tacite de mise à l'écart de l'exigence d'écrit : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t.3 *Le rapport d'obligation*, *préc.*, note 6, p. 57) et permet, en outre, d'élargir le champ de l'exception au profit des professionnels de l'ensemble des secteurs économiques. On comprend, dès lors, qu'en corollaire à cette extension, l'exception spéciale concernant la matière commerciale (*C. com.*, art. L. 110-3), qui figurait à l'article 1348 al. 2 du Code civil, ait été supprimée (A. Hontebeyrie, *L'admissibilité des modes de preuve : un dispositif clair et concis, dont l'organisation pourrait être améliorée*, *Dr. et patrimoine* 2015, n° 250, p. 49 et s.). Notons, pour finir, que le texte ne vise que l'usage dont s'infère une impossibilité d'établir un écrit. Les autres usages devraient donc être appréciés à l'aune des critères posés par la jurisprudence aux fins d'application de l'impossibilité morale de se procurer un écrit.

347. Suppléance de l'écrit. – L'article 1361 complète les hypothèses opérant un retour à la liberté probatoire, en posant pour règle la suppléance de l'écrit par « *l'aveu judiciaire, le serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve* ». Cette disposition rassemble et expose plus clairement les cas particuliers de dispense d'écrit prévus aux ex-articles 1347, 1356 et 1363 du Code civil. Elle offre ainsi la faculté aux plaideurs de recourir à des modes de preuves considérés comme équivalents. La force probante de l'aveu judiciaire, en effet, est telle, qu'elle suffit à remplacer la preuve écrite (art. 1383-2). Cette portée, qui découlait de l'interprétation de l'ex-article 1356 du Code civil (*Cass. civ. 1^{ère}*, 28 janvier 1981 : *Bull. civ. I*, n° 33), n'est pas une nouveauté, mais se trouve désormais consacrée. Il en est de même du serment décisoire, dont la force probante est absolue, l'autre partie n'étant pas admise à en prouver la fausseté (art. 1385-3). Concernant le commencement de preuve par écrit, la réorganisation des textes du Code civil marque une légère évolution. Certes, le texte rappelle les solutions jurisprudentielles exigeant des plaideurs de parfaire ce mode de preuve par un ou plusieurs autres éléments (*Cass. civ. 1^{ère}*, 12 juillet 1972 : *Bull. civ. I*, n° 185 – *Cass. Com.*, 30 novembre 1993 : *Bull. civ. IV*, n° 435). Il réaffirme donc son caractère incomplet, mais il apporte cependant une précision importante en pratique, puisqu'il est prévu qu'un

unique moyen de preuve complémentaire suffit à le corroborer (*Dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond : Cass. civ. 1ère, 10 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 138*). Par ailleurs, le commencement de preuve par écrit accède au statut de procédé équivalent à la preuve écrite, alors qu'il faisait jusqu'alors office d'exception à celle-ci (*C. civ., ex-art. 1347 al. 1*). Se trouvant intégré dans une section consacrée à la preuve testimoniale, ce mode de preuve constituait, en quelque sorte, un « vecteur » d'admissibilité de celle-ci. Il est dorénavant une alternative à l'écrit. Cette « promotion » (A. Hontebeyrie, *L'admissibilité des modes de preuve : un dispositif clair et concis, dont l'organisation pourrait être améliorée, préc.*), plus théorique que pratique, peut trouver explication dans la réorganisation des textes eu sein d'un chapitre dédié à « l'admissibilité des modes de preuve », la preuve testimoniale étant quant à elle intégrée dans le chapitre applicable aux « différents modes de preuve ». Elle peut aussi s'expliquer par la suppression de l'obligation faite aux parties de préconstituer un écrit (*V. Supra., art. 1364*). Pour finir, l'article 1362 maintient, en la simplifiant, la définition de ce mode de preuve telle que posée par l'ex-article 1347 du Code civil. La formulation qui en résulte en est toutefois différente, puisqu'il est prévu qu'il émane « de celui qui conteste un acte », et non plus « de celui contre lequel la demande est formée » (*V. Infra*). Le texte rappelle également les dispositions issues de la réforme de la procédure civile du 9 juillet 1975, selon lesquelles « peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution » (*L. n° 75-595 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile : JORF 10 juillet 1975, p. 7076*). Il ajoute que « la mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut commencement de preuve par écrit ». Le texte reprend donc le principe exprimé à l'ex-article 1336 du Code civil, mais supprime les conditions dans lesquelles la transcription d'un acte sur les registres publics peut servir de commencement de preuve. Ce dernier revêt donc un champ d'application plus étendu.

2. L'avenir : questions et interprétations

348. L'édification de dispositions générales relatives à l'admissibilité des modes de preuve offre une vision plus claire et

rigoureuse des principes régissant la matière. Des questions subsistent néanmoins quant à l'interprétation qui pourra être retenue de certaines d'entre elles.

Une première difficulté, pressentie à la lecture du projet d'Ordonnance de février 2015 (C. Bourdair-Mignot, *La preuve des obligations. L'admissibilité des modes de preuve* (Projet, art. 1359 à 1363) : <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/06/12/la-preuve-des-obligations-ladmissibilite-des-modes-de-preuve-projet-art-1359-a-1363/>), demeure à propos du texte adopté en 2016. Elle se rapporte à la redéfinition de l'auteur du commencement de preuve par écrit. Alors que l'ex-article 1347 du Code civil prévoit qu'il s'agit d'un écrit qui émane « de celui contre lequel la demande est formée », l'article 1362 dispose qu'il émane « de celui qui conteste un acte ». La première formulation suggère que l'auteur du commencement de preuve peut ne pas contester l'existence ou le contenu de l'acte, sans que cela ne remette pour autant en cause l'obligation de celui qui s'en prévaut de le prouver. La seconde, en revanche, n'envisage que l'hypothèse de la contestation de l'acte. Cette rédaction est donc plus restrictive et pose la question de savoir s'il faut en déduire qu'en l'absence de contestation, celui qui s'en prévaut bénéficie d'une dispense de preuve (C. Bourdair-Mignot, *Ibid.*). Outre le fait que ce texte ne régit ni l'objet, ni la charge de la preuve, une telle analyse ne saurait prospérer en regard des principes directeurs du procès. En effet, la non-contestation d'un acte – plus largement des faits allégués à l'appui d'une prétention (V. H. Batiffol, *Observations sur la preuve des faits*, in *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 303 et s.) – n'induit pas systématiquement une dispense de preuve au profit de celui auquel en incombe la charge. La « théorie du fait constant », qui postule que le fait affirmé par une partie et non contesté par l'autre n'a pas à être prouvé (V. Th. Le Bars, *La théorie des faits constants*, JCP G 1999, I, 178), n'est pas accueillie par la Cour de cassation. L'appréciation de la portée d'une absence de contestation relève du pouvoir souverain des juges du fond, qui ne sont pas tenus de considérer des faits comme probants au seul motif qu'ils ne sont pas contestés (Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1980, Bull. civ. I, n° 7 – Cass. civ. 2è, 10 mai 1991: Bull. civ. II, n° 142 ; RTD civ. 1992. p. 447, obs. J. Normand – Cass. civ. 1ère, 4 juillet 1995: Bull. civ. I, n° 294). Ils sont donc libres de les tenir comme acquis, ce qui conduit d'ailleurs à inviter les

plaideurs à se prémunir contre les conséquences d'une absence de contestation devant des faits affirmés, mais non prouvés (F. Kamara, *La preuve en procédure civile*, *Procédures* 2012, Dossier p. 5). La rédaction de l'article 1362 ne bouleverse donc pas le droit positif. En réalité, la difficulté relevée vient de ce que ce texte de droit substantiel renvoie à des principes de droit processuel. En cela, la formulation retenue paraît quelque peu sibylline. Afin de dissiper tout doute, peut-être aurait-il fallu intégrer les principes relatifs à l'objet de la preuve au sein des dispositions générales (V., en ce sens : M. Mekki, *Charge de la preuve et présomption légales : l'art de clarifier sans innover* : préc. – É. Vergès, *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer* : préc.) ou, simplement, aurait-il été opportun de conserver la formulation de l'ex-article 1347 du Code civil.

349. Une autre question liée à l'interprétation peut être soulevée, s'agissant de la portée de la consécration, par l'article 1360, de l'usage comme cause autonome d'impossibilité de se procurer une preuve écrite. Elle concerne le champ d'application de cette disposition, aux termes de laquelle l'exigence de preuve de l'acte juridique par écrit reçoit exception « s'il est d'usage » de ne pas en établir. Les usages sont « des comportements dotés d'une force juridique en raison de leur répétition et de leur généralité » (P. Mousseron, *Introduction terminologique : des comportements aux bonnes pratiques*, in *Les usages*, Dossier spécial, *Journal des sociétés* 2011, n° 92, p. 12). Il s'agit, en effet, de pratiques répétées constamment et adoptées par les membres d'un groupe (P. Deumier, *Rep. Dalloz, Dr. Civil*, V° Coutume et usages, spec. n° 13, 22 et 24 – CE, 6 juillet 1994, *Sté Profat Investissements* : req. n° 116079 – Cass. com. 12 mars 2013 : n° 10-24465), ce qui permet de les distinguer de comportements individuels (Cass. civ., 6 juin 1931 : S. 1931. 1. 283) ou de pratiques issues de relations d'affaires (Cass. com., 23 janvier 2001 : Bull. civ. IV, n° 22). Cela étant, les juges du fond, qui sont souverains pour apprécier leur existence (Cass. com., 25 janvier 1972 : D. 1972, 423, Cass. civ. 1ère, 15 avril 1980 : Bull. civ. 1980, I, n° 113), privilégient parfois une approche assouplie de la notion, qualifiée même de « laxiste » (J.-L. Mouralis, *Rep. Dalloz dr. Civil*, préc., n° 442), en retenant que des pratiques mises en œuvre par les parties au contrat sont des usages qui justifient une impossibilité morale de se procurer un écrit (Cass. civ. 1ère, 18 juin 1963 : Bull. civ. I, n° 324 – CA

Bordeaux, 6 mai 2003 : *JurisData* n° 2003-217483), alors pourtant qu'elles ne revêtent aucun caractère de généralité. On peut donc se demander si le texte de l'article 1360 sera interprété de telle sorte que ces « petits usages » (<http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/alerte-mars-2013-noublions-pas-les-petits-usages>) y seront soumis ou si, au contraire, il sera exigé des parties qu'elles continuent de démontrer qu'en ce qu'ils trouvent leur origine dans une relation d'ordre personnel (amitié, confiance par ex.), ils génèrent une impossibilité morale de se procurer une preuve écrite.

350. Indépendamment des difficultés d'interprétation, et pour terminer, on mentionnera qu'a pu être regrettée l'absence de consécration du principe de loyauté de la preuve, alors pourtant qu'il est essentiel (*En ce sens, et déjà à propos du projet d'Ordonnance : É. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, préc. – N. Dissaux et Ch. Jamin, préc. p. 241*). Cela étant, cette éviction est concevable. Si ce principe est certes évoqué par la Cour de cassation (« Principe de loyauté dans l'administration de la preuve » : *Cass. Ass. Plén., 7 janvier 2011 : Bull. Ass. Plén., n° 1 ; D. 2011, p. 562, obs. E. Chevrier ; RTD civ. 2011, p. 127, obs. B. Fages – « Principe de loyauté des preuves » : Cass. Ass. Plén., 6 mars 2015 : D. 2015, p. 628, obs. S. Fucini ; D. 2015, p. 711, note J. Pradel ; D. 2015, p. 1738, chron. J. Pradel*), son existence et sa portée sont controversées. Il est vrai que la notion de loyauté est incertaine et subjective, si bien que sa consécration pourrait être une source d'insécurité juridique (*L. Cadiet, Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial, Procédures 2015, p. 10*). Tantôt aiguillon, tantôt obstacle, ses rapports à la vérité sont d'ailleurs ambigus (*A. Leborgne, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ. 1996, p. 535 – G. Lardeux, Preuve civile et vérité, in Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, p. 869 et s., spéc. p. 895*). Il convient donc, afin d'éviter toute paralysie du système (*A. Leborgne, Ibid.*), qu'elle demeure à la libre appréciation du juge, comme en témoigne sa nécessaire articulation avec le « droit à la preuve », lequel, au reste, n'est pas davantage affirmé par les textes nouveaux. Il peut également être objecté que la reconnaissance de ce principe dans le Code civil est, en réalité, inutile, les principes directeurs du procès et les règles de procédure, auxquels renvoie d'ailleurs l'article 1357, permettent d'ores et déjà d'appréhender la déloyauté (*L. Cadiet, Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge*

commercial, préc.). Le Code de procédure civile, en ce sens, opère un rappel au respect de la légalité dans l'administration judiciaire de la preuve, tant en ce qui concerne les parties (C. Proc. Civ., art. 9 : « Il incombe à chaque partie de prouver **conformément à la loi** les faits nécessaires au succès de sa prétention »), que le juge (C. Proc. Civ., art. 10 : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction **légalement admissibles** »). Le principe du contradictoire, par ailleurs, sous-tend celui de la loyauté des débats (N. Fricero, *La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile*, *Procédures* 2015, p. 14). La loyauté, qui innerve l'ensemble de la matière, doit demeurer un prisme d'interprétation permettant au juge de vérifier l'effectivité des règles de procédure et d'arbitrer entre des intérêts divergents.

Caroline Raja

TITRE 3 LES DIFFERENTS MODES DE PREUVE

351. Peu d'innovation en la matière, il est vrai que la question de la preuve avait déjà été largement modifiée par la loi du 13 mars 2000 qui introduisait l'acte électronique et installait l'écrit comme preuve essentielle, si elle ne l'était déjà.

CHAPITRE 1 LA PREUVE PAR ECRIT

SECTION 1 DISPOSITIONS GENERALES AUX PREUVES PAR ECRIT

Chapitre III Les différents modes de preuve

Section 1 La preuve par écrit

Sous-section 1 Dispositions générales

Art. 1363 Nul ne peut se constituer de titre à soi-même.

Art. 1364 La preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée.

Art. 1365 L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support.

Art. 1366 *L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.*

Art. 1367 *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 1368 *A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable.*

352. Il était difficile de s'attendre à une révolution : l'écrit reste la reine des preuves, même enrichi de la version électronique de l'écrit, tel que résultant de la loi du 13 mars 2000 (C. civ., ex-art. 1316, art. 1365, 1366). La réforme maintient donc la considération de l'équivalence des écrits, considérés comme une suite de signes intelligibles, sous la réserve que l'écrit électronique permette l'identification de la personne dont il émane et qu'il puisse être conservé dans des conditions en garantissant l'intégrité.

Il en est de même pour la signature, qui, outre sa fonction probatoire, dispose d'une fonction plus substantielle, visant à identifier son auteur et manifester son consentement à l'acte, là encore quel que soit le procédé, la signature manuscrite, authentique ou électronique.

353. Plus innovant est l'article 1364 du Code civil qui introduit la règle selon laquelle « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » (Cf. C. Mouly-Guillemaud, *La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme*, RTDciv. 2007, p. 253), qui aurait tout aussi bien pu figurer dans le Code de procédure civile. Ce principe était exprimé

de manière sous-jacente dans l'ex-article 1315 du Code civil : la vraisemblance de la preuve et le mécanisme d'alternance qui résulte du jeu de la preuve empêchent qu'une partie puisse s'auto-constituer un mode de preuve (Cass. 3^e civ., 30 juin 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 68, obs. L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1996, *Contrats, conc. consom.* 1996, n° 119, note L. Leveneur, D. 1996, somm. p. 329, obs. Ph. Delebecque, LPA 24 janv. 1997, p. 19, note D. Gutmann). Il est désormais clairement exprimé à l'article 1363 du Code civil.

354. De même en est-il de l'article 1368 qui institue une méthode de résolution des conflits de preuve. L'article 1368 l'envisage sous les auspices de la règle du « vraisemblables », dans les limites des conventions qui auraient pu être conclues entre les parties, reprenant la formule de l'ex-article 1316-2.

Daniel Mainguy

SECTION 2 LES ACTES AUTHENTIQUES

Sous-section 2 L'acte authentique

Art. 1369 *L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter.*

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

Art. 1370 *L'acte qui n'est pas authentique du fait de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il a été signé des parties.*

Art. 1371 *L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté.*

En cas d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte.

355. Les règles sont, là encore, celles qui prévalaient dans le Code civil jusqu'alors. L'article 1369 reprend ainsi l'ex-article 1317, en le fusionnant avec l'ex-article 1317-1 dispensant de toute mention

manuscrite, par exemple celles du Code de la consommation, ce qui, est, là, accorder une foi presque aveugle à l'acte notarié. De même l'article 1371 remplace l'ex-article 1319, avec un avantage probatoire supplémentaire dans la nouvelle version : l'acte fait foi jusqu'à une inscription en faux, puisque la suspension de l'acte n'est plus automatique. La formule couvrir, en outre, la réalité de la force probante de l'acte authentique, qui ne vaut que pour ce que l'officier public a effectivement reçu.

Daniel Mainguy

SECTION 3 LES ACTES SOUS SIGNATURE PRIVEE

Sous-section 3 L'acte sous signature privée

Art. 1372 *L'acte sous signature privée, reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause.*

Art. 1373 *La partie à laquelle on l'oppose peut désavouer son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause d'une partie peuvent pareillement désavouer l'écriture ou la signature de leur auteur, ou déclarer qu'ils ne les connaissent. Dans ces cas, il y a lieu à vérification d'écriture.*

Art. 1374 *L'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause.*

La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable.

Cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

Art. 1375 *L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé.*

Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits.

Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut de la pluralité d'originaux ou de la mention de leur nombre.

L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les

contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1366 et 1367, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire sur support durable ou d'y avoir accès.

Art. 1376 *L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres.*

Art. 1377 *L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que du jour où il a été enregistré, du jour de la mort d'un signataire, ou du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique.*

356. La grande innovation consiste ici à renommer les actes sous seing privé qui deviennent les actes sous signature privée. Dont acte. L'article 1372 reprend la forme de l'ex-article 1322, tout en évitant la confusion avec l'acte authentique de l'ancienne rédaction. L'article 1373 se contente d'envisager la procédure de désaveu de signature, prévue à l'article 287 CPC et l'article 1375 reprend les règles relatives à la formalité du double.

357. Une innovation toutefois : l'article 1375, al. 1 permet de se soustraire à la formalité du double lorsque les parties conviennent qu'un seul original sera prévu et que celui-ci sera remis à un tiers. La solution est heureuse, notamment pour la signature de contrats d'affaires, parfois objet de séances longue et globalement inutile, d'autant que la formalité du double a essentiellement pour fonction de permettre à chacun de disposer d'un original et donc de faciliter l'accès au juge en cas de litige, solution garantie par la formule nouvelle et qui, n'en doutons pas, rencontrera un franc succès dans les cabinets spécialisés dans la préparation de ce type d'actes complexes.

358. De même la question de la signature, dont le principe est évoqué à l'article 1367 est envisagé de manière voisine, dans l'article 1376 à celle qui prévalait dans l'article 1326, la formule de

la mention manuscrite, devenue mention personnelle est désormais « par lui-même, mais l'idée demeure de l'exigence d'une signature dans les actes constatant un engagement unilatéral exigée pour les actes constatant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer un bien fongible.

De même l'article 1377 règle, de manière classique, la question de la date certaine des actes sous signature privée : l'enregistrement de l'acte le décès de l'un des contractants ou son constat dans un acte authentique, à cette date.

359. Enfin l'article 1374 du Code civil fait entrer l'acte contresigné par avocat dans le Code civil : l'acte fait foi, de manière moindre qu'un acte authentique, de l'écriture et de la signature par chacune des parties, sous la réserve d'une procédure en inscription de faux. Toutefois, comme les actes authentiques, l'acte est alors dispensé de toute mention manuscrite. Reste à mesure si cette entrée dans le Code civil assurera un succès qui, jusqu'à présent, reste à démontrer.

Daniel Mainguy

SECTION 4 LES AUTRES MODES DE PREUVE PAR ECRIT

Sous-section 4 Autres écrits

Art. 1378 *Les registres et documents que les professionnels doivent tenir ou établir ont, contre leur auteur, la même force probante que les écrits sous signature privée ; mais celui qui s'en prévaut ne peut en diviser les mentions pour n'en retenir que celles qui lui sont favorables.*

Art. 1378-1 *Les registres et papiers domestiques ne font pas preuve au profit de celui qui les a écrits.*

Ils font preuve contre lui :

- 1° Dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu ;*
- 2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que l'écrit a été fait pour suppléer le défaut du titre en faveur de qui ils énoncent une obligation.*

Art. 1378-2 *La mention d'un paiement ou d'une autre cause de libération portée par le créancier sur un titre original qui est toujours*

*resté en sa possession vaut présomption simple de libération du débiteur.
Il en est de même de la mention portée sur le double d'un titre ou d'une
quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.*

360. Dans la version de 1804 du Code civil, les ex-articles 1329, 1330 et 1331 évoquent les « registres » ou les « livres » des marchands » ou les « papiers domestiques », le deuxième prévoyant qu'ils font preuve contre les marchands et le troisième que les papiers domestiques ne peuvent servir de titre à celui qui les a écrits, solution déjà envisagée par l'article 1363 et le principe de l'interdiction de constituer une preuve à soi-même. De même l'ex-article 1333 faisait figure d'aimable antiquité.

Désormais les articles 1378 à 1378-2 envisagent la question de manière globale : les registres, livres ou autres papiers domestiques ne peuvent servir de preuve que contre leur auteur et celui qui les utilise ne peut les diviser pour ne se servir que des parties favorables ; tout ou rien en quelque sorte. Enfin, si ces règles sont formellement séparées de la section concernant les actes sous signature privée, à la différence de la version du Code civil de 1804, elles y sont rattachées par principe : ils ont la même force probante que les écrits sous signature privée.

De même l'article 1378-2 reprend, et rénove, la formule de l'ex-article 1332 : la preuve d'un paiement réalisée sur un titre vaut présomption, simple, de paiement.

Daniel Mainguy

SECTION 5 LES COPIES D'ECRITS ET LES ACTES RECOGNITIFS

Sous-section 5 Les copies

Art. 1379 *La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique.
Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État.*

Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée.

Sous-section 6 Les actes récongnitifs

Art. 1380 *L'acte récongnitif ne dispense pas de la présentation du titre original sauf si sa teneur y est spécialement relatée.*

Ce qu'il contient de plus ou de différent par rapport au titre original n'a pas d'effet.

361. La question des copies étaient, jusqu'à 2106, envisagées en trois articles, avec une certaine suspicion, qui datait de l'ère de la copie recopiée.

Désormais l'article 1379 règle la question en un seul article. La copie « fiable » est réputée avoir la même force probante que l'original, sous le contrôle du juge. Est « fiable » la copie qui reproduit à l'identique la forme et le contenu d'un acte, et dont l'intégrité est garantie. Désormais, donc, ou bien l'original a été conservé, et sa production pourra toujours être exigée, à fins de vérification, ou bien il a disparu, et la copie vaudra preuve par écrit.

362. Les actes récongnitifs (C. civ., art. 1380) constituent une reproduction intellectuelle d'un original en ce sens qu'il s'agit d'un acte qui renouvelle les termes de l'original qui l'a précédé. En eux-mêmes, les actes récongnitifs prouvent comme l'original, qui n'est pas dispensé de présentation, si sa teneur est spécialement relatée, mais en revanche tous les éléments supplémentaires ou différents par rapport à l'original n'ont pas d'effet probant sur l'original. Le problème se pose pour des actes comme des reconnaissances de dette, à charge pour le débiteur de démontrer qu'il n'a pas reçu les sommes correspondantes ou qu'il s'agissait d'un don. L'ex-article 1132 présumait l'existence de la cause, quoique qu'elle ne fût point exprimée assurait un avantage au créancier ; reste à savoir si la disparition de l'ex-article 1132 sera compensée par une formule jurisprudentielle, voire par l'article 1380.

Daniel Mainguy

CHAPITRE 2 LA PREUVE TESTIMONIALE

Section 2 La preuve par témoins

Art. 1381 La valeur probante des déclarations faites par un tiers dans les conditions du code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge.

363. L'écrit supplante le témoignage, et ce depuis l'ordonnance de Moulins de 1662. *Lettre passent témoins*, rien de nouveau, sinon que le rôle du juge dans l'appréciation des témoignages, et notamment les recueils de déclarations produites en justice, rien d'original sinon par le fait d'isoler la question de manière claire dans l'article 1381.

CHAPITRE 3 LA PREUVE PAR PRESOMPTION

Section 3 La preuve par présomption judiciaire

Art. 1382 Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen.

CHAPITRE 4 LA PREUVE PAR AVEU

Section 4 L'aveu

Art. 1383 L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

Il peut être judiciaire ou extrajudiciaire.

Art. 1383-1 L'aveu extrajudiciaire purement verbal n'est reçu que dans les cas où la loi permet la preuve par tout moyen.

Sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge.

Art. 1383-2 L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté.

Il fait foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre son auteur.

Il est irrévocable, sauf en cas d'erreur de fait.

CHAPITRE 5 LA PREUVE PAR SERMENT

Section 5 Le serment

Art. 1384 *Le serment peut être déféré, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. Il peut aussi être déféré d'office par le juge à l'une des parties.*

SECTION 1 LE SERMENT DECISOIRE

Sous-section 1 Le serment décisoire

Art. 1385 *Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de cause.*

Art. 1385-1 *Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.*

Il peut être référé par celle-ci, à moins que le fait qui en est l'objet ne lui soit purement personnel.

Art. 1385-2 *Celui à qui le serment est déféré et qui le refuse ou ne veut pas le référer, ou celui à qui il a été référé et qui le refuse, succombe dans sa prétention.*

Art. 1385-3 *La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'autre partie a déclaré qu'elle est prête à faire ce serment.*

Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté.

Art. 1385-4 *Le serment ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré et de ses héritiers et ayants cause, ou contre eux.*

Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.

Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions.

Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs.

Celui déféré à la caution profite au débiteur principal.

Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

SECTION 2 LE SERMENT DEFERE D'OFFICE

Sous-section 2 Le serment déféré d'office

Art. 1386 *Le juge peut d'office déférer le serment à l'une des parties.
Ce serment ne peut être référé à l'autre partie.
Sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge.*

Art. 1386-1 *Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que si elle n'est pas pleinement justifiée ou totalement dénuée de preuves.*

364. Etonnante prolixité du Code s'agissant de l'aveu et surtout du serment : fallait-il occuper les articles 1382 à 1386-1 pour faire le lien avec le reste du Code civil ? Sans doute pas puisque l'article 1385 est disséqué en plusieurs articles distincts.

365. On trouve ici une définition, qui ne s'imposait pas dans la version de 1804, sans doute en raison de la proximité avec une institution de l'aveu plus évidente : l'aveu, judiciaire ou extrajudiciaire, est la « *déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques* » (C. civ., art. 1383).

En revanche la césure entre la dimension judiciaire et extrajudiciaire est moins nette, au moins dans la lettre des articles 1383-1 et 2, le premier étant envisagé du point de sa force probante lorsqu'il est présenté de manière verbale, laissée à l'appréciation du juge (mais lequel, l'aveu purement verbal ou tout aveu extrajudiciaire ?), le second faisant l'objet d'une définition et d'un régime qui reprend, avec quelques changements sémantiques, ceux de l'ex-article 1356.

366. Le serment fait également l'objet de dispositions entre le serment décisive et le serment supplétoire ou, comme désormais, déféré d'office. Le premier, le serment décisive, en ce qu'il procède d'une contestation, est cette chose curieuse où une partie remet le sort d'un procès sur l'honnêteté de son contradicteur. L'ensemble des articles 1385 à 1385-4 reprend, d'ailleurs, les anciens articles

1360 à 1366, en les toilettant. Même chose pour le serment déféré d'office.

Daniel Mainguy

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION ET PRESENTATION.....	7
PREMIERE PARTIE	
LE CONTRAT	29
TITRE 1 DEFINITIONS,	
PRINCIPES ET CLASSIFICATIONS	30
CHAPITRE 1 ACTES ET FAITS JURIDIQUES.....	30
CHAPITRE 2. LES « PRINCIPES GENERAUX » DU DROIT	
DES CONTRATS.....	34
Section 2 Le principe de la liberté contractuelle	34
Section 2 Le principe de la liberté contractuelle	36
Section 3 Force obligatoire et bonne foi dans le contrat	39
Section 4 Contrats nommés et innomés.....	41
Section 5 Classification des contrats.....	42
TITRE 2 LA FORMATION DES CONTRATS.....	46
CHAPITRE 1 LE PROCESSUS DE CONCLUSION DES	
CONTRATS	47
Section 1 La négociation du contrat	47
§ 1 Le principe de la négociation.....	47
§ 2 Le devoir précontractuel d'information.....	49

Section 2 offre et acceptation	53
§1 le principe de la recontre de l'offre et de l'acceptation	53
§ 2 l'offre	55
§ 3 l'acceptation.....	59
Section 3 Les contrats préparatoires ; promesse et pacte de préférence.....	63
Section 4 La conclusion par voie électronique des contrats.	70
CHAPITRE 2 LA VALIDITE DU CONTRAT	75
Section 1. Le consentement.....	76
Sous-section 1. consentement et santé d'esprit.....	76
Sous-section 2 Les vices du consentement	76
§ 1. conditions générales relatives aux vices du consentement.....	76
§ 2. L'erreur	79
§ 3. Le dol.....	84
§ 4. La violence	88
§ 5. POint de départ de l'action en nullité.....	92
section 2. Capacité et représentation	93
Sous-section 1 Capacité	93
Sous-section 2. La représentation	104
CHAPITRE 3 LE CONTENU DU CONTRAT	112
Section 1 Conditions de fond de la validité du contrat	112
Sous-section 1 liceité de l'objet et du « but »	112
Sous-section 2 détermination de la prestation et du prix	114
Sous-section 3 Equivalence des prestations réciproques	117
§ 1 principe	117
§ 2 Prix ou contrepartie dérisoire	118
§ 3 Obligation essentielle	119
§ 4 CLAuses abusives.....	120
Section 2 Conditions de forme de la validité du contrat	124
Sous-Section 1 Règles de principe	124
sous-Section 2 Règles spécifiques aux contrats conclus par voie électroniques	125

CHAPITRE 3 SANCTIONS DE LA FORMATION DU	
CONTRAT	126
Section 1 la nullité du contrat.....	126
Section 2 La caducité du contrat	133
TITRE 3 L'INTERPRETATION DES CONTRATS.....	137
TITRE 4 LES EFFETS DU CONTRAT	146
CHAPITRE 1 FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ENTRE	
LES PARTIES.....	146
section 1 Principe de la force obligatoire.....	146
section 2 Changement de circonstances économiques	150
section 3 Effet translatif du contrat	155
CHAPITRE 2 EFFET RELATIF DU CONTRAT A L'EGARD	
DES TIERS.....	158
section 1 principe de l'effet relatif du contrat	158
section 2 respect du contrat par les tiers.....	158
section 3 la simulation contractuelle	161
section 4 contrats pour autrui	162
§ 1 Principe	162
§ 2 Le Porte fort.....	163
§ 3 la stipulation pour autrui	164
CHAPITRE 3 LA DUREE DES CONTRATS.....	166
section 1 contrats perpétuels	166
section 2 contrats à durée indéterminée	168
section 3 contrats à durée déterminée.....	170
CHAPITRE 4 LA CIRCULATION DU CONTRAT	172
CHAPITRE 5 L'INEXECUTION DU CONTRAT	178
section 1 les remèdes à l'inexécution	178
section 2 La force majeure	179
section 3 l'exception d'inexécution.....	181
section 4 L'exécution forcée des obligations du contrat.....	183
section 5 la réduction du prix du contrat	186
section 6 la résolution du contrat.....	188
section 7 la réparation du fait de l'inexécution du contrat	195

DEUXIEME PARTIE

LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE205

TROISIEME PARTIE

LES QUASI CONTRATS231

QUATRIEME PARTIE

LE REGIME DES OBLIGATIONS239

TITRE 1 LES MODALITES DE L'OBLIGATION240

**CHAPITRE 1 LES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES ET A
TERME.....240**

Section 1 Les obligations conditionnelles240

Section 2 les obligations à terme246

CHAPITRE 2 LES OBLIGATIONS PLURALES248

Section 1 Les obligations plures par pluralité d'objets248

Section 1 Les obligations plures par pluralité de sujets...251

sous-Section 1 Les obligations solidaires252

sous- Section 2 Les obligations indivisibles.....254

TITRE 2 LES OPERATIONS SUR LES OBLIGATIONS255

CHAPITRE 1 LA CESSION DE CREANCE255

CHAPITRE 2 LA CESSION DE DETTE.....258

CHAPITRE 3 LA NOVATION.....260

CHAPITRE 4 LA DELEGATION DE CREANCE.....262

TITRE 3 LES ACTIONS DU CREANCIER.....266

TITRE 4 L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS270

CHAPITRE 1 LE PAIEMENT270

section 1 dispositions générales relatives au paiement270

section 2 Dispositions spécifiques aux obligations de
paiement de sommes d'argent273

Section 3 la mise en demeure275

section 4 Le paiement par subrogation277

Section 5 le paiement par compensation281

section 6 le paiement par confusion283

section 7 le paiement par remise de dette.....284

CHAPITRE 2 L'IMPOSSIBILITE D'EXECUTER.....285

CHAPITRE 3 LES RESTITUTIONS.....	286
----------------------------------	-----

CINQUIEME PARTIE

LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS.....	293
---	------------

TITRE 1 DISPOSITIONS GENERALES	293
---	------------

TITRE 2 LES PREUVES ADMISSIBLES.....	305
---	------------

TITRE 3 LES DIFFERENTS MODES DE PREUVE.....	316
--	------------

CHAPITRE 1 LA PREUVE PAR ECRIT	316
--------------------------------------	-----

section 1 dispositions générales aux preuves par écrit.....	316
---	-----

section 2 les actes authentiques.....	318
---------------------------------------	-----

section 3 les actes sous signature privée.....	319
--	-----

section 4 les autres modes de preuve par écrit.....	321
---	-----

section 5 les copies d'écrits et les actes reconnaissances.....	322
---	-----

CHAPITRE 2 LA PREUVE TESTIMONIALE	324
---	-----

CHAPITRE 3 LA PREUVE PAR PRESOMPTION	324
--	-----

CHAPITRE 4 LA PREUVE PAR AVEU.....	324
------------------------------------	-----

CHAPITRE 5 LA PREUVE PAR SERMENT	325
--	-----

section 1 le serment décisif.....	325
-----------------------------------	-----

section 2 le serment déféré d'office	326
--	-----

TABLE DES MATIERES	329
---------------------------------	------------

