

LA RÉFORME DU DROIT
DES CONTRATS EN FRANCE :
REGARDS CROISÉS
FRANCO-LIBANAIS

Faculté de Droit

- 18 -

LA RÉFORME DU DROIT
DES CONTRATS EN FRANCE :
REGARDS CROISÉS
FRANCO-LIBANAIS

Actes du Colloque - 11 mars 2016



Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais : actes du Colloque, 11 mars 2016 / [organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik]. – Kaslik : PUSEK, impr 2016. – 1 vol. (142 p.); 24 cm. – (Faculté de Droit; 18).

– ISBN 978-614-8007-47-7.

1- Contrats – France – Congrès. 2- Obligation (Droit) – France I- Université Saint-Esprit de Kaslik. Faculté de Droit. Colloque (2016 ; Kaslik). II- Série.

Cdd23 346.44022

Organisé par :

D^r Céline Baaklini et M^{me} Reine Daou

ISBN 978-614-8007-47-7

© PUSEK, Kaslik, 2016

Tous droits réservés

Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 275

Fax : +961 9 600 273

Mél. : pusek@usek.edu.lb

usek.edu.lb

Sommaire

P. Talal HACHEM

Mot de bienvenue 7

Eric SAVAUX

Présentation générale de la réforme 9

Rose-Noëlle SCHÜTZ

La conclusion du contrat en droit français 19

Maan BOU SABER

La conclusion du contrat en droit libanais 43

Romain BOFFA

La validité du contrat en droit français 55

Abdo GHOSSOUB

La validité du contrat en droit libanais 67

Frédéric BICHERON

L'inexécution du contrat en droit français 75

Antoine DAHER

L'inexécution du contrat en droit libanais 85

Augustin AYNES

La circulation de l'obligation en droit français 93

Samih SFEIR

La circulation de l'obligation en droit libanais 101

Amalia DIURNI

Un regard européen sur la réforme française du droit des contrats 111

Fayez HAGE CHAHINE

Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes qui ont été influencés par le Code civil de 1804 ? 119

Mot de bienvenue

P. Talal HACHEM

Doyen de la Faculté de Droit de l'USEK

Chers invités, chers enseignants, chers étudiants,

Permettez-moi de souhaiter la bienvenue à tous nos invités qui nous ont fait l'honneur et le plaisir d'être parmi nous pour débattre de la réforme française du droit des contrat ; réforme qui suscite aujourd'hui de vives discussions, autant passionnés que passionnantes.

Réformer, c'est modifier en apportant des améliorations. C'est changer pour s'adapter. Notre colloque tombe donc à point nommé, ce qui prouve que notre Université s'inscrit amplement dans l'actualité.

A ce titre, je voudrais remercier chaleureusement l'équipe de la faculté de droit qui a participé à la préparation de ce colloque, notamment docteurs Céline Baaklini et Reine Daou qui ont travaillé avec acharnement et dévouement pendant plusieurs mois.

Aujourd'hui, le progrès technique et les pressions concurrentielles intenses entraînent des modifications rapides du régime juridique du contrat.

Les réformes diverses, juridiques ou sociales qui se passent en France, en Europe et dans les pays avancés reflètent l'idée d'une société

qui cherche à se renouveler et s'adapter aux exigences d'une société en mutation permanente, l'idée d'une société qui se veut révolutionnaire, attirante et à la page.

Cependant, les réformes attisent les passions les plus vives et c'est un bel exercice démocratique qui engage le dialogue entre les différentes constituantes d'une société, ce qui reflète une société qui s'interroge et s'examine. Ainsi, le modèle français est un système qui se remet en question dans l'espoir d'évoluer, de se développer et d'arriver à maturité indépendamment de la valeur de la réforme elle-même et des critiques qu'elle engage et suscite.

L'apport majeur de cet exercice est donc d'engager le débat et la discussion autour des thèmes intéressant l'homme et la société.

En revanche, nous assistons aujourd'hui au Liban à une absence totale de débat ce qui mène à un état de stagnation politique, sociale, économique et essentiellement en ce qui nous concerne juridique. La faille réside donc dans l'absence de dialogue social.

C'est dans cette perspective que nous avons combiné l'effort de 4 facultés concernées : la Faculté de Droit de l'Université Paris XII (UPEC), de l'Université de Poitiers, de l'Université de Rome Tor Vergata et de l'Université Saint-Esprit de Kaslik.

Nous avons eu de même recours à des professeurs de grande renommée dans le but d'être le bon exemple dans ce processus d'évaluation, de développement et d'amélioration.

Je vous souhaite un vif colloque, plein d'apport et d'ouverture dans l'espoir de motiver les étudiants en droit d'engager des discussions pour d'éventuelles réformes au Liban.

Ainsi, je saisis l'opportunité pour remercier les chers professeurs pour leur dévouement et leurs efforts déployés pour la réussite de ce colloque.

Présentation générale de la réforme

Eric SAVAUX

*Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers
Directeur de l'équipe de recherche en droit privé (EA 1230)*

La réforme du droit des contrats résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹. L'intitulé prouve que cette réforme est plus vaste que le droit des contrats, d'autant plus qu'il n'indique pas tout, l'ordonnance traitant aussi des quasi-contrats². Ne manque que la responsabilité extracontractuelle que le Gouvernement a voulu laisser au Parlement au motif qu'il n'existe pas de consensus en la matière et qui devrait faire prochainement l'objet d'un projet de loi.

L'ordonnance marque presque le terme d'un long processus entamé à l'occasion du bicentenaire du Code civil, marqué par la confection de deux projets savants³ et de plusieurs projets gouvernementaux plus ou

1. *JORF*, n° 0035 du 11 février 2016.

2. Au titre des « *Autres sources d'obligations* » (art. 1300 à 1303-4).

3. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit « projet Catala »), La documentation française, 2006 ; *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRÉ, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. Terré, *ibid.*, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. TERRÉ, *ibid.*, 2013.

moins officiels, préparés de manière assez opaque⁴. Le risque d'enlisement qui guettait a été vaincu lorsque le Gouvernement a obtenu, non sans difficulté⁵, l'autorisation de légiférer par ordonnance⁶. Un projet d'ordonnance a été publié le 25 février 2015⁷. Il a été soumis à la consultation publique au printemps, puis, pour avis, au Conseil d'État en décembre 2015. Les textes issus de l'Ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Ils s'appliqueront aux contrats conclus après cette date⁸.

Mais tout n'est pas fini. La procédure, qui permet au Gouvernement de légiférer dans le domaine normalement réservé à la loi⁹, l'oblige à déposer un projet de loi de ratification dans le délai fixé par la loi d'habilitation, en l'occurrence dans les six mois à compter de la publication de l'ordonnance¹⁰. A défaut, elle serait caduque. Le Gouvernement affirme que, sur le projet de loi de ratification, il laissera au Parlement le temps de la discussion et des possibilités d'amendement. Théoriquement, des modifications, même importantes, pourraient encore survenir. Mais on peut douter de la sincérité des déclarations gouvernementales, la voie de l'ordonnance ayant été choisie, non seulement pour accélérer la procédure, mais également pour maîtriser le contenu de la réforme.

Les raisons de celle-ci sont connues. Le Code civil comporte d'importantes lacunes¹¹, ses dispositions ne reflètent plus le droit vivant qui

4. Projet de réforme du droit des contrats, 2008 ; Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, 2011 ; Avant-projet de réforme du droit des obligations, 2013. Ces textes sont consultables sur le site Internet du Ministère de la justice.

5. Le Sénat s'est toujours opposé à l'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnance que celui-ci n'a obtenue que grâce au soutien de l'Assemblée nationale.

6. Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (*JORF*, n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961 texte n° 1), art. 8.

7. Il est également accessible sur le site Internet du Ministère de la justice.

8. Art. 9 de l'ordonnance du 10 février 2016. Il est fait exception pour les alinéas 3 et 4 de l'art. 1123 (action déclaratoire relative à l'existence d'un pacte de préférence) et pour les art. 1158 (action déclaratoire concernant l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel) et 1183 (action déclaratoire en matière de nullité) qui s'appliquent dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

9. Constitution du 4 octobre 1958, art. 38.

10. Art. 27 de la loi d'habilitation du 16 février 2015 précitée.

11. Notamment pour ce qui concerne la conclusion du contrat, qu'il ignore totalement.

se trouve dans une abondante jurisprudence et dans la législation spéciale, notamment de protection des consommateurs. Le droit français, difficile d'accès et parfois incertain, n'est donc plus un modèle pour d'autres pays, ni pour les projets européens d'harmonisation. Surtout, il n'est plus attractif pour les contractants étrangers. Pour le Gouvernement :

« (...) se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible... constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français ».

Comme si le droit commun des contrats était fait uniquement pour les opérateurs du commerce international.

Mais il ne faut pas exagérer cette tendance. Le Gouvernement veut aussi conserver l'esprit du Code civil qu'il considère *« à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles¹² »*.

En réalité, l'ordonnance poursuit trois objectifs. Prioritairement, accroître la sécurité juridique qui nécessite de rendre *« plus lisible et plus accessible le droit des contrats »*. Ensuite, renforcer l'attractivité du droit français, grâce à la sécurité précédemment évoquée et à d'autres moyens, comme la consécration d'institutions issues de la pratique¹³. Enfin, garantir la justice contractuelle. Selon le Gouvernement, *« renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché »*.

Un droit commun des contrats plus sûr, plus efficace, plus juste, tel est finalement ce que l'ordonnance est censée livrer.

Il n'est pas douteux qu'avec de telles qualités, le droit français pourrait redevenir un modèle. Toute la question est de savoir si la mission est remplie. Il ne m'appartient pas de le dire au début de ce colloque, avant l'étude approfondie des principales questions du contrat et un précieux regard étranger. Je me limiterai donc à quelques observations concernant

12. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

13. L'abandon de la notion de cause est compté au nombre des modifications censées renforcer l'attractivité de notre droit.

l'adéquation des moyens aux fins, dans la perspective de la présentation générale de la réforme.

Elles concernent, les deux plans sur lesquels l'ordonnance agit : d'abord la forme (Paragraphe 1) puis le contenu (Paragraphe 2) du nouveau droit commun des contrats.

Paragraphe 1. La forme du nouveau droit commun des contrats

La forme du nouveau droit commun des contrats, c'est d'une part le style du texte (A), d'autre part son plan (B).

A. Le style du texte

La « lisibilité » et « l'accessibilité » du droit ont conduit le gouvernement à réécrire de nombreux articles du Code civil. Des tournures de style un peu anciennes sont remplacées par des énoncés plus modernes¹⁴. Des mots jugés compliqués disparaissent, par exemple, l'acte sous seing privé au profit de l'acte sous signature privée.

Evidemment, cela n'empêchera pas des problèmes d'interprétation, du fait, notamment de l'apparition de notions plus ou moins neuves, comme celles de stipulation ou de prestation et du recours fréquent à des notions souples, comme le raisonnable¹⁵, le légitime¹⁶, l'excessif¹⁷ ou le significatif¹⁸.

14. Par ex. : Art. 1123 C. civ. : « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » ; art. 1145 : « toute personne physique peut contracter, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ».

15. Classique pour ce qui concerne les délais (V. notamment : art. 1116, 1117, 1123, 1195...), les applications sont plus neuves s'agissant de la personne (art. 1188 et 1197) et, surtout le coût de l'exécution (art. 1221).

16. Pour l'ignorance dans l'obligation d'information (art. 1112-1), les attentes des contractants dans la détermination de la qualité de la prestation due (art. 1166), l'intérêt du payeur dans la subrogation légale (art. 1346).

17. Appliqué notamment à l'avantage recherché dans la violence par l'exercice d'une voie de droit (art. 1141), à l'exécution onéreuse dans la révision du contrat pour imprévision (art. 1195).

18. Qui caractérise le déséquilibre nécessaire à la qualification de clause abusive (art. 1171).

Certains textes nouveaux sont même mal écrits, comme l'article 1223 qui laisse entendre que « *solliciter* » la réduction du prix, ce pourrait aussi être la décider unilatéralement¹⁹.

Surtout, le Code civil souffrira d'un mal nouveau. L'excès de pédagogie aboutit parfois à des dispositions énonçant des évidences, comme l'article 1173 qui dispose que « *les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats*²⁰ ».

Sous ces réserves, le style assez plat de l'ordonnance la rend aisément compréhensible, même si ce n'est pas forcément de manière aisée par une personne sans formation juridique comme le gouvernement le souhaite.

B. Le plan du texte

Si le style des textes constituant le droit commun n'est que modernisé, leur plan est quant à lui profondément transformé.

Dans le Code civil, le droit commun des contrats se trouve dans le Titre III du Livre III, « *Des contrats ou obligations conventionnelles en général* ». Dès le XIX^e siècle une partie de la doctrine a critiqué les rédacteurs pour avoir confondu la cause et l'effet et pour avoir énoncé, à propos du contrat, des règles concernant l'obligation en général²¹.

L'ordonnance rectifie cette présentation. Le titre III est intitulé « *Des sources des obligations* », le Titre IV « *Du régime général des obligations* », et le Titre IV bis « *De la preuve générale des obligations* ». La distinction, jugée plus scientifique et déjà faite par le Code des obligations et des contrats libanais²² des sources et des effets des obligations est donc formellement consacrée.

19. 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* ».

20. V. également l'art. 1122 qui indique que la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion ou de rétractation.

21. Et même les règles de la preuve qui ne concernent pas que les seules obligations.

22. Première Partie : « *Des obligations en général* », Livre premier « *Différentes catégories d'obligations* », Livre second « *Des sources des obligations et des conditions mises à leur validité* », Livre III « *Des effets des obligations* », Livre IV « *De la transmission des*

Le contrat figure au premier rang des sources. L'exposé de son régime est reconstruit. Après des dispositions liminaires contenant, notamment, la définition rénovée du contrat, le texte développe, dans des chapitres successifs : la formation du contrat (art. 1112 à 1187), son interprétation (art. 1188 à 1192) et ses effets (art. 1193 à 1231-7). La formation englobe la conclusion du contrat (art. 1112 à 1127-6), sa validité (art. 1128 à 1171), sa forme (art. 1172 à 1177) et les sanctions (art. 1178 à 1187). Les effets du contrat opposent effets entre les parties (art. 1193 à 1198) et effets à l'égard des tiers (art. 1199 à 1209), auxquels s'ajoutent la durée du contrat (art. 1210 à 1215), la cession du contrat (art. 1216 à 1216-3) et l'inexécution du contrat (art. 1217 à 1231-7).

Certains choix peuvent être discutés²³, et il y a même une erreur de fond concernant la place de l'exécution forcée²⁴. Mais dans l'ensemble cette présentation est claire. Elle permet d'avoir une connaissance aisée du régime du contrat, des premiers contacts entre négociateurs aux ultimes conséquences de l'inexécution, que l'ordonnance expose pour la première fois de manière synthétique.

Sur le plan formel, la sécurité recherchée paraît donc globalement atteinte. Mais elle dépend aussi, comme l'efficacité et la justice plus nettement encore, du contenu du nouveau droit commun.

Paragraphe 2. Le contenu du nouveau droit commun

Par son contenu, le nouveau droit commun ressemble grandement à l'ancien, puisque l'ordonnance reprend de très nombreuses dispositions du code auxquelles s'ajoute la consécration de solutions jurisprudentielles constantes²⁵. Mais il innove quand même sur un nombre non négligeable de

obligations », Livre V « *de l'extinction des obligations* ». Livre VI « *de la preuve dans le droit des obligations* », Livre VII « *Règle d'interprétation des actes juridiques* ».

23. Par exemple, ne pas traiter de l'inexécution avec les effets du contrat entre les parties.
24. Traitée uniquement dans l'inexécution du contrat alors qu'elle concerne toutes les obligations, quelle qu'en soit la source.
25. Il est exceptionnel que le texte brise une jurisprudence. Mais c'est quand même le cas s'agissant de la sanction de la rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de contrat et l'indemnisation de la jouissance en cas de restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat.

points en s'inspirant principalement des projets européens d'harmonisation du droit des contrats.

C'est en se fondant sur la confrontation des reprises et des innovations de l'ordonnance (A) que l'on peut cerner l'esprit du nouveau droit commun des contrats (B).

A. Reprises et innovations de l'ordonnance

Sur de nombreuses questions, l'ordonnance se limite à codifier à droit constant (ou presque²⁶). Par exemple, sur les principes qui régissent les négociations, sur les vices du consentement, la lésion, les nullités, les effets du contrat à l'égard des tiers, sur la réparation du préjudice causé par l'inexécution... Certaines consécutions ont une importante valeur symbolique, comme la sanction de l'abus de dépendance (art. 1143) qui s'inspire de la jurisprudence en matière de violence économique²⁷. L'ordonnance tranche aussi des questions incertaines en jurisprudence, par exemple concernant la date et le lieu de formation des contrats entre absents (art. 1121).

Le juriste français reconnaît aisément son droit des contrats, globalement plus sûr.

Les innovations peuvent être classées en ajouts et en abandons.

Le premier ajout est l'énoncé, en tête du texte (art. 1102 à 1104), de principes fondamentaux : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi, appliquée à toutes les phases du contrat et déclarée d'ordre public. Mais le gouvernement précise qu'il ne s'agit pas de principes directeurs ayant une valeur supérieure et dont le juge pourrait s'emparer pour s'immiscer dans les contrats. Ceux que la bonne foi inquiète devraient être rassurés.

26. Il y a des différences présentées comme négligeables qui ne le sont peut-être pas, comme la suppression du cas fortuit dans les causes d'exonération du débiteur (V. art. 1218, 1231-1 et 1237-2 ; comp. art. 1148 C. civ.), que contesteront ceux qui jugent qu'il ne se confond pas avec la force majeure.

27. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.*, 2002, p. 1860, note Gridel et p. 1862, note Chazal, *Somm.*, p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. Mestre et Fages ; *Defrénois*, 2002, art. 37607, n° 65, obs. Savaux ; Paris, 12 janv. 2000, *D.*, 2001, p. 2067, note Fadeuilhe ; *JCP*, 2000, II, p. 10433, note Pierre.

Le reste des ajouts est ponctuel, mais essentiel parce qu'il manifeste souvent des ruptures importantes avec le droit antérieur : les actions interrogatoires en matière de pacte de préférence et de nullité (art. 1123 et 1183), la sanction des clauses abusives (art. 1171), l'interprétation objective du contrat (art. 1188, al. 2), sa révision pour imprévision (art. 1195), l'exception d'inexécution anticipée (art. 1220), l'exclusion de l'exécution forcée manifestement disproportionnée (art. 1221), la réduction du prix (art. 1223)...

Tantôt destinées à accroître la sécurité et l'efficacité économique, tantôt ayant pour objet de garantir la justice, ces innovations contribuent, avec des orientations générales comme la déjudiciarisation des moyens en cas d'inexécution²⁸, à redessiner en profondeur le droit commun des contrats.

Il en va de même de quelques abandons notables : la distinction des obligations de faire, de ne pas faire et de donner, les bonnes mœurs, les conseils d'interprétation des articles 1158 et suivants – le petit « guide-âne » du Doyen Carbonnier – ... la cause de l'obligation aussi, bien sûr, remplacée par le contenu du contrat, ce qui constitue le changement le plus important de la réforme.

Là aussi, le Gouvernement se veut rassurant. Les textes qui développent cette nouvelle condition de validité reprennent les principales solutions jurisprudentielles fondées sur l'existence de la cause, y compris les plus discutées comme celle de l'arrêt Chronopost²⁹.

Tout changer, sans rien changer tel serait donc le propos, dont l'expérience prouve qu'il est intenable. Et pourquoi employer cet artifice ? Afin de rapprocher le droit français de « nombreux droits étrangers » qui ignorent la notion³⁰, et de renforcer la sécurité et l'attractivité de notre droit.

28. Notamment par la consécration de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, admise par la jurisprudence, comme mode équivalent de la résolution judiciaire (art. 1224 et 1226) et celle de la réduction du prix (art. 1223) conçue pour être mise en œuvre unilatéralement par le créancier.

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

30. V. le Rapport au Président de la République. Le gouvernement néglige délibérément les nombreux autres pays qui la consacrent (l'Espagne, la Roumanie, le Liban...) et pour lesquels le nouveau droit français des contrats ne pourra plus servir de modèle.

Le droit français des contrats a-t-il donc sacrifié son âme à la mondialisation ?

B. L'esprit du nouveau droit commun des contrats

En réalité l'esprit du nouveau droit commun est plus nuancé et équilibré que cela. Le sacrifice de la cause constitue une victoire de la doctrine la plus libérale qui voit dans la notion une entrave à la liberté des contractants. On peut la regretter car elle ampute le droit commun d'un instrument souple de contrôle de l'utilité du contrat dans l'intérêt des parties.

D'autant plus que dans les derniers arbitrages, les instruments censés compenser la disparition de la cause ont été rectifiés pour répondre aux inquiétudes des entreprises. L'exigence d'un avantage manifestement excessif a été ajoutée aux conditions de l'abus de dépendance. La sanction des clauses abusives a été limitée aux contrats d'adhésion³¹. Mais ni l'une ni l'autre de ces restrictions ne fait vraiment injure à la justice contractuelle³².

Et dans la voie de l'efficacité économique, l'ordonnance ne va pas aussi loin que les projets européens. Elle limite la détermination unilatérale des éléments du contrat au seul prix, dans les seuls contrats-cadre et ceux de prestation de service (art. 1164 et 1165). Elle n'admet pas la résolution pour inexécution anticipée. Elle n'accorde pas au débiteur un droit de correction de l'inexécution... Les détenteurs de prérogatives unilatérales doivent motiver leur décision³³. La mise en demeure reste, sauf exception, un préalable aux sanctions de l'inexécution...

Contre des orientations plus extrêmes, le nouveau droit français des contrats a un esprit de modération qui pourrait en faire un modèle.

31. V. les articles 1143 et 1171.

32. Même si l'on aurait dû se contenter d'un avantage excessif pour l'abus de dépendance, et ne pas supprimer la sanction de l'abus de faiblesse.

33. En matière de détermination du prix et de résolution notamment.

Mais l'équilibre final reste bien sûr à trouver. Il viendra de l'application jurisprudentielle du nouveau droit commun et, particulièrement, du maniement des notions souples qui l'émaillent. La prétention du gouvernement d'enfermer le droit dans la loi est en effet, et heureusement, assez vaine. Parce que, selon le mot célèbre de Portalis : « *Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*³⁴ ».

34. Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil. L'attitude des rédacteurs de l'ordonnance à l'égard de la jurisprudence est ambivalente, pour ne pas dire contradictoire. Elle est considérée comme un facteur d'insécurité, ce qui n'empêche pas de consacrer la plupart des solutions qu'elle a finalement admises, lesquelles doivent donc être bonnes. Et accroître le nombre de standards ou de notions souples dans les textes accroît le rôle du juge dans la détermination du contenu des règles. C'est l'un des paradoxes de la réforme, pour ce qui concerne ses sources.

La conclusion du contrat en droit français

Rose-Noëlle SCHÜTZ

*Professeur de droit privé à la Faculté de Droit
et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers*

Membre de l'équipe de recherche en droit privé (EA 1230)

La conclusion du contrat fait l'objet, dans l'ordonnance du 10 février 2016, de la première section du chapitre consacré à la formation du contrat. Celle-ci regroupe les futurs articles 1112 à 1127-6 du Code civil, soit 24 articles alors que le Code civil n'en contenait jusqu'ici aucun¹. Le Code civil est en effet totalement muet quant au processus de conclusion du contrat. Comme le remarque fort justement un auteur « *les rédacteurs*

-
1. V. les commentaires du projet d'ordonnance : N. MOLFESSIS, « La formation du contrat », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Observations et propositions de modifications*, *JCP G.*, 2015, supplément au n° 21 ; Th. GENICON, « Articles 1115, 1118 et 1119, 1122 : à propos de la date d'effet de la rétractation et de la caducité des manifestations de volonté (offre et acceptation) », *RDC*, 2015, p. 740 ; S. PIMONT, « Article 1117 : la révocation de l'offre - A New French Touch », *RDC*, 2015, p. 743 ; S. ANIEL, R. AZEVEDO et H. PLYER, « Les avant-contrats », in *La réforme du droit des contrats, 1^{re} journée Cambacères*, 3 juillet 2015, Université de Montpellier, Presse de la Faculté de Droit et de Sciences politique, LGDJ, 2015, p. 207 ; B. FAGES, « Le processus de formation du contrat », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, Université de Münster, 23 et 24 octobre 2014, Société de législation comparée, vol. 20, p. 41.

ont saisi l'instantané, le contrat une fois formé, comme s'il jaillissait de la volonté sans hésitation ni tergiversions² ».

Cette section comprend quatre sous-sections consacrées successivement aux négociations, à l'offre et l'acceptation, au pacte de préférence et à la promesse unilatérale et enfin au contrat conclu par voie électronique. Cette dernière sous-section précise le contenu de l'offre et les modalités de la conclusion du contrat par voie électronique. Ses dispositions ne sont pas nouvelles, l'ordonnance, à quelques précisions près³, se contente de reprendre les articles 1369-1 à 1369-9 du Code civil introduits par la loi du 24 juin 2004⁴. Nous ne les analyserons donc pas. Seules les trois premières sous-sections retiendront notre attention.

Le texte de l'ordonnance s'éloigne parfois du projet publié le 25 février 2015 et elle le précise sur d'assez nombreux points pour tenir compte des observations recueillies au cours de la consultation publique.

La structure de la section est inchangée par rapport au projet, à l'exception du devoir d'information qui prend désormais place dans les négociations alors qu'il s'insérait auparavant dans la validité du contrat. Ce déplacement est justifié car l'information intéresse les négociations ; elle précède la conclusion du contrat et n'avait donc pas sa place dans la validité⁵.

Au vu du nombre d'articles qui y sont consacrés, c'est sans conteste l'offre et l'acceptation qui ont le plus retenu l'attention du législateur : dix articles contre trois pour les négociations et deux pour le pacte de préférence et la promesse unilatérale. Bientôt, le Code civil sera donc doté d'une législation détaillée sur la rencontre des consentements, à l'image

2. N. MOLFESSIS, « La formation du contrat », n° 1, p. 7.

3. Le nouvel article 1127-1 3° impose au professionnel de proposer dans l'offre faite par voie électronique la conclusion du contrat en français. Pour le reste, il s'agit d'une réécriture de quelques dispositions.

4. Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette loi a aussi introduit les articles 1108-1 et 1108-2 du Code civil qui sont repris par l'ordonnance aux articles 1174 et 1175 insérés dans la section relative à la forme du contrat. Elle a enfin complété le Code civil en matière de preuve électronique aux articles 1316-1 à 1316-4 repris par l'ordonnance dans la section relative à la preuve par écrit (art. 1366 à 1369).

5. N. MOLFESSIS, « La formation du contrat », n° 6, p. 8.

des principes du droit européen des contrats⁶, du projet de cadre commun de référence⁷, des principes Unidroit⁸ et des codes de certains de nos voisins européens. Ce corpus lève des incertitudes qui subsistaient malgré une jurisprudence abondante.

En revanche, les trois articles qui régissent les négociations reprennent sans grand changement les solutions élaborées par les tribunaux et globalement approuvées par la doctrine.

Quant aux deux articles relatifs au pacte de préférence et à la promesse unilatérale, ils étaient très attendus par la grande majorité de la doctrine et par la pratique. En matière de promesse unilatérale, ils mettent fin à une jurisprudence très contestée de la Cour de cassation dont il résulte que la rétractation du promettant avant la levée de l'option empêche la formation du contrat. Le promettant engage seulement sa responsabilité contractuelle. L'article 1124 dispose au contraire que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». C'est l'un des rares cas dans lesquels l'ordonnance combat frontalement une jurisprudence.

Nous suivrons l'ordre des textes en présentant successivement : les négociations (paragraphe I), l'offre et l'acceptation (paragraphe II) et enfin le pacte de préférence et la promesse unilatérale (paragraphe III).

Paragraphe 1. Les négociations

L'ordonnance pose les règles qui gouvernent les négociations : liberté et bonne foi (A), complétées par un devoir d'information (B).

6. Art. 2 : 201 à 2 : 208 et 2 : 211.

7. Art. II-4 : 201 à 4 : 208 et II-4 : 211.

8. Art. 2.1.1 à 2.1.14.

A. Liberté et bonne foi dans les négociations

Deux principes complémentaires gouvernent les négociations. Selon l'article 1112 alinéa 1 « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Le principe de liberté des négociations est donc tempéré par celui de bonne foi. Cette disposition condense, en les adaptant au processus de conclusion du contrat, deux des principes contenus dans les dispositions liminaires. D'une part, l'article 1102 qui dispose que « *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* ». D'autre part, l'article 1104 alinéa 1 selon lequel « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

L'article 1112 ne définit pas la bonne foi dans les négociations, ni n'en donne d'exemples contrairement au projet Terré qui juge notamment contraire à la bonne foi le fait « *...pour une partie d'entamer et de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre*⁹ ». Il s'agit sans doute de précisions superflues.

L'alinéa 2 de l'article 112 impose plus généralement la réparation du préjudice subi par l'autre partie, « *en cas de faute commise dans les négociations*¹⁰ ». La mauvaise foi n'est donc pas la seule à pouvoir être sanctionnée. Il en va de même du comportement fautif exclusif de mauvaise foi, comme peut l'être la rupture brutale de pourparlers sans raisons légitimes.

9. Art. 24 al. 2. V. aussi Art. 2 : 301 PEDC.

10. L'art. 1104 al. 2 de l'avant-projet Catala utilisait à cet égard une formulation plus nette : « *L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* ».

L'ordonnance reprend ici les principes dégagés par la jurisprudence qui consacre le principe de libre rupture des pourparlers¹¹ sous réserve qu'elle ne soit ni déloyale¹² ni fautive¹³ ou abusive¹⁴.

Contrairement au projet d'ordonnance, l'article 1112, alinéa 2 ne précise plus que la responsabilité de l'auteur de la faute est extracontractuelle. En effet, comme l'indique le rapport au Président de la République « *cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture* ». L'ordonnance, contrairement aux avant-projets Catala¹⁵ et Terré¹⁶, ne dit mot des accords de négociation¹⁷ qui relèvent de la liberté contractuelle. Le rapport au Président de la République suppose cependant qu'ils sont soumis aux dispositions régissant le contrat.

11. La Cour de cassation affirme même parfois qu'il existe un droit de rupture unilatérale des pourparlers : Civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-20783, *Bull. civ.*, III, n° 5 ; *RDC*, 2009, p. 480, obs. Y-M Laithier.

Pour un exemple de rupture régulière, V. Com. 20 nov. 2007 (audit révélant des informations défavorables sur la société dans laquelle une prise de participation était envisagée), *RTD civ.*, 2008, p. 102, obs. Fages.

12. V. pour un exemple de déloyauté : Com., 7 avr. 1998, n° 95-20361, inédit.

13. Les tribunaux relèvent parfois la légèreté constitutive d'une faute de celui qui rompt les pourparlers et qui doit en réparer les conséquences : Com., 12 oct. 1993, n° 91-19456, inédit.

14. V. par ex : Com. 18 janv. 2011, *RTD civ.*, 2011, p. 345, obs. Mestre (rupture, sans raison légitime et brusque, de pourparlers avancés entretenus avec un partenaire dont l'auteur savait qu'il avait engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée) ; Com. 26 nov. 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 186 ; *D.*, 2004, p. 869, note Dallemagne ; *RTD civ.*, 2004, p. 80, obs. Mestre et Fages ; *RDC*, 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; *JCP E*, 2004, p. 738, note Stoffel-Munck ; *JCP*, 2004, I, p. 163, n° 18 s., note Viney ; v. également Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 7 ; *JCP*, 1998, II, p. 10066, note Fages ; Defrénois, 1998, art. 36815, n° 70, obs. D. Mazeaud.

15. Art. 1104-2 : « *Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent sous-titre [Du contrat et des obligations conventionnelles en général]* ».

16. Article 27 : « *Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent Titre [des contrats]* ».

17. Les parties peuvent convenir d'organiser leur négociation en fixant diverses règles, tel l'engagement de mener la négociation de bonne foi ou l'interdiction, pendant un certain délai, d'engager d'autres négociations de même nature avec des tiers.

Enfin, l'article 1112 alinéa 2 précise, concernant l'étendue du préjudice réparable, que celui-ci ne peut englober « *la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ».

La détermination de ce préjudice a soulevé de vives discussions, concernant la perte de la chance de réaliser les gains espérés de la conclusion du contrat.

Après des hésitations, la Cour de cassation a finalement exclu l'indemnisation de ce dommage dans l'arrêt Manoukian¹⁸ au motif qu'« *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers pré-contractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ». La solution s'explique par la liberté de rupture des négociations. C'est en effet la non-conclusion du contrat qui est la cause directe de cette perte de chance, pas la faute commise au cours des pourparlers.

L'ordonnance fige ainsi la solution retenue par la Cour de cassation. Le rapport au Président de la République exclut en effet expressément du préjudice réparable les avantages¹⁹ que permettait d'espérer la conclusion du contrat, y compris la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat²⁰. L'objectif est d'éviter une dérive de l'indemnisation en cas de faute dans les négociations qui inquiète les entreprises.

18. Civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ.*, III, n° 164 ; *D.*, 2006, p. 2639, obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.*, 2006, p. 754, obs. Mestre et Fages et 770, obs. Jourdain ; *Deffrénois*, 2006, art. 38498, n° 71, obs. Libchaber ; *JCP*, 2006, II, p. 10130, obs. Deshayes ; *RDC*, 2006, p. 1069, obs. Mazeaud.

La solution a été réaffirmée par des arrêts du 7 janvier 2009 (*Bull. civ.*, III, n° 5 ; *RTD civ.*, 2009, p. 113, obs. Fages ; *RDC*, 2009, p. 480, obs. Laithier et 1108, obs. Seube) et des 18 et 19 septembre 2012 (Com. 18 sept. 2012, *Bull. civ.*, IV, n° 163 ; *RTD civ.*, 2012, p. 721, obs. Fages ; *JCP*, 2012, I, p. 1151, n° 6, obs. Loiseau ; *RDC*, 2013, p. 98, obs. Deshayes ; Civ. 3^e, 19 sept. 2012, n° 11-10532, inédit ; *RTD civ.*, 2012, *ibid.* ; *RDC*, 2013, *ibid.*).

19. Le projet d'ordonnance ne retenait pas exactement la même formulation et visait « *la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu* ». Certains se demandaient si le terme « *bénéfices* » englobait la perte de chance de réaliser les gains espérés de la conclusion du contrat. Cela explique peut-être le changement de terminologie dans l'ordonnance.

20. Le rapport poursuit : « *Une telle solution se justifie pleinement : sur le plan de la causalité tout d'abord, la rupture des pourparlers est un acte juridique générateur d'un certain nombre de dommages mais pas nécessairement de la non conclusion du contrat puisque la faute*

La sous-section relative aux négociations contient un dernier article sur le devoir de confidentialité. « *Celui qui utilise ou divulgue²¹ sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* » (Art. 1112-2). La bonne foi et la faute dans les négociations n'englobent pas forcément l'hypothèse. En effet, si la violation de la confidentialité est généralement considérée comme un manquement à la bonne foi, il n'intervient pas toujours à l'occasion de l'initiative, du déroulement ou de la rupture des négociations.

La violation de cette obligation est sanctionnée par la responsabilité de son auteur « *dans les conditions de droit commun* ». Selon les cas en effet, il s'agira de responsabilité extracontractuelle lorsque les parties n'auront pas conclu d'accord sur ce point ou de responsabilité contractuelle si les parties ont conclu un engagement de confidentialité²².

B. Devoir d'information

L'ordonnance introduit dans le Code civil un devoir général d'information d'ordre public qui a suscité aussi beaucoup de méfiance. Selon l'article 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 ».

Le texte érige un principe général, détaché de la bonne foi, à partir de textes spéciaux et de la jurisprudence. Mais la généralisation a inquiété les milieux professionnels, ce qui explique des ajustements de dernière minute.

sanctionnée est la faute dans l'exercice du droit de rupture et non la rupture en elle-même ; en application du principe de liberté contractuelle, ensuite, qui a pour corollaire la liberté de ne pas contracter ; enfin, indemniser le profit escompté de la conclusion du contrat, même sous la forme atténuée d'une perte de chance, conduirait à donner indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu ».

21. La divulgation a été ajoutée par l'ordonnance par rapport au projet. Elle recouvre l'hypothèse où l'information, transmise par le négociateur, est utilisée par un tiers.
22. Le projet d'ordonnance ne visait que la responsabilité extracontractuelle.

Le débiteur est celui qui connaît l'information. L'ordonnance, contrairement au projet, ne vise plus celui qui devait la connaître²³, c'est-à-dire la plupart du temps un professionnel. La seule qualité de professionnel ne devrait donc plus suffire à fonder en droit commun l'obligation d'information. Néanmoins il faut tenir compte par ailleurs des dispositions du Code de la consommation qui imposent de fournir un certain nombre d'informations précises au consommateur, spécialement les caractéristiques essentielles du bien ou du service fourni²⁴.

L'article 1112-1 apporte deux précisions qui n'étaient pas contenues dans le projet. Il ajoute qu'« *ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Mais que ce devoir « *ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation*²⁵ ». Cette limite conforte la solution jurisprudentielle selon

-
23. Art. 1129, al. 1 du projet d'ordonnance : « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Cette définition était largement calquée sur celle proposée par Jacques GHESTIN dans son ouvrage sur la formation du contrat (*Traité de droit civil, La formation du contrat*, éd. LGDJ, 3^e éd. 1993, n^o 665).
24. Art. L. 111-1 C. consom. : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :*
- 1^o *Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;*
 - 2^o *Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;*
 - 3^o *En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;*
 - 4^o *Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'État ».*
25. Cette limite a été expressément introduite dans l'ordonnance « *Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises* » (V. Rapport au Président de la République).

laquelle une partie, même professionnelle, n'a pas à informer l'autre sur la valeur de la chose objet du contrat²⁶ que certains jugeaient menacée.

Le texte consacre aussi la règle de preuve dégagée en jurisprudence bien qu'elle ne soit qu'un simple rappel du droit commun de la preuve. C'est à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait et c'est au débiteur de l'obligation d'information de prouver qu'il l'a fournie²⁷.

Plus important, le dernier alinéa de l'article 1112-1 concerne la sanction de la violation du devoir d'information. « *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* », c'est-à-dire pour erreur ou dol.

La formule est à première vue surprenante car elle suppose que les conditions de la nullité pour erreur ou dol ne seront pas toujours réunies en cas de violation de l'obligation d'information. Or, dès lors que les seules informations qui doivent être révélées sont celles dont la connaissance est déterminante pour l'autre partie (Art. 1112-1, al. 1), la nullité devrait toujours être possible. En réalité, on peut imaginer des hypothèses rares où les conditions de la nullité pour erreur ou dol ne seront pas forcément remplies²⁸. Dans ces hypothèses, seule la responsabilité extracontractuelle de celui qui détenait l'information pourra être engagée.

26. Civ. 3^e, 17 janv. 2007, *D.*, 2007, p. 1051, note Mazeaud et p. 1054, note Stoffel-Munck ; *RTD civ.*, 2007, p. 335, obs. Mestre et Fages ; *JCP*, 2007, II, p. 10042, note Jamin ; *Deffrénois*, 2007, art. 38562, n° 28, obs. Savaux ; V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000 (arrêt Baldus), *JCP*, 2000, I, p. 272, obs. Loiseau ; *Deffrénois*, 2000, art. 37237, n° 64, obs. D. Mazeaud et Delebecque ; *RTD civ.*, 2000, p. 566, obs. Mestre et Fages.

27. C'est encore pour satisfaire les praticiens qui souhaitaient que soit consacré explicitement ce rappel du droit commun de la preuve que l'ordonnance ajoute cet alinéa qui n'était pas contenu dans le projet (V. rapport au Président de la République).

28. Par exemple l'information déterminante ne porte pas sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat mais sur un motif et le débiteur de l'information ne l'a pas révélée mais sans la volonté de tromper son partenaire. L'action en nullité pour erreur, comme celle fondée sur la réticence dolosive, ne sera pas possible.

La disposition permet aussi implicitement à la partie créancière de l'obligation d'information violée de préférer mettre en œuvre la responsabilité de son débiteur.

Enfin, comme le souligne le rapport au Président de la République, un manquement à l'obligation d'information pourrait aussi être invoqué dans des hypothèses où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié avec une autre, et découvrirait tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.).

Paragraphe 2. L'offre et l'acceptation

La sous-section consacrée à l'offre et l'acceptation commence et se termine par deux textes essentiellement pédagogiques. Le premier rappelle que « *Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* » (Art. 1313 al.1) et le dernier que lorsqu'un délai de réflexion est prévu, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai et que lorsqu'un délai de rétractation est prévu, le destinataire de l'offre peut discrétionnairement rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai²⁹.

29. L'insertion de cet article a été critiquée. D'abord parce qu'il soumet au même régime le délai de réflexion ou celui de rétractation qu'il soit prévu par la loi ou par les parties. Or, lorsque ces délais sont conventionnels, ce qui en pratique concerne essentiellement le délai de rétractation, souvent nommé dédit, on ne voit pas pourquoi la partie qui en bénéficie ne pourrait y renoncer (N. MOLFESSIS, « La formation du contrat », n° 14). Ensuite parce que les délais légaux de réflexion ou de rétractation relèvent de droits spéciaux, essentiellement le droit de la consommation. Enfin parce que l'article énonce une évidence lorsque le délai est d'origine légale ; c'est donc un texte superflu puisqu'il ne remplit pas son objet qui est de formuler, à destination de tous, une prescription. C'est un texte qui ne sert à rien car il ne comporte aucune prescription qui ne résulte pas d'une autre disposition spéciale (En ce sens, E. SAVAUX et R-N SCHÜTZ, « Silences et surcroûts des projets de réforme », in *La recodification du Droit des obligations en France et en Espagne*, Colloque des 8 et 9 octobre 2016, Université de Poitiers, Collection des Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences sociales, LGDJ, à paraître 2016, n° 6).

Les autres dispositions consacrent des solutions jurisprudentielles acquises (A) ou, au contraire, règlent des questions sans réponse jurisprudentielle certaine (B), répondant ainsi à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par le texte.

A. Consécration de solutions jurisprudentielles acquises

La consécration de solutions jurisprudentielles acquises concerne d'abord les définitions de l'offre et de l'acceptation qui ne présentent pas d'originalité.

Selon l'article 1114, l'offre faite à personne déterminée ou indéterminée doit remplir deux conditions pour ne pas être disqualifiée en invitation à entrer en négociation. Elle doit comprendre les éléments essentiels du contrat envisagé³⁰ et exprimer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation³¹. Autrement dit l'offre doit être précise et ferme.

L'acceptation, quant à elle est définie classiquement à l'article 1118 comme la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre, l'acceptation non conforme constituant une offre nouvelle. L'acceptation doit donc être pure et simple aussi bien en ce qui concerne les éléments essentiels du contrat que ceux accessoires dès lors qu'ils sont contenus dans l'offre.

L'acceptation doit aussi être émise en connaissance de cause. L'article 1119 fait une application particulière de ce principe en ce qui concerne les conditions générales. Son alinéa 1 dispose en effet que « *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* ».

30. En l'absence de précision de la loi, c'est au juge qu'il revient de déterminer quels sont les éléments essentiels sur lesquels l'accord des parties doit se faire. Jugeant que l'*affectio societatis* n'est pas une condition essentielle de la cession de droits sociaux, Com. 11 juin 2013, n° 12-22296, *Bull. civ.*, IV, à paraître ; *RTD civ.*, 2013, p. 594, obs. Barbier. Considérant qu'une garantie de passif peut être un élément essentiel de la reprise d'une entreprise ; Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-16563, inédit ; *RTD civ.*, *ibid.*

31. Une partie de la doctrine s'était émue que dans le projet d'ordonnance, l'article 1114 ne fasse pas expressément allusion à la fermeté de l'offre : « *L'offre comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et peut être faite à personne déterminée ou indéterminée. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* » : V. par ex. B. FAGES, « Le processus de formation du contrat », p. 40.

Lorsque le contrat est conclu entre deux entreprises, il est fréquent qu'elles aient toutes les deux des conditions générales. Il arrive que celles-ci soient contradictoires. La question est alors de savoir lesquelles il convient d'appliquer. L'article 1119, alinéa 2 prévoit alors qu'« *en cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet* ». Il consacre ainsi la solution de la Cour de cassation³² en neutralisant les clauses des conditions générales inconciliables³³.

Enfin, ajout de dernière minute, l'ordonnance précise qu'« *en cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières* ».

L'article 1114 précise les formes de l'offre ou de l'acceptation en indiquant que la volonté des parties « ... *peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur* ».

Cette distinction remplace donc celle plus classique de la manifestation de volonté expresse ou tacite. Elle permet de dépasser une différence d'appréciation de ce qui peut être considéré comme une manifestation tacite. En effet si l'accord est unanime pour dire que la manifestation écrite ou verbale est expresse, des divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de qualifier des comportements. Selon les auteurs, en effet, certains comportements sont des manifestations expresses de volonté dès lors que l'intéressé a spécialement agi dans le dessein de faire connaître son intention³⁴ alors que pour d'autres il s'agit déjà de manifestations tacites : ainsi exposer des marchandises en vitrine avec un prix marqué ou faire stationner un taxi à l'endroit *ad hoc* sont pour

32. Com. 10 janv. 2012, n° 10-24847, inédit ; *RDC*, 2013, p. 528, obs. Y-M Laithier.

33. Il existe deux autres systèmes pour trancher la difficulté, consistant, schématiquement, soit à faire prévaloir les premières conditions proposées, soit les dernières. V. FORTI, « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », *RIDC*, 2008, p. 729.

34. V. notamment, J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, vol. 1, L'acte juridique*, Sirey Université, 2014, n° 137. Pour ces auteurs, la manifestation de volonté tacite désigne toute action ou attitude qui n'est pas spécialement accomplie ou observée en vue de faire connaître une volonté de contracter, mais qui *présuppose* cette volonté.

les uns des offres expresses de vente et de transport, pour les autres, des offres tacites.

L'acceptation tacite ou désormais le comportement manifestant une acceptation est l'exécution même du contrat proposé. Ainsi, le commerçant qui livre la marchandise commandée accepte, par là même, l'offre d'achat qui lui avait été adressée.

En revanche le silence du destinataire de l'offre ne peut être assimilé ni à une acceptation tacite ni « à un comportement non équivoque » manifestant son consentement. L'article 1120 consacre purement et simplement la jurisprudence classique élaborée en la matière : « *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* ». Il n'y a rien de plus à ajouter.

L'ordonnance, en ce qui concerne les définitions et les manifestations de l'offre et de l'acceptation, ne constitue qu'une mise en forme des solutions jurisprudentielles. Son apport est plus important en ce qui concerne la rétractation de l'offre et de l'acceptation et la caducité de l'offre.

B. Règlement de questions sans réponse jurisprudentielle certaine

Selon les articles 1115 et 1118, la rétractation de l'offre ou de l'acceptation est libre tant qu'elles ne sont pas parvenues à leur destinataire, autrement dit tant qu'elles n'ont pas été reçues par ce dernier.

Le contenu de l'ordonnance a évolué par rapport au projet.

Dans celui-ci d'abord, l'offrant pouvait librement rétracter son offre tant qu'elle n'était pas parvenue « à la connaissance de son destinataire ». Cette solution était contraire à la sécurité juridique en raison des problèmes de preuve qu'elle aurait pu susciter. Il est préférable de retenir comme date butoir de la libre rétractation de l'offre, celle où son destinataire a reçu le courrier même s'il ne l'a pas encore lu³⁵.

Par ailleurs, le projet avait omis de prévoir la libre rétractation de l'acceptation.

35. La solution retenue dans les principes du droit européen des contrats est encore différente. L'offre est librement révocable si elle parvient à son destinataire avant que celui-ci ait émis son acceptation (Art. 2 : 202 (1)).

En revanche une fois parvenue au destinataire, l'offre « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* » (Art. 1116, al. 1). Il faut lire « *...ou à défaut, [qu'à] l'issue d'un délai raisonnable* ».

Remarquons d'abord que l'ordonnance ne retient plus le terme de révocation de l'offre mais celui de rétractation. La rétractation est donc libre avant la réception de l'offre par son destinataire et prohibée ensuite, tant que n'est pas écoulé le délai fixé par l'auteur de l'offre ou à défaut un délai raisonnable.

La seule lecture de l'article 1116 sous-entend que la rétractation redevient possible à l'expiration de ces délais. En réalité, elle devient inutile puisque l'article 1117 précise que « *L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ».

Ces solutions consacrent expressément les orientations actuelles de la jurisprudence. Celle-ci considère d'abord, depuis longtemps, que l'offrant a l'obligation de maintenir sa proposition lorsqu'il a lui-même fixé un délai³⁶. Même, en l'absence de stipulation d'un délai, lorsque l'offre est à personne déterminée, les juges ont pu parfois imposer un délai raisonnable correspondant au temps nécessaire pour examiner et apprécier la proposition reçue³⁷. Mais, surtout, depuis un arrêt du 20 mai 2009³⁸, la Cour de cassation considère qu'à défaut de délai fixé par son auteur, l'offre est nécessairement assortie d'un délai raisonnable au-delà duquel l'acceptation ne peut plus former le contrat. L'écoulement de ce délai raisonnable rend donc l'offre caduque.

L'apport le plus important de la réforme concerne la sanction du non-respect par l'offrant de son obligation de maintenir l'offre. Sur ce point, la jurisprudence n'a jamais été clairement fixée.

36. V. par ex : Civ. 1^{re}, 17 déc. 1958, *D.*, 1959, p. 336.

37. Paris, 5 févr. 1910 ; Com. 22 avr. 1958 ; Civ. 1^{re}, 7 janv. 1959 ; Soc. 22 mars 1972 ; V. cependant Civ. 1^{re}, 21 déc. 1960, *D.*, 1961, p. 417, note Malaurie.

38. Civ. 3^e, 20 mai 2009, *Bull. civ.*, III, n° 118 ; *RTD civ.*, 2009, p. 524, obs. Fages ; *RDC*, 2009, p. 1325, obs. Laithier : Cassation d'une décision qui avait admis la formation d'une vente à la suite de l'acceptation, cinq ans plus tard, d'une offre faite sans délai.

Quelques rares décisions ont jugé que la révocation d'une offre avec délai est inefficace et que, par conséquent, le contrat est formé³⁹. Plus souvent, les tribunaux n'accordent que des dommages-intérêts à l'acceptant.

L'article 1116, alinéa 2 affirme d'abord que « *la rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat* ». La théorie de l'offre, engagement unilatéral de volonté, au moins lorsqu'elle est faite à personne déterminée et assortie d'un délai, a vécu. Désormais, que l'offre soit ou non assortie d'un délai, et qu'elle soit à personne déterminée ou indéterminée, sa rétractation sera efficace et le contrat ne pourra pas se former par l'acceptation pendant le délai.

La seule sanction consiste en « *la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* ». La règle est expliquée par la volonté de favoriser la souplesse et la liberté dans la formation du contrat. Mais elle porte atteinte à la sécurité des destinataires. Le gouvernement invoque aussi une gradation entre la sanction de la rétractation de l'offre et celle de la révocation de la promesse. Mais il n'en instaure pas entre la rétractation de l'offre et la rupture fautive des négociations.

Le rejet de la qualification d'engagement unilatéral de volonté explique le principe de caducité de l'offre en cas de décès ou d'incapacité de l'offrant, que l'offre soit ou non à durée déterminée. La position de la Cour de cassation sur cette question a beaucoup fluctué⁴⁰. Dans son

39. Civ. 3^e, 7 mai 2008, *Bull. civ.*, III, n° 79 ; *D.*, 2008, p. 2969, obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.*, 2008, p. 474, obs. Fages ; *RDC*, 2008, p. 1109, obs. Genicon et 1239, obs. Collart Dutilleul ; *Dr. et patrimoine*, 2009, n° 178, obs. Stoffel-Munck ; *JCP*, 2008, I, p. 119, n° 1, obs. Serinet ; v. égal. IZORCHE, « L'irrévocabilité de l'offre de contrat (réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008) », *D.*, 2009, Chron., p. 440 ; Ph. BRUN, « Leçon n° 7 : mises à jour parcellaires autour du consentement et du processus de formation du contrat », in *Mélanges Chabas*, p. 165. V. aussi Civ. Ire, 17 déc. 1958, *D.*, 1959, p. 336, obs. Carbonnier.

40. La caducité admise traditionnellement par la jurisprudence a été remise en cause par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 9 novembre 1983 selon lequel une offre de contracter n'est pas frappée de caducité du seul fait du décès de l'offrant (Civ. 3^e, 9 nov. 1983, *Defrénois*, 1984, art. 33368, n° 78, obs. Aubert ; *RTD civ.*, 1985, p. 154, obs. J. Mestre). Un nouvel arrêt, de la même chambre, du 10 mai 1989, est revenu à la solution antérieure (Civ. 3^e, 10 mai 1989, *Bull. civ.*, III, n° 109 ; *D.*, 1990, Somm., p. 37, obs. Martine).

dernier état, la Cour de cassation jugeait que « *l'offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée*⁴¹ ». L'offre avec délai ne serait donc pas caduque en cas de décès de son auteur. Cette solution est donc condamnée par la réforme.

La réforme a au moins le mérite d'édicter une règle claire renforçant la sécurité juridique.

L'ordonnance règle enfin la question de la rencontre des volontés lorsque le contrat est conclu entre absents. Elle met fin aux incertitudes des solutions jurisprudentielles. La Cour de cassation considère en effet traditionnellement que la date et le lieu de rencontre des volontés est une question de fait, abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond, ce qui aboutit à des solutions disparates.

Selon l'article 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* ». L'ordonnance retient donc la théorie de la réception, se ralliant ainsi à la solution la plus fréquemment retenue par les codifications savantes et les textes internationaux⁴².

En matière de conclusion du contrat, le nouveau droit commun ressemble donc beaucoup à l'ancien. D'essentiellement jurisprudentiel, il devient légiféré, offrant ainsi une plus grande sécurité. Les quelques ajouts confèrent une liberté accrue aux parties. Cela conduit même le législateur à ne faire aucune différence de régime entre des catégories d'offres qu'il distingue pourtant : offre à personne déterminée ou au public, offre avec stipulation d'un délai ou offre sans délai. Cette liberté vaut tant que les parties ne se sont pas liées par une promesse unilatérale, véritable contrat dont la force obligatoire est restaurée.

Paragraphe 3. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

Les avant-contrats peuvent être classés en trois grandes catégories : ceux qui ont pour objet une obligation de négocier, ceux qui ont pour objet une obligation de préférer, ceux qui ont pour objet une

41. Civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-16529, D., 2014, p. 1574, note Tádros.

42. V. « *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs* », *Société de législation comparée*, 2008, p. 247.

obligation de contracter. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale relèvent des deux dernières espèces.

L'ordonnance les définit (A) avant de prévoir les sanctions de leur violation en cas de conclusion du contrat avec un tiers (B).

A. Définitions du pacte de préférence et de la promesse unilatérale

Certains commentateurs du projet d'ordonnance sont réservés sur la présence de définitions légales du pacte de préférence et de la promesse unilatérale dans le Code car elles enfermeraient le pacte de préférence et la promesse unilatérale dans des moules juridiques rigides alors que ces figures sont très utilisées par la pratique dans des domaines et selon des modalités très variables⁴³. Cette critique doit être nuancée parce que les définitions retenues ne précisent que les éléments essentiels de ces contrats sans évoquer leurs modalités. En outre, dès lors que l'ordonnance introduit des règles les régissant, il est nécessaire, comme chaque fois qu'un contrat fait l'objet d'une réglementation spéciale et devient de ce fait un contrat nommé, de le définir.

Selon l'article 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* ». L'élément essentiel du pacte de préférence est donc l'engagement du promettant de conférer la priorité de conclusion d'un contrat à un tiers.

La définition reflète le droit positif. Les éléments essentiels du contrat pour lequel la priorité est donnée n'ont pas à être déterminés puisque le promettant, qui conserve la liberté de conclure ou non le contrat projeté, conserve aussi celle d'en fixer ultérieurement les conditions et notamment

43. B. FAGES, « Le processus de formation du contrat », p. 49.

le prix⁴⁴. La stipulation d'un délai dans le pacte de préférence n'est pas non plus érigée en élément essentiel⁴⁵, elle relève de la liberté des parties⁴⁶.

L'ordonnance laisse aussi le soin aux parties de définir les modalités de l'exécution du pacte de préférence lorsque le promettant décide de conclure le contrat pour lequel il a donné priorité au bénéficiaire. En pratique, le pacte prend deux formes principales. Il peut prévoir une simple priorité, le promettant s'engageant uniquement à entrer en négociations avec le bénéficiaire ou en lui adressant une offre, pour le cas où il déciderait de conclure le contrat projeté. Le pacte peut aussi organiser un véritable mécanisme de préemption permettant au bénéficiaire de conclure le contrat aux conditions négociées avec le tiers⁴⁷.

En ce qui concerne la définition de la promesse unilatérale de vente, contrairement à la définition du pacte de préférence, l'ordonnance met plus l'accent sur le droit du bénéficiaire⁴⁸. Selon l'article 1124 :

44. V. notamment, Civ. 3^e, 6 juin 2001, pourvoi n° 98-20673, *Bull. civ.*, III, n° 166 ; *JCP*, 2002, I, p. 134, obs. Labarthe ; *RTD Civ.*, 2002, p. 88, obs. Mestre et Fages, et 115, obs. Gautier : « *Il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé qui ne sera conclu qu'ultérieurement que s'il advient que le promettant en décide ainsi... Le promettant conserve la liberté de fixer les conditions de l'acte déterminé et d'en fixer le prix...* ». Ou encore, Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03700, *Bull. civ.*, III, n° 9 ; *D.*, 2003, p. 1190, note Kenfack ; *Defrénois*, 2003, p. 852, obs. Libchaber : « *...la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence...* ».

45. Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03700, *Bull. civ.*, III, n° 9. En l'absence de délai la question est de savoir si le promettant peut ou non résilier le pacte. La doctrine est partagée. Sur cette question, V. S. ANIEL, R. AZEVEDO, H. PLYYER, « Les avant-contrats », p. 213.

La durée du pacte de préférence pose aussi difficulté lorsqu'il est l'accessoire d'un contrat principal. La question s'est posée à propos de la clause, insérée dans un bail, donnant la préférence au locataire en cas de vente du bien loué. La Cour de cassation a décidé que cette clause, dans le silence des parties, ne survit pas au renouvellement du bail car il s'agit d'une convention distincte du bail qui devient caduc à l'issue de la location (21 juin 2005, n° 04-15030, inédit).

46. Civ. 3^e, 6 juin 2001, pourvoi n° 98-20673, *Bull. civ.*, III, n° 166.

47. V. B. FAGES, « Le processus de formation du contrat », p. 50. Cet auteur doute que ce « *droit de préemption conventionnel* », soit englobé dans la définition de l'article 1123. La formule semble pourtant suffisamment large pour englober ce cas.

48. S. ANIEL, R. AZEVEDO, H. PLYYER, « Les avant-contrats », p. 208 et s.

« 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 ».

Ce droit d'option est un droit potestatif par lequel son titulaire à la faculté de créer ou modifier une situation juridique⁴⁹.

Néanmoins, ne serait-ce qu'implicitement, la définition de la promesse unilatérale révèle aussi que le promettant a déjà donné son consentement au contrat définitif puisque le texte dispose que pour la formation du contrat projeté *« ne manque que le consentement du bénéficiaire »*. La promesse contient déjà un élément du contrat définitif, dont elle ne se distingue pas totalement. Ce n'est pas la simple promesse de maintenir une offre de contrat acceptée par son destinataire⁵⁰. Le consentement au contrat est déjà donné par le promettant et il n'attend plus que celui du bénéficiaire qui s'exprime par la levée de l'option pour que le contrat définitif se forme sans autre manifestation de volonté du promettant.

La rétractation du promettant menaçait directement l'efficacité de la promesse unilatérale depuis que, par l'arrêt Godard de 1993⁵¹, la Cour de cassation a décidé de lui faire produire effet. La rétractation intervenant avant la levée de l'option empêche les consentements de se rencontrer dit-elle.

L'ordonnance redonne donc sa véritable nature à la promesse unilatérale en disposant *« la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis »*. La volonté contraire du promettant qui révoque sa promesse est impuissante à paralyser la formation du contrat définitif car la promesse unilatérale qui contient son consentement, a comme tout contrat, force obligatoire. Il n'y a donc pas à proprement parler de sanction de l'inexécution de la promesse unilatérale de contrat. Celle-ci est en réalité exécutée du fait de l'inefficacité de la rétractation.

49. I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, Bibliothèque des thèses, 1967, n° 45.

50. *Ibid.*, n° 37 et s.

51. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.*, III, n° 174.

En revanche, il pourrait en aller différemment en cas de conclusion du contrat avec un tiers en violation de la promesse unilatérale. Ce risque se retrouve aussi pour le bénéficiaire d'un pacte de préférence. L'ordonnance prévoit alors la sanction en cas de conclusion avec un tiers du contrat promis.

B. La sanction en cas de conclusion du contrat avec un tiers

La sanction de la conclusion d'un contrat en violation de la promesse unilatérale ou du pacte de préférence prend deux formes. La première, commune aux deux avant-contrats, est celle de la nullité du contrat conclu avec le tiers⁵². La seconde ne concerne que le pacte de préférence : il s'agit de la substitution du bénéficiaire du pacte dans le contrat conclu par le tiers.

Comme le projet Terré, l'ordonnance retient la nullité du contrat conclu en violation de la promesse avec un tiers qui en connaissait l'existence (Art. 1124, al. 3). Une fois le contrat annulé, le bénéficiaire peut alors valablement lever l'option que lui confère la promesse puisque la rétractation du promettant est inefficace pendant le délai d'option.

L'ordonnance ne dit rien du cas où le tiers ne connaissait pas la promesse. A contrario, cependant, on peut déduire de l'article 1124 que le contrat conclu avec lui est valable. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur préfère donc celui qui a conclu le contrat de bonne foi au bénéficiaire de la promesse unilatérale. Bien que l'article 1124 ne le précise pas non plus, le bénéficiaire pourra, comme l'admet traditionnellement la jurisprudence, obtenir réparation de son préjudice en engageant la responsabilité contractuelle du promettant.

Le bénéficiaire d'un pacte de préférence a, quant à lui, le choix entre demander la nullité du contrat conclu en violation de son droit de priorité ou sa substitution dans ce contrat. Cette option est cependant subordonnée à des conditions rigoureuses. Il faut non seulement que le tiers ait connu

52. C'est l'inopposabilité du contrat conclu avec un tiers qui était retenue par le projet Catala. Ses auteurs optaient donc pour la sanction traditionnelle de la fraude qui permet de laisser subsister le contrat en neutralisant uniquement ses effets à l'égard des personnes qui sont en droit de ne pas en souffrir.

l'existence du pacte mais aussi l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Art. 1123, al. 2). C'est donc plus la fraude du tiers que sa seule mauvaise foi qui permet de restaurer la pleine efficacité du pacte violé. À défaut, le bénéficiaire peut uniquement obtenir réparation du préjudice subi (Art. 1123, al. 2).

La réforme consacre presque la solution retenue par l'arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006 selon lequel le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec le tiers et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur à la double condition que ce tiers ait eu connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁵³.

L'ordonnance ne suit donc pas totalement la Cour de cassation. Là où celle-ci ouvrait une seule sanction, la nullité du contrat accompagnée de la substitution du bénéficiaire, l'article 1123 ouvre un choix à celui-ci. Cette solution est juridiquement mieux fondée que celle de la jurisprudence : comment en effet le bénéficiaire pouvait-il être substitué dans un contrat préalablement annulé ? En pratique le bénéficiaire exercera ce choix en fonction de son intérêt. Ainsi, il optera plutôt pour la substitution lorsque le pacte prévoit qu'en cas d'exercice de sa priorité, le contrat est conclu aux conditions de l'offre faite par un tiers. En revanche, il pourra préférer la seule nullité si le pacte contenait des conditions différentes.

On peut regretter que l'ordonnance ait, contrairement au projet, maintenu l'exigence de la double condition de la connaissance du pacte par le tiers et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La seconde

53. Ch. Mixte, 26 mai 2006, *Bull. civ.*, n° 4 ; *Defrénois*, 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; *D.*, 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier et p. 1864, note D. Mainguy ; *RDC*, 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud et p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; *RTD Civ.*, 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G.*, 2006, II, p. 10142, obs. L. Leveneur ; *Droit et patrimoine*, 2006, p. 95, note Ph. Stoffel-Munck. Avant cet arrêt, la fraude du tiers n'a longtemps entraîné que la nullité du contrat conclu avec le promettant (Civ. 3^e, 30 avr. 1997, *D.*, 1997, p. 475, note D. Mazeaud ; *JCP G.*, 1997, II, p. 22963, obs. B. Thuillier ; *RTD civ.*, 1998, p. 98, note J. Mestre ; V. aussi Com., 27 mai 1986, *RTD civ.*, 1987, p. 89, note J. Mestre).

condition, d'ailleurs écartée dans le projet Terré, est critiquée par une partie de la doctrine car sa preuve est très difficile à rapporter⁵⁴.

La disparition de la seconde condition était compensée dans le projet d'ordonnance par l'octroi au tiers d'une action interrogatoire du bénéficiaire⁵⁵. Celle-ci demeure cependant dans l'ordonnance. « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer... l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir* » (Art. 1123, al. 3). Bien qu'il s'agisse de la terminologie utilisée par le gouvernement dans le rapport au Président de la République, celle-ci n'est pas vraiment adaptée car il ne s'agit pas d'une demande adressée au juge. Il serait préférable de parler « *d'interpellation interrogatoire*⁵⁶ ».

L'action interrogatoire risque cependant d'être moins mise en œuvre puisque la seule connaissance du pacte par le tiers n'est plus suffisante pour entraîner la nullité ou la substitution. L'action interrogatoire n'étant qu'une faculté pour le tiers, celui-ci pourrait même être tenté de ne pas interroger le bénéficiaire pour conclure le contrat dans l'ignorance de sa volonté de s'en prévaloir.

L'ordonnance fixe la procédure de cette action. L'interrogation est écrite mais la forme de l'écrit n'est pas précisée. Elle indique d'une part le délai – qui doit être raisonnable – laissé au bénéficiaire pour répondre et d'autre part, qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou sa nullité.

Le projet d'ordonnance écartait les conséquences de l'absence de réponse du bénéficiaire lorsque le pacte contient une clause de confidentialité. Cette limite à l'obligation d'information du tiers par le bénéficiaire disparaît de l'ordonnance. Cette restriction remettait en effet en cause la sécurité que l'action interrogatoire était censé procurer au tiers. Celui-ci, à défaut de réponse, n'était pas certain que le bénéficiaire

54. V. cependant Civ. 3^e, 14 février 2007 (*Bull. civ.*, III, n° 25 ; *Defrénois*, 2007, p. 1048, obs. Libchaber ; *RDC*, 2007, p. 701, obs. Mazeaud et p. 741, obs. Viney) qui admet la substitution car la double connaissance du tiers est démontrée.

55. Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance, les alinéa 3 et 4 de l'article 1123 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

56. En ce sens, V. dans cet ouvrage, l'intervention de F. HAGE CHAHINE : « Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes qui ont été influencés par le Code civil de 1804 ? ».

était déchu de son droit de demander la substitution dans le contrat conclu ou sa nullité⁵⁷.

On peut regretter quelques silences de la réforme concernant le pacte de préférence et la promesse unilatérale.

Le premier concerne la question de la durée de l'avant-contrat.

Il n'aurait pas été opportun d'imposer que le pacte ou la promesse ait une durée déterminée. Cela explique que l'ordonnance ait supprimé de la définition de la promesse unilatérale proposé par le projet que le promettant consente au bénéficiaire « *le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat...* ». Il demeure bien une référence au temps dans l'alinéa 2 de l'article 1124 - « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » - mais cette formule ne préjuge pas que la durée de la promesse soit déterminée ou non.

Cependant, il aurait fallu préciser le régime applicable lorsque le pacte ou la promesse ne contiennent pas d'indication de durée pour éviter au promettant d'être indéfiniment tenu sans pour autant lui permettre de résilier son engagement sans respecter un délai raisonnable.

On ne s'explique pas non plus pourquoi le tiers bénéficie d'une action interrogatoire lorsqu'il présume l'existence d'un pacte de préférence et pas lorsqu'il présume celle d'une promesse unilatérale. Elle serait d'autant plus utile que la preuve de sa simple connaissance de la promesse peut fonder la nullité du contrat qu'il conclut avec le promettant. Cependant, une telle action devrait être limitée aux promesses sans délai d'option. Elle serait inopportune dans celles en comportant un, car elle pourrait aboutir à priver le bénéficiaire du temps qui lui a été accordé pour opter.

Enfin, lorsque le tiers est de bonne foi et que l'inexécution de la promesse ou du pacte est consommée, rien n'est précisé quant au préjudice réparable. Des dommages-intérêts contractuels seront alloués au bénéficiaire. À défaut de précision, et en raison de la nature contractuelle de la responsabilité, c'est tout le dommage prévisible causé - perte éprouvée comme gain manqué - qui devra être réparé par le promettant.

57. En ce sens, N. MOLFESSIS, « La formation du contrat », p. 12.

La conclusion du contrat en droit libanais

Maan BOU SABER

*Doyen de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques
à l'Université Notre Dame de Louaizé
Avocat aux barreaux de Beyrouth et de Paris
Président du Tribunal du TSL à LA HAYE*

L'article 176 du Code des obligations et des contrats (C.O.C.) dispose :

« Tout contrat et, d'une façon plus générale, toute convention, a pour âme et pour armature le consentement des parties ».

L'article 177 C.O.C. dispose :

« Il est indispensable :

- 1. que le consentement existe effectivement*
- 2. qu'il s'applique à un ou plusieurs objets*
- 3. qu'il soit déterminé par une cause*
- 4. qu'il s'affirme, parfois, sous une forme déterminée ».*

L'article 166 C.O.C. dispose :

« Le droit des contrats est dominé par le principe de la liberté contractuelle : les particuliers règlent leurs rapports juridiques à leur gré, réserve faite des exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs et compte tenu des dispositions légales qui ont un caractère impératif ».

Il ressort de ces textes que le droit des contrats est dominé par le principe de l'autonomie de volonté, dès la période précontractuelle

jusqu'à la conclusion définitive du contrat. Ce principe signifie que – sauf dérogation légale – le consentement est la condition nécessaire et suffisante de la conclusion du contrat. Le principe a deux corollaires : la liberté contractuelle et la liberté de contracter et ne pas contracter. La liberté de contracter et ne pas contracter signifie qu'on est libre de contracter et de ne pas contracter. La liberté contractuelle signifie que les contractants déterminent librement le contenu de leur contrat sous réserve des exigences de l'ordre public, des bonnes mœurs, et des lois impératives.

Paragraphe 1. Le consentement

A. La période précontractuelle

Les articles 178 à 182 C.O.C. traitent de la période précontractuelle. L'étude de ces textes permet de distinguer l'offre d'entrer en pourparlers, l'offre de contracter, et la sollicitation ou l'offre impliquant engagement.

1. *L'offre d'entrer en pourparlers* est une proposition de contrat sans préfiguration du contrat projeté. Les pourparlers peuvent être librement rompus sans engager la responsabilité de l'auteur de la rupture. Cependant, cette responsabilité est engagée en cas de rupture abusive de pourparlers. Il s'agit d'une responsabilité délictuelle dont la faute consiste dans la violation du devoir général de se conformer aux règles de la bonne foi et aux usages de commerce dans l'exercice de la liberté de ne pas contracter. La réparation consiste à payer des dommages et intérêts ; elle couvre la seule perte éprouvée sans le gain manqué. Il s'agit d'un fait juridique.
2. *L'offre de contracter*, est une proposition de conclure le contrat avec la préfiguration du contrat projeté. En principe, elle ne lie pas son auteur mais elle engage sa responsabilité délictuelle en cas de révocation abusive pour violation du devoir général de se conformer aux règles de la bonne foi et aux usages de commerce dans l'exercice de la liberté de ne pas contracter. La réparation consiste à payer des dommages et intérêts qui couvrent la perte éprouvée et le gain manqué. Il s'agit d'un fait juridique.

3. **La pollicitation** ou l'offre impliquant engagement est une proposition de conclure un contrat avec préfiguration du contrat projeté et avec l'intention de s'engager si le destinataire accepte. La responsabilité est engagée en cas d'inexécution de l'engagement unilatéral, et la réparation se fait en nature. Il s'agit d'un acte juridique.

B. La période contractuelle

Cette période est aussi dominée par le principe de l'autonomie de volonté et ses deux corollaires : le principe de la liberté contractuelle et le principe de contracter et ne pas contracter.

Ces libertés connaissent des restrictions :

1. Les restrictions de la liberté de contracter et de ne pas contracter

- a. Il y a des restrictions quant à la liberté de ne pas contracter. Tel est le cas du contrat d'assurance obligatoire.
- b. Il y a des restrictions quant à la liberté du choix du cocontractant : soit une liberté limitée, soit une liberté abolie :
Liberté limitée : par exemple, la loi interdit à l'employeur de refuser de conclure un contrat de travail pour des considérations de sexe, de religion, de race, d'opinion politique...
Liberté abolie : par exemple le droit de préemption en matière immobilière.
- c. Il y a des restrictions quant aux deux libertés : par exemple, le vendeur de pain est obligé de vendre à tout acheteur ; le médecin est obligé de soigner tout malade.

2. Les restrictions de la liberté contractuelle

Il y a deux sortes de restrictions :

- a. **les clauses contractuelles interdites** : par exemple, les clauses de non-responsabilité dans les contrats de transport
- b. **les clauses contractuelles imposées** : par exemple, certaines clauses dans les contrats-type et les conventions collectives.

C. Les vices du consentement

(Les articles 202 à 219 C.O.C.)

L'article 202 C.O.C. dispose :

« Le consentement est vicié ou même parfois complètement exclu lorsqu'il a été donné par erreur, surpris par dol, extorqué par crainte, ou encore au cas de lésion anormale ou d'incapacité ».

1. L'erreur

(Articles 203 à 207 C.O.C.)

Le C.O.C. distingue entre trois catégories d'erreur :

- a. L'erreur-obstacle* : c'est l'erreur qui porte sur la nature du contrat ou sur l'identité de l'objet d'une obligation. Elle fait obstacle à la formation du contrat. La sanction est l'inexistence du contrat (article 203 C.O.C.).
- b. L'erreur indifférente* à la validité du contrat : c'est l'erreur qui porte sur les qualités accidentelles ou secondaires de la chose ou de la personne, sur la valeur de la chose, sur les simples motifs qui ont incité l'une des parties à contracter, sur des chiffres, sur un calcul (articles 205 C.O.C.).
- c. L'erreur vice du consentement* lorsqu'elle porte sur les qualités substantielles de la chose ou de la personne dans les contrats *intuitu personae*, ou sur l'efficacité de la cause d'une obligation (articles 204 C.O.C.), une distinction mérite d'être mentionnée : la distinction entre l'erreur sur l'efficacité de la cause de l'obligation sanctionnée par la nullité relative du contrat et l'erreur sur l'existence de l'obligation sanctionnée par l'inexistence du contrat.

L'erreur de droit est prise en considération et vicie le consentement comme l'erreur de fait. L'erreur de droit est différente de l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Elle tend à appliquer la loi, tandis que l'adage sanctionne la non-application de la loi.

On peut transposer en droit libanais la jurisprudence Poussin, consacrée dans l'article 1132, alinéa 2 de la

réforme du droit des contrats en France, qui sanctionne par la nullité relative le contrat pour erreur, que cette erreur porte sur la prestation de l'un ou de l'autre contractant.

2. La lésion

(Articles 213 et 214 C.O.C.)

a. En droit français, la lésion n'est pas un vice du consentement. En effet, l'article 1170 de la réforme du droit des contrats dispose :

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

b. En droit libanais, la lésion est un vice du consentement. Il faut distinguer entre les contrats conclus par un majeur et les contrats conclus par un mineur :

*contrats conclus par un majeur : pour qu'il y ait lésion, il faut la réunion de deux conditions :

- Une disproportion choquante et anormale entre les prestations et les contre-prestations contractuelles ;
- L'exploitation de l'état de gêne, de légèreté ou d'inexpérience de la victime.

Le C.O.C. a consacré, du moins dans la deuxième condition, la conception subjective de la lésion. Il s'agit d'une règle juridique souple laissant au juge un large pouvoir d'appréciation.

*contrats conclus par un mineur : deux hypothèses :

- Contrats conclus par le mineur lui-même : le contrat est annulable pour simple lésion. La loi n'exige ni l'élément d'exploitation ni le caractère choquant et anormal de la disproportion.

- Contrats conclus par le tuteur : Deux opinions :
- le contrat est considéré comme étant conclu par le mineur
- le contrat est assimilé à celui conclu par un majeur.

3. *L'incapacité*

Le Code des obligations et des contrats n'a pas cité, dans l'article 177, la capacité parmi les éléments constitutifs du contrat, mais il l'a envisagée négativement dans les articles 215 à 218 comme un vice de consentement. La capacité est le principe, l'incapacité est l'exception.

On distingue, d'une part, entre les incapacités de jouissance et les incapacités d'exercice ; d'autre part, entre les incapacités de protection et les incapacités de sanction.

a. Incapacités de jouissance et incapacités d'exercice

Il y a incapacité de jouissance lorsqu'une personne est privée d'un droit. La sanction est l'inexistence du contrat.

Il y a incapacité d'exercice lorsqu'une personne ne peut exercer son droit. La sanction est la nullité relative du contrat.

b. Incapacités de protection et incapacités de sanction

- Les incapacités de jouissance de protection : elles protègent l'incapable lui-même (exemple, article 516 C.O.C) ; elles protègent l'autre co-contractant (exemple article 450 C. civ.) ; elles protègent l'autre co-contractant et l'intérêt général (exemple articles 378 à 381 C.O.C.). Ces incapacités sont sanctionnées par la nullité absolue, voire l'inexistence, du contrat.
- Les incapacités de jouissance de sanction : elles sanctionnent l'incapable. C'est l'exemple de la personne condamnée à des travaux forcés à perpétuité : article 49 et article 62 Code pénal.
- Les incapacités d'exercice de protection : il s'agit de mineurs doués de discernement, de prodiges, de faibles d'esprit. Les contrats conclus par ces personnes

sont annulables pour lésion simple ou pour défaut d'accomplissement d'une formalité exigée par la loi. Les contrats conclus par les fous, les aliénés, les mineurs dépourvus de discernement sont frappés d'une nullité absolue.

- Les incapacités d'exercice de sanction : c'est l'exemple de l'article 50 du Code pénal : le condamné à des travaux forcés est soumis à interdiction¹. Son tuteur exerce ses droits selon les lois du statut personnel.

D. La forme du consentement

(Article 220 C.O.C.)

1. Quant à la forme du consentement, le principe est le consensualisme et l'exception est le formalisme. Les règles applicables à la forme des contrats sont spécifiées à l'occasion de chacune des catégories ; en l'absence d'une précision de ce genre, la convention se noue par le seul accord de volontés. Pour les contrats formels (ou solennels), c'est la forme *ad validatem* dont la violation est sanctionnée par l'inexistence du contrat ou du droit. Cette forme est un élément constitutif du contrat.
2. Il arrive que la convention ne produise pas tous ses effets et qu'elle ne devienne opposable aux tiers que par l'accomplissement de certaines mesures de publicité qui sont d'ordre public. C'est la forme de publicité sanctionnée par l'inopposabilité du contrat aux tiers.
3. Il arrive que la convention existe mais sa preuve est soumise à certaines formes. C'est la forme *ad probationem*.
4. D'autre part, si les parties ont convenu de donner à l'acte une forme spéciale que la loi n'exige point, le contrat n'est conclu, même *inter-partes*, qu'au moment où cette forme a été satisfaite. Les parties peuvent faire d'un contrat consensuel un

1. الحجر

contrat solennel mais ne peuvent faire d'un contrat solennel un contrat consensuel.

5. L'article 195 C.O.C. parle de la cause de l'obligation dans les contrats réels, mais le C.O.C. ne contient pas une disposition générale sur les contrats réels, c'est-à-dire les contrats qui se forment par le consentement comme condition nécessaire et la remise de la chose comme condition suffisante. Certains textes du C.O.C. font de la remise de la chose un élément constitutif de la conclusion du contrat : le don manuel (article 509 C.O.C.), le contrat de dépôt (article 695 C.O.C.), le contrat de prêt à usage ou commodat (article 732 C.O.C.), le contrat de gage mobilier (article 3 du décret - loi n° 46 du 20 octobre 1932).

Paragraphe 2. L'objet

(Articles 186 à 193 C.O.C.)

Le C.O.C. – à la différence du Code civil – distingue entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat.

A. L'objet de l'obligation

L'objet de l'obligation est soit une chose autre que l'argent, soit une somme d'argent.

1. *L'objet est une chose autre que l'argent : l'objet est une chose ou un fait (ou abstention)*

a. L'objet est une chose : Trois conditions sont requises pour qu'une « chose » puisse être valablement l'objet d'une obligation : (1) elle doit être déterminée ou déterminable. (2) elle doit exister : on distingue entre la chose qui n'existe pas, la chose qui n'existe plus, et la chose qui n'existe pas encore. (3) elle doit être dans le commerce juridique (la jurisprudence française sur la cession de la clientèle civile).

b. L'objet est un fait ou abstention : quatre conditions sont requises pour qu'un « fait » puisse être valablement l'objet d'une obligation : (1) être possible (les caractéristiques de

l'impossibilité). (2) être licite. (3) être utile pour le créancier. (4) être personnel au débiteur (la promesse de porte fort.

2. *L'objet est l'argent : le prix* : On distingue entre les contrats pour lesquels le prix est une condition de leur formation et les contrats pour lesquels le prix n'est pas une condition de leur formation.

La 1re catégorie : la vente : le prix doit être déterminé ou déterminable au moment de la formation du contrat.

La 2e catégorie : les contrats de service : le prix n'est pas une condition de formation pour deux raisons :

- une raison pratique : il est difficile de fixer d'avance le prix des services.
- une raison théorique : ces contrats peuvent exister sans prix. Le rôle du juge est de contrôler l'exécution du contrat.

B. L'objet du contrat

L'objet du contrat est l'opération contractuelle envisagée dans sa globalité et non dans ses éléments, les prestations.

La notion est utile à un triple point de vue : elle permet de prendre conscience que les obligations s'agencent de façon différentes selon l'opération économique que le contrat réalise (c'est la réalité de l'opération contractuelle). Elle permet de vérifier si le contrat respecte les intérêts particuliers (c'est le contrôle de l'équilibre contractuel), ainsi que l'intérêt général (c'est le contrôle de la licéité de l'opération contractuelle).

1. *La réalité de l'opération contractuelle*

Il s'agit de savoir comment les obligations s'agencent entre elles. Le rôle des obligations contractuelles diffère selon l'opération contractuelle.

- a. les contrats d'échange ont des fonctions d'échange, comme le contrat de vente. Les obligations sont indépendantes et connexes. L'obligation qui distingue l'opération

contractuelle n'est pas celle qui a pour objet le prix mais l'obligation correspondante.

- b.* les contrats-organisation, comme le contrat de société, ne créent pas des obligations interdépendantes et connexes.
- c.* Les contrats-coopérations opèrent la mise en relation d'actifs dans le cadre d'un projet commun. C'est l'exemple du contrat d'édition où l'auteur cède son droit à l'éditeur lequel s'engage à l'exploiter dans l'intérêt des deux parties.

2. La licéité de l'opération contractuelle

Il y a des obligations licites mais, introduites dans une relation contractuelle, deviennent illicites. C'est l'exemple du don du sang qui est licite, et du paiement d'une somme d'argent qui est licite. Mais la vente du sang est une opération contractuelle illicite. La sanction est la nullité absolue du contrat.

Paragraphe 3. La cause

(Articles 194 à 201 C.O.C.)

Le Code des obligations et des contrats distingue la cause de l'obligation et celle du contrat. La cause de l'obligation est la cause abstraite, objective, qui réside dans le mobile qui commande directement et uniformément l'obligation et qui fait partie intégrante du contrat, à savoir dans les contrats synallagmatiques, l'obligation correspondante ; dans les contrats réels, la prestation effectuée ; dans les actes onéreux unilatéraux, une obligation préexistante, civile ou naturelle. La cause de l'obligation doit exister. Son existence entraîne l'inexistence du contrat.

La cause du contrat réside dans le mobile individuel qui a incité le contractant à le conclure et qui ne fait point partie intégrante de l'acte ; elle varie d'espèce en espèce pour une même catégorie de contrats. C'est la cause subjective. Elle doit être licite. Son illicéité est sanctionnée par la nullité absolue du contrat.

La réforme du Code civil français a aboli le terme « *cause* » de son vocabulaire. Mais l'article 1167 n'est-il pas une reformulation, avec modification, de l'exigence de la cause de l'obligation ?

En effet, l'article 1167 C. civ. dispose :

« 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 ».

Une question nous interpelle : suffit-il que la cause existe au moment de la formation du contrat ? Ou faut-il qu'elle continue d'exister tout au long de son exécution ?

La validité du contrat en droit français

Romain BOFFA

Agrégé des Facultés de Droit

Professeur à l'Université Paris XII (UPEC)

La validité du contrat fait l'objet d'une section 2 qui se trouve dans un chapitre II consacré à la formation du contrat.

Si l'ordonnance du 10 février 2016 contient de nombreuses modifications par rapport au projet initial, le gouvernement a tenu la barre assez fermement s'agissant de la validité du contrat. La cause n'est pas ressuscitée. Bien au contraire, le quatuor de conditions posées par l'actuel 1108 du Code civil (consentement, capacité, objet et cause), laisse place à un triptyque dans le nouvel article 1128 (consentement, capacité et contenu). Cette évolution est, on va le voir, particulièrement regrettable, en ce qu'elle abandonne une notion – la cause – qui a été reprise par de nombreux pays à l'international.

Pour être la plus complète possible, notre présentation devra porter sur le consentement (Paragraphe I), la capacité et la représentation (Paragraphe II), le contenu du contrat (Paragraphe III) et sur les sanctions (Paragraphe IV). On mettra de côté les dispositions sur la forme du contrat (section 3), qui n'appellent pas d'observations particulières.

Paragraphe 1. Le consentement des contractants

La sous-section 1 consacrée au consentement contient deux sous-parties : l'existence du consentement (A) et les vices du consentement (B).

A titre liminaire, il faut noter que le projet d'ordonnance consacrait un devoir d'information au sein des règles relatives à la validité du contrat. Avec l'ordonnance, les dispositions ont été déplacées au sein de la formation du contrat, ce qui paraît plus logique. J'en dirai toutefois quelques mots, dans la mesure où le texte prévoit que le manquement à un devoir d'information peut entraîner la nullité du contrat s'il constitue un vice du consentement.

L'article 1112-1 énonce que :

« 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 ».

Si le critère de l'ignorance légitime du créancier de l'obligation d'information est parfaitement classique et raisonnable, on s'étonne de ce que l'obligation d'information soit également exigée lorsque le contractant « fait confiance à son cocontractant ». Il s'agit là non seulement d'un critère très flou, mais en outre inhérent à toute relation contractuelle. L'engagement contractuel est fondamentalement un acte de confiance. Dès lors, il est à craindre que tout contractant puisse invoquer le manquement à une obligation d'information. Or, comme l'a montré une doctrine autorisée (M. Fabre-Magnan), une telle prétention n'est légitime que lorsque celui-ci n'a pas été en mesure d'accéder par lui-même à l'information.

Envisageons maintenant l'existence (A) et l'intégrité (B) du consentement.

A. L'existence du consentement

L'existence du consentement est posée par un article unique, l'article 1129 : *« Conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat »*. Ce texte n'appelle aucun commentaire particulier, en ce qu'il est l'introduction opportune dans le titre III de la règle posée par l'article 414-1. Cela permet de distinguer clairement,

comme le fait désormais la jurisprudence, l'existence et l'intégrité du consentement.

On peut toutefois regretter deux lacunes. La première porte sur la définition de l'absence de consentement. L'absence de consentement ne résulte pas seulement du trouble mental. On doit y rattacher également une hypothèse classique, consacrée par la jurisprudence, celle de l'erreur-obstacle. Le consentement fait défaut lorsque les parties ne se sont pas accordées sur les éléments essentiels du contrat : c'est alors, comme le disait Planiol, non point un contrat, mais un malentendu. L'hypothèse est rare, mais elle aurait pu être prévue par un Code civil rénové. Deuxième lacune, relative à la sanction du défaut de consentement. Il faudrait préciser si cette nullité doit être relative ou absolue, comme le fait l'ordonnance pour les vices du consentement. Il nous semble que cette nullité doit être relative, au regard de l'intérêt protégé par la règle.

B. Les vices du consentement

Le paragraphe consacré aux vices du consentement s'ouvre par un article 1130 rédigé en ces termes : « *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* ».

L'alinéa 2 ajoute que « *leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce* ». Une telle présentation présente le mérite d'insister sur l'incidence du vice sur la qualité du consentement donné. Un vice mineur ne saurait entraîner la nullité du contrat, ce qui est parfaitement conforme à l'exigence de sécurité juridique.

L'erreur

Les dispositions sur l'erreur reprennent pour l'essentiel les acquis de la jurisprudence. On songe à la référence aux qualités essentielles de la prestation, à l'exclusion de l'erreur sur la valeur ou les motifs, ou encore à l'exigence d'une erreur excusable et à l'acceptation d'un aléa qui chasse l'erreur. Tout ceci n'appelle pas de commentaire. On peut en revanche

faire deux critiques, la première sur la définition trop stricte de l'erreur, la deuxième sur le domaine trop large de l'erreur, à travers l'erreur de droit.

L'article 1133 relatif à l'erreur sur les qualités essentielles – à côté de l'erreur sur la personne, prévoit que « *les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». La formulation nous semble trop restrictive. Elle implique que toutes les parties aient contracté en considération des qualités sur lesquelles il y a eu une erreur. La règle n'est pas conforme au droit positif actuel, dans la mesure où la jurisprudence exige seulement que la qualité substantielle attendue par l'une des parties soit seulement connue de l'autre partie. Fallait-il revenir sur cette solution bien acquise ? Nous ne le pensons pas, car cela entraînerait un refoulement quasi systématique de la nullité du contrat.

L'article 1132 de l'ordonnance prête également le flanc à la critique en admettant l'erreur de droit. Ce texte prévoit que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat* ». On ne voit pas en effet comment concilier le caractère excusable de l'erreur et l'admission générale de l'erreur de droit, dès lors que nul n'est censé ignorer la loi. Il semble ainsi excessif de permettre de manière générale à une partie d'invoquer l'ignorance ou la méconnaissance d'une règle de droit pour se délier d'un contrat. Ainsi, le bailleur qui vend sa chose au preneur pensant à tort qu'il est investi d'un droit de préemption ne mérite pas, de notre point de vue, une protection particulière.

Le dol

Les règles sur le dol n'appellent aucune critique. On peut se réjouir de ce que le projet consacre la réticence dolosive, définie strictement comme « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Cette définition, associée à une approche compréhensive de l'obligation d'information, permettra d'admettre la réticence dolosive de l'acheteur sur la valeur du bien dans certaines circonstances particulières. Pour le reste, le caractère excusable de l'erreur provoquée par dol nous semble justifié par la balance des deux fautes : la faute de négligence de l'errans, qui nuit à ses propres intérêts, est excusée par la faute intentionnelle de l'auteur du dol, destinée à nuire à autrui. Les règles sur le dol nous semblent donc très équilibrées.

La violence

De même, les règles sur la violence paraissent très équilibrées. On notera notamment l'admission, à côté de la violence-contrainte, de la violence-exploitation des difficultés du cocontractant. Ainsi, l'article 1143 de l'ordonnance prévoit 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. »

Dans sa version antérieure, le projet prévoyait *« un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse »*. La formulation était beaucoup trop générale, dans la mesure où cela conduisait à permettre à la victime de la violence économique d'obtenir la remise en cause d'une convention parfaitement équilibrée, si elle prouve qu'elle ne l'aurait pas conclue dans une situation de faiblesse. Pourtant, il n'y a exploitation de la faiblesse d'autrui, et donc abus, que si le cocontractant tire un avantage excessif de la situation. Décider le contraire revient à ruiner la sécurité des transactions. On peut donc se réjouir que la critique soulevée, notamment par votre serviteur, ait été entendue.

Paragraphe 2. La capacité et le pouvoir

Il convient d'envisager successivement la capacité (A) et le pouvoir de représentation (B).

A. La capacité

Sur le terrain de la capacité, l'ordonnance réalise un enrichissement nécessaire du droit positif, même si elle ne distingue pas clairement entre les incapacités de jouissance et les incapacités d'exercice, comme le faisait notamment le projet Catala. Ainsi, il est prévu que *« toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants que lui autorise la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales »* (art. 1148). Le texte réserve alors la lésion, qui entraîne la nullité du contrat (art. 1149), ce qui constitue une protection indispensable. On doit toutefois émettre une réserve. L'article 1151 prévoit que le contractant capable *« peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui, en montrant que l'acte était*

utile à la personne protégée et exempt de lésion, ou qu'il a tourné à son profit ». Cette innovation n'est pas heureuse, dans la mesure où elle méconnaît que le titulaire du droit d'agir en nullité est la personne protégée par la règle. Ainsi, on ne saurait permettre au cocontractant de l'incapable de le contraindre à capituler, en démontrant que le contrat lui était utile. Ce n'est en effet pas l'équilibre du contrat que l'exigence de la capacité vient protéger, mais plus fondamentalement le consentement. Dès lors, peu importe que le cocontractant ou le juge estiment que l'acte était utile ou profitable à l'incapable. Si ce dernier demande l'annulation, il doit l'obtenir. La protection de la capacité de contracter est à ce prix. Il n'en va autrement que si l'incapable, devenu ou redevenu capable, confirme l'acte nul.

B. La représentation

L'ordonnance introduit utilement des règles sur le pouvoir de représentation, lesquelles faisaient défaut dans le Code civil de 1804. La question essentielle qui se pose est celle de la sanction du défaut de pouvoir par le représentant. Le projet introduit une distinction entre le défaut et le dépassement de pouvoir (art. 1156), sanctionnés par l'inopposabilité de l'acte au représenté sauf jeu classique de l'apparence, et le détournement de pouvoir au détriment du représenté avec la complicité du tiers contractant, sanctionné par la nullité (art. 1157). Une telle dualité de sanctions pourrait paraître à première vue contestable. En effet, que le pouvoir du représentant soit absent ou qu'il ait été détourné de sa finalité, le représenté mérite la même protection. On ne voit pas, sous réserve du jeu de la théorie de l'apparence, comment un acte juridique accompli par le représenté sans aucun pouvoir pourrait produire un effet *inter partes*. Mais à l'analyse, la règle semble équilibrée. Elle conduit à traiter plus durement le représentant qui a ourdi une fraude à l'encontre de son représenté avec la complicité du tiers contractant, en trahissant sa confiance. La nullité est alors une sanction particulièrement appropriée. La collusion frauduleuse entre les parties au contrat – pseudo-représentant et tiers contractant – justifie d'ouvrir une action en nullité au profit du représenté. À l'inverse, lorsqu'il ne s'agit que d'une absence ou d'un dépassement de pouvoir, l'acte n'est pas frauduleux, de sorte que l'inopposabilité de l'acte au pseudo-représenté permet de sauvegarder ses intérêts, et ce, d'autant plus qu'il semble difficile d'ouvrir à un tiers au contrat (le pseudo-représenté) le droit de demander la nullité du contrat, en l'absence de toute fraude. En

outre, il est prévu dans ce cas que le tiers contractant qui ignorait l'absence ou le dépassement de pouvoir peut demander la nullité du contrat. De fait, en tant que partie au contrat, il peut avoir intérêt à l'invoquer, notamment pour bénéficier de la restitution de sa prestation, s'agissant d'un acte inopposable au pseudo-représenté qui ne pourra pas produire son plein effet. En tout état de cause, si le représenté a ratifié l'acte, ni l'inopposabilité ni la nullité ne peuvent être invoquées, ce qui est parfaitement logique.

En outre, il est logique que le pouvoir de représentation ne figure pas au titre des conditions générales de validité des contrats énoncées à l'article 1128, puisque la nullité n'intervient que dans l'hypothèse exceptionnelle de la fraude.

Paragraphe 3. Le contenu du contrat

La suppression de la cause : une double erreur stratégique. On en arrive à l'essentiel. L'ordonnance fusionne les conditions classiques d'objet et de cause sous l'égide du concept de contenu. Si une telle innovation ne change pas grand-chose pour l'objet, en ce que la notion est reprise à l'article 1163 du projet (« *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* »), elle abandonne la notion de cause, qui disparaît purement et simplement.

Cette suppression de la cause est une double erreur stratégique pour le droit français. C'est d'abord une erreur pour la cohérence interne de notre droit. Au fond, en ce début de XXI^e siècle, les réformateurs ont le choix entre deux modèles contractuels. La première voie, préconisée par certains, est libérale. Il s'agit de limiter le contrôle du juge à la seule qualité du consentement des parties. Dès lors que les parties ont exprimé un consentement lucide et éclairé, l'accord s'impose à elles et au juge, et ce même si l'acte est irrationnel. Mais ce n'est pas la voie suivie par l'ordonnance. Le texte retient une deuxième voie, en admettant que le juge puisse procéder au contrôle de la rationalité du contrat, notamment au regard de la contrepartie convenue. Si l'on fait ce choix, il est beaucoup plus cohérent de conserver une notion riche de sens, plutôt que de s'en remettre à un catalogue imparfait de solutions particulières. Renier la cause conduit d'ailleurs à des absurdités, comme le révèle l'article 1162 du projet, qui prévoit le contrôle de la licéité du contrat au regard de son contenu et « de son but ». Autrement dit, il y a un contrôle du but qui

n'est pas contenu dans le contenu du contrat... Pourquoi alors supprimer le mot « cause », chargé de sens et d'histoire, si la notion est maintenue ? Cela n'a aucun sens.

Mais il y a plus grave. La suppression de la notion de cause est surtout une grave erreur sur le terrain du rayonnement international du droit français. Il faut rappeler avec force que la notion de cause a été reprise par de très nombreux pays, que ce soit en Amérique du Sud, en Afrique ou encore en Europe du Sud et de l'Est. Supprimer la cause, c'est donc envoyer le message peu « francophone » que la France n'entend plus être un modèle dans le monde et qu'elle entend s'aligner sur le plus petit dénominateur commun européen, le « contenu », qui est vide de sens.

Seul le Parlement, à travers la ratification du texte, peut encore sauver la cause, mais j'en doute...

Pour le reste, l'ordonnance allie le classicisme et la modernité.

Dans le classicisme, citons pêle-mêle :

« Art.1 163.- 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. 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 ».

« 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 ».

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

Il s'agit là de consacrer des solutions jurisprudentielles bien acquises.

Mais l'ordonnance innove, en introduisant dans le Code civil la prohibition des 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 ».

Nous l'avons échappé belle, puisque le projet envisageait d'appliquer ce principe à tous les contrats, qu'ils soient négociés ou non. C'était non seulement illégitime, contraire aux projets européens et surtout dangereux sur le terrain de la sécurité juridique.

On ne pouvait, en effet, faire coexister, comme le fait le projet, le principe de la liberté contractuelle et le principe d'interdiction des clauses abusives. Comme on a pu l'écrire, *« le déséquilibre est la rançon de la liberté »*. Classiquement, le contrat se structure autour de la rencontre libre entre deux volontés éclairées. Il n'appartient pas, dans ces conditions, au juge de parvenir à un équilibre, lequel constitue une chimère inatteignable, mais de faire produire effet à la volonté des parties, dès lors qu'aucun principe d'ordre public n'est menacé. Ainsi, la législation sur les clauses abusives en droit de la consommation tire sa légitimité de ce que précisément le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur n'est pas le fruit de la libre volonté des parties : *« ce qui fonde la protection du consommateur, c'est que lors de la conclusion du contrat, il ne peut pas, en raison de sa situation économique, sociale, voire intellectuelle, négocier librement le contenu du contrat, celui-ci étant unilatéralement déterminé par le professionnel »*. Le droit de la consommation est un mécanisme de compensation de l'infériorité présumée du consommateur. De fait, les clauses déclarées abusives par le pouvoir réglementaire – liste noire ou liste grise – ne sont pas en elles-mêmes abusives : c'est parce qu'elles sont défavorables au consommateur que ces clauses sont éradiquées. De même, s'agissant de l'article L. 442-6, I, 2°, il ne s'agit pas d'introduire une police des clauses, mais de sanctionner, par le biais de la responsabilité, un comportement anticoncurrentiel. Une telle responsabilité repose sur une faute, entendue comme le fait de « soumettre » son partenaire à un déséquilibre significatif. Finalement, dans les deux cas, la loi intervient pour réintroduire une once

de liberté dans une relation contractuelle au sein de laquelle s'est instauré un rapport de domination.

Par hypothèse, une telle justification fait totalement défaut en présence d'un contrat structurellement équilibré. Dans ce cas, il n'y a aucune raison de corriger un déséquilibre significatif entre deux contractants anonymes, placés sur un pied d'égalité. Et ce, d'autant plus que, dans le même temps, la réforme consacre l'abus de faiblesse en tant que vice de violence. Il est alors parfaitement légitime, sous l'angle de la protection du consentement, de permettre l'intervention du juge. Mais, en dehors de cette hypothèse particulière, au nom de quel principe supérieur le juge peut-il substituer sa vision de l'équilibre contractuel à celle des contractants, dès lors que ceux-ci ont exprimé un consentement libre et éclairé ?

Il était donc fondamental de limiter la portée de la clause abusive aux seuls contrats d'adhésion. Pour reprendre la formule de M. Bicheron, l'ordonnance n'a finalement pas abusé de la clause abusive. Seuls les contrats d'adhésion, celui « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » (Art. 1110). Il sera toutefois intéressant de suivre comment ce texte va s'articuler avec les clauses abusives du droit de la consommation et celles du Code de commerce. Quelques problèmes d'articulation ne manqueront pas de se poser : par exemple, le professionnel pourra-t-il cumuler l'annulation de la clause sur le fondement de l'article 1171 et la mise en œuvre de son cocontractant sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° ?

Paragraphe 4. Les sanctions

Dans une section 4 consacrée aux sanctions, le projet envisage successivement la nullité (A) et la caducité (B).

A. La nullité

Le projet consacre la distinction moderne entre les nullités relatives et les nullités absolues selon la finalité de la règle violée par le contrat. La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général (art. 1179, al. 1) et elle est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé (art. 1179, al. 2). Le

projet en tire deux conséquences, l'une au niveau des titulaires du droit d'agir, l'autre au niveau de la confirmation. Tout ceci est très classique et n'appelle aucune observation. S'agissant des conséquences de la nullité, le texte renvoie à un chapitre V du titre IV qui traite des restitutions.

En revanche, on peut signaler une innovation malheureuse et une lacune. Est malheureuse la possibilité offerte aux parties de constater elles-mêmes la nullité d'un contrat d'un commun accord (art. 1178). C'est méconnaître que la nullité doit rester une sanction judiciaire, dans la mesure où il s'agit d'apprécier la conformité du contrat à la loi. De ce point de vue, les contractants ne peuvent à la fois être juge et parties. L'appréciation de la validité du contrat suppose nécessairement l'intervention d'un tiers impartial. Le maintien du caractère judiciaire de la nullité du contrat n'empêche d'ailleurs pas les parties, si elles en sont d'accord, de procéder à sa révocation. Mais on ne saurait leur permettre d'annuler un contrat.

Il est en revanche heureux que l'ordonnance, contraire au projet, ait prévu que le contrat nul est censé n'avoir jamais existé, étant entaché d'un vice dès sa formation. Le projet contenait également une lacune sur l'exception de nullité, qui a donné lieu ces dernières années à un contentieux assez nourri sur le terrain de la prescription. Cette lacune a été comblée : « Art. 1185.-L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ».

B. La caducité

Le projet consacre la caducité, qui est une notion parfaitement complémentaire de la nullité. La définition retenue est conforme à l'opinion commune. Ainsi, l'article 1186 prévoit qu'« un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît ». Les alinéas 2 et 3, consacrant le phénomène de l'interdépendance contractuelle, ajoutent que

« 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... »

Tout ceci ménage la prévisibilité contractuelle et doit être pleinement approuvé.

S'agissant des effets de la caducité, il est prévu que « *la caducité met fin au contrat entre les parties* » (art. 1187). Est-ce à dire que les auteurs du projet ont entendu conférer un caractère non rétroactif à la caducité ? Le doute est de mise, d'autant que le projet, comme cela a été vu, n'envisage pas que l'acte nul est censé n'avoir jamais existé et renvoie en outre, s'agissant de la caducité, aux mêmes règles de restitution prévues dans le chapitre V du titre IV. Il aurait été semblé heureux de préciser que la rétroactivité de la caducité dépend du type de convention, comme l'avait soutenu, une thèse d'une collègue libanaise : Rana Chaaban.

En conclusion, on peut dire que l'ordonnance réalise une louable clarification des règles relatives à la validité du contrat. On peut seulement regretter la disparition de la cause.

Mais il faut être beau joueur et je souhaite longue vie à ce texte, ne serait-ce que pour profiter de la tranquillité d'une réforme enfin intervenue.

la validité du contrat en droit libanais

Abdo GHOSSOUB
Professeur de droit
Avocat au Barreau de Beyrouth

Le Code des Obligations et des Contrats (C.O.C.) exige actuellement comme conditions de validité du contrat, aux côtés du consentement, de l'objet certain, et de la cause, la capacité.

L'article 215 C.O.C. dispose :

« Toute personne parvenue à l'âge de dix – huit ans révolus est capable de s'obliger si elle n'en est pas déclarée incapable par un texte de loi ».

La capacité est aussi mentionnée à l'article 202 du C.O.C. qui dispose :

« Le consentement est vicié ou même parfois complètement exclu lorsqu'il a été donné par erreur, surpris par dol, extorqué par crainte, ou encore au cas de lésion anormale ou d'incapacité ».

L'incapacité d'exercice générale des mineurs résulte en droit libanais de plusieurs textes, il s'agit en premier des dispositions de l'article 215 C.O.C.

Nous déduisons par un raisonnement *a contrario* que la personne qui n'est pas parvenue à l'âge de dix-huit ans, c'est-à-dire le mineur, est incapable de s'obliger, ce qui veut dire qu'elle est incapable de consentir un acte juridique.

Cette incapacité résulte aussi des dispositions de l'article 957, *Majalla* qui est toujours en vigueur : « *Le mineur, le dément et l'imbécile sont interdits d'eux – mêmes* ».

L'interdiction est définie à l'article 941, *Majalla* comme étant « *un empêchement fait à une personne déterminée d'accomplir un acte juridique* ».

L'incapacité qui frappe le mineur doué de discernement, même si elle est générale, ne lui laisse pas moins une sphère minimale de capacité, cette sphère de capacité est réglementée par deux séries de dispositions contenues d'une part dans la *Majalla* et d'autre part dans le Code des obligations et des contrats.

Paragraphe 1. La typologie des actes, instituée par la *Majalla*

L'article 967 *Majalla* institue une distinction tripartite entre les différents actes juridiques qu'un mineur pourrait être amené à passer, cette distinction forme une typologie d'actes qui a vocation à s'appliquer à tous les actes juridiques quelle que soit leur forme. A chaque type d'acte est réservé un régime juridique propre. Cet article dispose :

« Les obligations contractées par un mineur capable de discernement sont valables, même s'il n'a pas été autorisé par son tuteur, pourvu que ces actes rendent purement et simplement meilleure la condition du mineur. Serait donc valable l'acceptation d'une donation ou d'un présent. Les actes qui rendent pire la condition du mineur ne sont pas valables, même s'ils ont été faits avec l'autorisation du tuteur : tels sont les actes par lesquels il fait une donation à quelqu'un. La validité des actes qui peuvent, suivant les cas, profiter au mineur ou lui nuire, est subordonnée à la ratification du tuteur. Celui-ci est libre de donner ou de refuser la ratification, il ratifie l'acte s'il le juge profitable aux intérêts du mineur, dans le cas contraire, il refusera la ratification... ».

Il semble que cette typologie a un contenu économique. Il n'est point précisé ce que le profit est pour le mineur, mais puisque la protection due au mineur est une protection patrimoniale, il faut considérer qu'elle revêt un caractère économique, même si d'autres éléments peuvent entrer en compte. Le texte institue une typologie basée sur trois types d'actes, les actes de pur profit pour le mineur (A), les actes qui peuvent, suivant les cas, être profitables ou préjudiciables (B) et les actes de pure perte (C).

A. Les actes de pur profit

Pour ce type d'actes le mineur jouit de la plénitude de capacité, pour lesquels le texte de l'article 967 donne l'exemple de l'acceptation d'une donation ou d'un legs. Les donations et legs doivent préférablement être consentis sans charges. M. Ibrahim Najjar considère que la donation peut être exceptionnellement consentie avec charges, mais ceci entraînera la disqualification de la donation en acte du deuxième type, c'est-à-dire en acte pouvant, suivant les cas, être aussi bien profitable que préjudiciable. D'autres auteurs estiment au contraire que la donation consentie avec charges ne peut pas entraîner de perte pour le mineur, il pourra toujours l'accepter sans l'autorisation de son tuteur. Soulignons que la donation avec charges peut toujours procurer un avantage moral pour le mineur même si économiquement elle peut se transformer en un acte qui peut, selon les cas, varier entre le profit et la perte. Nous pensons que la donation consentie avec charges requerra l'autorisation du tuteur car la stipulation de charges emportera sa qualification en acte variant entre le profit et la perte ; le mineur devra être protégé par la ratification de son tuteur. La stipulation de charges entraînera en elle-même la nécessité d'apprécier le poids des charges et d'évaluer leur incidence sur le bénéfice que le mineur pourrait retirer de l'acte. Cette appréciation ne peut être faite que par le tuteur du mineur ; ce qui conforte notre opinion exprimée plus haut.

Notons enfin que si le texte de l'article 967 ne cite à titre d'exemples que la donation et le legs ; d'autres actes peuvent valablement se concevoir en des actes de pur profit pour le mineur, tels que la remise de dette, ou la stipulation au bénéfice du mineur contenue dans un contrat d'assurance-vie. Il est aussi possible d'imaginer d'autres exemples d'actes. Mais à chaque fois qu'une évaluation s'impose, il convient de disqualifier l'acte, suivant les cas objet de la partie qui va suivre.

B. Les actes qui, suivant les cas, peuvent être aussi bien profitables que préjudiciables

L'article 967 donne en son deuxième alinéa, l'exemple de la vente comme l'acte type qui, suivant les cas, peut varier entre le profit et la perte. Ainsi, si le vendeur vend à un prix vil, son contrat lui sera préjudiciable, par contre, s'il réalise un gain appréciable, son acte sera profitable. La

qualification d'acte profitable ou d'acte préjudiciable dépendra du résultat économique que la vente aura eu pour le vendeur. Parler de résultat économique de la vente, c'est pouvoir déterminer si l'acte a été ou n'a pas été lésionnaire pour le mineur.

Soulignons que cette qualification peut être facilement donnée à un très grand nombre d'actes ; on l'a donnée pour le partage. Elle peut correspondre notamment à l'échange, à l'achat, au contrat d'entreprise, à la transaction et aussi, comme nous l'avons dit, aux donations consenties avec charges. En somme, elle concerne les actes commutatifs d'une manière générale. Pour cette catégorie d'actes, le mineur ne jouit que d'une capacité limitée, car comme le prévoit l'article 967, la validité de l'acte ou sa caducité dépendra dans tous les cas de la ratification du tuteur. Le contrat passé par le mineur devait alors être considéré un contrat *mawkouf*.

C. Les actes de pure perte

L'article 967 donne l'exemple de la donation comme étant un acte d'appauvrissement pur. On pourrait se demander s'il est concevable que la donation puisse être qualifiée d'acte, qui varie, suivant les cas, entre le profit et la perte dans le cas où le mineur en tire une contrepartie d'ordre moral. Nous ne le pensons pas, car dans la conception de l'article 967, le profit et la perte doivent s'entendre de manière patrimoniale. Entrent notamment dans cette catégorie d'actes, le désistement et la renonciation.

Après avoir examiné la typologie des actes, instituée par la *Majalla*, nous passons à l'examen de la distinction contenue dans le Code des obligations et des contrats.

Paragraphe 2. La distinction de l'article 216 C.O.C.

L'article 216, al. 3 C.O.C. fait la distinction pour le régime des actes accomplis par le mineur entre les actes soumis à une forme particulière et ceux qui ne sont soumis à aucune forme particulière :

« Lorsque le contrat passé par le mineur doué de discernement n'était soumis à aucune forme particulière, la nullité ne peut être obtenue par lui qu'à condition de prouver qu'il en a subi une lésion ; si une formalité spéciale était exigée, la nullité est, par cela même encourue, sans que le demandeur ait à établir l'existence d'une lésion ».

Adoptant la distinction faite par le texte, nous examinerons en premier le régime des actes qui sont soumis à une forme particulière (A), ceci facilitera l'étude des actes qui ne sont soumis à aucune forme (B).

A. Les actes soumis à une forme particulière

Ces actes qui sont soumis à une forme particulière encourent la nullité, comme le prévoit le texte de l'article 216, sans que le mineur ait à prouver qu'il a subi une lésion quand il a contracté. L'édiction de formalités est prévue dans un but de protection du mineur, le dispensant de prouver que l'acte lui a été économiquement désavantageux. Ici, il faut pouvoir préciser ce qu'on entend par les formalités particulières ; la doctrine considère qu'il s'agit de règles impératives édictées envers le tuteur – ou plus généralement le représentant légal du mineur – lorsqu'il aura à conclure un acte pour le compte du pupille. Dans le cas où le tuteur ne se plie pas au respect de ces formalités l'acte sera annulable sans le besoin pour le mineur de prouver qu'il en a été lésé. L'acte sera également annulable sans le besoin de prouver la lésion, si le mineur a conclu seul un acte qui entraine dans les prérogatives de son tuteur, en tant qu'exerçant l'administration des biens de son pupille. Il est cependant utile de noter que dans le cas où le tuteur, se pliant aux formalités exigées dans l'intérêt du mineur, agit au nom du mineur, l'acte ainsi conclu est considéré être conclu par une personne capable. Il ne pourra être annulé pour vice de lésion que si celle-ci satisfait aux exigences de l'article 214, al. 2 C.O.C. :

« Lorsque subie par un majeur , elle présente cette double particularité d'être choquante et anormale eu égard aux usages courants , puis de s'expliquer, de la part de son bénéficiaire , par la volonté d'exploiter la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de sa victime ».

La jurisprudence affirme avec constance cette solution, qui doit être approuvée sans réserve, car la protection du mineur est assurée par la représentation, le législateur estimant que cette protection est suffisante pour sauvegarder les intérêts du mineur, on ne peut lui procurer une protection supplémentaire lorsque son tuteur est supposé lui protéger ses intérêts, ceci d'une part. De l'autre, la sécurité des transactions suppose que le représentant, qui est un majeur, ne s'abrite pas derrière la personne du mineur, dont il est supposé protéger au mieux les intérêts, pour avoir des raisons d'annuler un acte qui lui semblerait être inopportun. Examinons

dans ce qui va suivre, le régime des actes qui ne sont soumis à aucune forme particulière.

B. Les actes non soumis à une forme particulière

La lésion est exigée pour l'annulation des actes qui ne sont soumis à aucune forme particulière. Pour cette catégorie d'actes, le mineur jouit de la pleine capacité pour les accomplir, en ce sens que la règle est ici que le mineur n'est pas incapable de contracter, mais seulement incapable de se léser, ce qui rappelle la règle exprimée dans la maxime *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus*. Encore faut-il que nous puissions identifier ces actes, pour savoir s'ils peuvent être annulés pour cause de lésion. Il s'avère assez malaisé de pouvoir définir ce que sont ces actes. Ce pourrait être les actes qui sont tolérés par l'usage – en ce qu'ils peuvent être passés par le mineur agissant seul, ou alors, peut-on penser qu'il s'agit d'actes de faible valeur économique. S'il l'on se base sur la définition donnée par la jurisprudence, on pourrait dire que de tels actes sont tous ceux qui n'entrent pas dans les prérogatives du tuteur telles que les définissent et réglementent les différents codes de statut personnel propres aux communautés confessionnelles. Une telle conception signifierait que la catégorie de ces actes-là serait extrêmement large ; on n'atteindrait pas le but poursuivi par la loi consistant à protéger le mineur contre une éventuelle lésion dans les actes qu'il conclurait seul. On voit ici que le critère de distinction adopté par l'article 216, alinéa 3 s'avère être d'un maniement difficile. Il serait plus logique de considérer que de tels actes seraient ceux qui n'impliquent pas une aliénation de ses biens par le mineur, ni ceux qui pourraient modifier la consistance de son patrimoine. Mais aussi, ils devaient être d'une valeur économique modérée. La lésion qui permettrait au mineur d'obtenir l'annulation du contrat est une lésion *simple*, en ce sens qu'elle n'obéit pas aux conditions du deuxième alinéa de l'article 214 C.O.C., mais à celles du premier :

« En principe, la lésion ne vicie pas le consentement de celui qui en est la victime ; il en est autrement et le contrat devient annulable :

1 – Lorsque la lésion est subie par un mineur (...) » .

Cette dérogation faite par l'alinéa deuxième de l'article aux conditions rigoureuses posées par le premier alinéa, en se suffisant de la lésion *simple* pour permettre l'annulation du contrat, s'explique par la volonté de

donner une protection spéciale au mineur. Le Code des obligations et des contrats n'a pas fixé de règles déterminant les pourcentages de valeur à partir desquels il y a lésion, il appartiendra au juge d'apprécier dans chaque litige si le mineur a été lésé. L'appréciation des juges du fond est, sur ce point, souveraine.

Le Code des obligations et des contrats demeure sur le point de la capacité, ancien et parfois dépassé, le législateur libanais devra le moderniser en adoptant « une ordonnance » à la libanaise.

L'inexécution du contrat en droit français

Frédéric BICHERON

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université Paris XII (UPEC)

Directeur-adjoint du laboratoire MIL (Marchés, Institutions, Libertés)

L'inexécution du contrat fait désormais l'objet d'une section 5 qui lui est entièrement consacrée. Répondant à l'un des objectifs fixés par loi d'habilitation du 16 février 2015, l'ordonnance du 10 février 2016 regroupe ainsi l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle, lesquelles se trouvaient disséminées de manière éparse dans le Code civil. Dorénavant, l'article 1217 prévoit que :

« 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 de prix ;*
- provoquer la résolution du contrat ;*
- demander réparation des conséquences de l'inexécution ».*

Etant ici précisé que ces sanctions peuvent être cumulées et que des dommages-intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

Si ces mesures concernent surtout des hypothèses où l'inexécution est imputable au débiteur, il est d'autres circonstances où l'inexécution ne lui

est pas imputable, comme en cas de force majeure ou de bouleversements de l'économie du contrat, qui sont des hypothèses qui ont été précisément renouvelées, voire réformées, dans l'ordonnance du 10 février 2016.

Ce qui m'invite, de manière pédagogique, à articuler mon propos en deux temps, consistant à distinguer les hypothèses d'inexécution imputables au débiteur (Paragraphe I), d'une part, de celles non-imputables au débiteur (Paragraphe II), d'autre part.

Paragraphe 1. L'inexécution imputable au débiteur

Lorsque l'inexécution est imputable au débiteur, l'ordonnance prévoit deux séries de mesures : les unes tournées vers l'exécution du contrat (A), les autres orientées vers la reconsidération du lien contractuel (B).

A. Les mesures tournées vers l'exécution (art. 1219 et 1220)

Les mesures tournées vers l'exécution comprennent : l'exception d'inexécution (1) et l'exécution en nature (2).

1. *L'exception d'inexécution* était reconnue de longue date par la jurisprudence, mais ne figurait pas dans le Code civil.

Elle est aujourd'hui consacrée par l'ordonnance, aux articles 1219 et 1220.

Cette exception d'inexécution se définit comme la possibilité offerte pour une partie de ne pas exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne.

Toutefois, le texte pose une condition importante : cette exception d'inexécution ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution est « suffisamment grave ».

Il n'est donc pas possible pour le créancier de s'en prévaloir en cas d'inexécution insignifiante : ce moyen de pression ne peut être exercé que de manière proportionnée.

En conséquence, si un créancier use de mauvaise foi de ce mécanisme, et donc en abuse, il pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée, notamment pour faute.

En outre, l'ordonnance innove en prévoyant une exception d'inexécution « préventive », particulièrement originale.

L'article 1220 permet en effet au créancier convaincu que son débiteur n'exécutera pas ses obligations, de suspendre l'exécution de sa prestation avant tout commencement d'exécution.

Cette mesure permet de limiter le préjudice résultant d'une inexécution du contrat, et s'inscrit dans un l'objectif d'efficacité économique du droit.

Cela étant, et parce que l'inexécution n'est ici que fortement suspectée, et que le débiteur n'a finalement pas encore commis de faute, cette exception d'inexécution est plus encadrée.

En effet, outre l'exigence d'une gravité suffisante de l'inexécution pressentie, le créancier devra impérativement notifier au débiteur sa décision de suspension dans les meilleurs délais.

Bien évidemment, il s'expose à des dommages-intérêts en cas d'exception d'inexécution préventive infondée.

2. L'exécution forcée en nature (art. 1221 et 1222)

A côté de l'exception d'inexécution, l'ordonnance rompt avec le libellé de l'actuel article 1142 du Code civil et consacre la jurisprudence, en prévoyant que le créancier peut, après mise en demeure, poursuivre l'exécution en nature du contrat.

Cela étant, cette exécution en nature sera refusée dans deux hypothèses.

- Première hypothèse : lorsqu'elle est impossible, notamment parce qu'elle serait de nature à se matérialiser par une contrainte physique sur le débiteur d'une obligation de faire notamment.

Il y aurait là une atteinte aux libertés individuelles qu'il n'est pas envisageable de permettre, comme l'a consacré la jurisprudence.

- La seconde hypothèse où l'inexécution en nature est refusée, c'est lorsqu'il « existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

Cette solution, qui s'inspire des projets européens d'harmonisation du droit des contrats, vise à empêcher certaines situations où l'exécution en nature apparaît démesurément onéreuse pour le débiteur, par rapport à l'intérêt qu'en retirera le créancier.

On peut y voir là la trace de cette volonté d'irriguer de la bonne foi le droit des contrats rénové par l'ordonnance : bonne foi présente lors de la conclusion du contrat, mais également à l'instant de son exécution.

L'inexécution se résoudra alors par l'allocation de dommages-intérêts.

L'article 1220 de l'ordonnance offre cependant une alternative à l'exécution forcée en permettant au créancier de faire exécuter lui-même l'obligation ou de faire détruire ce qui a été mal exécuté, après mise en demeure du créancier.

Puis il pourra solliciter du débiteur le remboursement des sommes exposées.

Si pareille possibilité était offerte dans le Code civil actuel, l'innovation est ici de permettre au créancier de mettre en œuvre cette faculté de remplacement sans faire nécessairement appel au juge.

Cela étant, et parce que la sanction spécifique de la destruction de ce qui a été mal exécuté est irrémédiable et pour éviter certains abus, l'ordonnance maintient ici la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable : le juge appréciera l'opportunité d'une telle mesure.

On en terminera par une observation : selon les propres termes du Rapport remis au Président de la République, tout ce qui n'est pas formellement impératif est supplétif.

De sorte qu'il pourrait être stipulé une clause qui permettrait aux parties de poursuivre l'exécution en nature, et ce quel que soit le coût de l'exécution forcée.

Sans doute qu'une telle clause deviendra rapidement de style, notamment dans le domaine de la construction où l'on sait que la menace

d'une exécution en nature est un moyen de pression très efficace pour contraindre le débiteur à s'exécuter de manière conforme au contrat.

B. Les mesures tournées vers la reconsidération du lien contractuel

L'ordonnance prévoit deux mesures permettant, en cas d'inexécution du contrat, de reconsidérer le lien contractuel : il s'agit de la réduction du prix (1) et de la résolution du contrat (2).

1. La réduction du prix (art. 1223)

L'ordonnance généralise ici une possibilité qui était offerte pour certains contrats, comme en matière de vente où l'acheteur déçu par un vice caché affectant le bien, pouvait demander la réduction du prix, au terme d'une action dite estimatoire (art. 1644 civ.).

Dorénavant, et après mise en demeure de s'exécuter restée infructueuse, le créancier peut accepter une obligation imparfaitement exécutée et solliciter une réduction proportionnée du prix sans avoir à saisir le juge.

Si le créancier insatisfait a déjà payé et que le débiteur accepte cette réduction, il lui restituera une partie du prix.

Et si le créancier n'a pas encore payé, il peut notifier sa décision de réduire le prix à son débiteur dans les meilleurs délais.

Cette sanction, qui permet la révision conventionnelle du contrat, est à mi-chemin entre l'exception d'inexécution et la résolution du contrat ; elle s'inscrit dans un souci d'efficacité économique du droit.

2. La résolution du contrat (art. 1224 à 1230)

La résolution du contrat, en cas d'inexécution, est la sanction la plus radicale puisqu'elle met fin au contrat.

Tout d'abord, et de manière classique, l'ordonnance rappelle la possibilité d'insérer une clause résolutoire dans le contrat : ainsi, les parties peuvent-elles désigner les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

À défaut de disposition contraire, la mise en œuvre de la clause ne pourra se faire qu'après une mise en demeure par le créancier de s'exécuter.

L'ordonnance innove ensuite en consacrant une possibilité reconnue par la jurisprudence : celle de mettre unilatéralement fin au contrat à raison de la gravité de l'inexécution de l'autre partie.

On touche là à l'une des innovations les plus majeures de l'ordonnance en matière de sanction en cas d'inexécution.

En effet, l'ordonnance introduit dans notre droit la résolution unilatérale par notification du créancier de l'obligation non exécutée.

Cette innovation s'inscrit là encore dans une perspective d'efficacité économique du droit, de nature à rendre notre droit attractif.

L'idée est de permettre au créancier victime d'une inexécution de ne pas avoir à subir l'attente aléatoire d'un procès ni d'avoir à supporter les frais inhérents à l'intervention d'un juge, en lui permettant de mettre fin au contrat immédiatement ou dans un délai raisonnable.

Et ce, même en l'absence de clause résolutoire expresse.

Ce qui lui permettra de conclure rapidement un contrat de remplacement, le cas échéant.

Cela étant, il ne fallait pas sacrifier la sécurité juridique et la protection du débiteur.

C'est pourquoi cette résolution unilatérale est encadrée par un certain formalisme et n'est possible qu'à la double condition :

- d'une inexécution « suffisamment grave »,
- d'une mise en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable, préalablement à toute notification, sauf en cas d'urgence où le créancier pourra donc s'en dispenser.

À défaut d'exécution dans le délai imparti, la notification de la résolution pourra alors intervenir, laquelle devra être motivée.

Ce formalisme a pour objet la protection du débiteur, lequel pourra, bien évidemment, contester la résolution unilatérale si elle ne lui apparaît pas légitime ou si elle intervient de manière irrégulière.

Enfin, et toujours à propos de la résolution unilatérale, dans le silence des textes, il doit être considéré qu'elle n'est pas impérative et donc qu'elle peut être interdite par une clause contraire insérée dans le contrat.

Au côté des clauses résolutoires et de la résolution unilatérale, l'ordonnance rappelle que la résolution peut être judiciaire, toutes les fois où l'une des parties saisit le juge d'une demande en ce sens.

Ce qui peut intervenir :

- soit pour constater la résolution du contrat ensuite de l'exercice d'une clause résolutoire ou d'une résolution unilatéralement intervenue,
- soit pour prononcer la résolution lorsqu'il est saisi en ce sens, notamment parce que le contrat ne prévoit aucune clause résolutoire et parce qu'aucune résolution unilatérale n'est intervenue.

Deux observations pour conclure sur la résolution.

- Première observation, l'ordonnance a abandonné la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution et qui donnait lieu à des restitutions difficiles à liquider et à un certain nombre de solutions parfois incertaines.

Le principe est désormais que la résolution met fin au contrat pour l'avenir.

Ainsi, aucune restitution ne sera en principe due : l'ordonnance consacre alors le terme de résiliation du contrat.

Par exception la résolution pourra donner lieu à des restitutions lorsque les prestations inexécutées ne trouvaient d'utilité que dans l'exécution complète du contrat résolu : dans ce cas, les parties restitueront l'intégralité de ce qu'elles ont perçu réciproquement¹.

On constate donc que la question des restitutions se trouve détachée de la rétroactivité : elles deviennent un effet légal de la résolution, dans l'hypothèse que je viens de rappeler.

- Deuxième observation, en cas de résolution, l'ordonnance prévoit que survivent, en tout état de cause, les clauses de règlement des litiges et toutes clauses destinées à produire

1. Les restitutions se feront en application des articles 1352 à 1352-9.

effet même après la disparition du contrat, telle une clause de confidentialité ou une clause de non-concurrence.

Le dispositif offre ici une sécurité juridique réclamée par le monde des affaires et dont avaient tenu compte certains projets européens.

Si donc l'ordonnance prévoit des sanctions applicables en cas d'inexécution imputable au débiteur, elle prévoit également les cas d'inexécution non-imputable au débiteur, qu'il convient maintenant d'envisager.

Paragraphe 2. L'inexécution non-imputable au débiteur

Deux circonstances peuvent conduire à l'inexécution du contrat par le débiteur malgré lui : un changement économique imprévu (A), d'une part, un cas de force majeure, d'autre part (B).

A. L'imprévision

Envisageant les effets du contrat entre les parties, l'ordonnance a consacré la théorie de l'imprévision, mettant fin à une célèbre solution de la Cour de cassation au travers de son vénérable arrêt Canal de Craponne de 1876, alors même que le Conseil d'Etat avait, dès 1916 et son arrêt Gaz de Bordeaux, reconnu la possibilité d'une révision du contrat administratif pour cause d'imprévision.

Il faut dire que le droit civil français, qui ne reconnaissait pas la théorie de l'imprévision comme force modératrice de la force obligatoire du contrat, apparaissait isolé en Europe.

Les choses ont aujourd'hui changé.

Désormais, l'article 1195 dispose que :

« 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 ».

Le texte a omis de préciser que pendant la renégociation, les prestations doivent néanmoins continuer à être exécutées, ce qui permettra d'éviter que le mécanisme soit utilisé de manière dilatoire.

En cas de refus de renégocier ou d'échec des renégociations, les parties peuvent alors convenir :

- soit de la résolution du contrat, dans les conditions qu'elles déterminent (notamment de date et de restitutions réciproques),
- soit de demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

Ce n'est qu'à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, que 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.

Ce qui devrait inciter les parties à renégocier si elles ne veulent pas prendre le risque qu'un tiers arbitre leurs intérêts respectifs.

Cette nouvelle disposition, qui est une des innovations majeures de l'ordonnance, porte incontestablement atteinte à la force obligatoire du contrat en permettant au juge de le réviser, voire d'y mettre fin.

Elle illustre une nouvelle fois l'intrusion de plus en plus marquée du juge dans le contrat, véritable arbitre en équité de l'équilibre contractuel, d'une certaine justice contractuelle.

C'est d'ailleurs précisément cet objectif de justice contractuelle qui a été recherché en admettant la révision du contrat lorsque des déséquilibres majeurs surviennent en cours d'exécution.

En pratique, il y a fort à parier que ce texte sera de peu d'application dans la vie des affaires.

En effet, et depuis un certain temps, et notamment à cause de la sévérité d'alors de la Cour de cassation, les parties ont pris l'habitude de stipuler des clauses d'adaptation : clause monétaire, clause du client le plus favorisé², clause de l'offre concurrente³ ou encore clause de renégociation en cas de données nouvelles, dite clause de *hardship*⁴.

2. Permet l'alignement du contrat sur celui d'un client plus favorisé.

3. Permet l'alignement du contrat sur l'offre plus favorable faite par un concurrent.

4. Permet à l'une ou l'autre des parties de renégocier le contrat au cas où des données nouvelles se feraient jour, notamment en demandant un réaménagement du contrat si un changement intervenait dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient

En outre, les parties peuvent décider d'écarter ce texte et d'accepter de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'équilibre du contrat.

Ce qui, en pratique, réduira sans doute encore plus les hypothèses d'application du nouveau texte.

A côté de l'imprévision, il faut envisager maintenant, dans un dernier développement, et brièvement, le cas de la force majeure en matière contractuelle.

B. La force majeure

Alors que ne figurait aucune définition de la force majeure dans le Code civil, l'ordonnance y remédie en prévoyant, dans un article 1218, qu'il y a

« force majeure (...) 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 ».

Ainsi la force majeure se caractérise-t-elle par un événement imprévisible et irrésistible.

Imprévisible, en ce qu'il ne pouvait l'être au moment de la conclusion du contrat.

Irrésistible, en ce qu'il doit apparaître inévitable, dans sa survenance, et insurmontable, dans ses effets.

Envisageant les conséquences de la force majeure, l'alinéa 2 de l'article 1218 prévoit que si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est simplement suspendue, à moins que le retard en résultant puisse justifier une demande en résolution du contrat.

Si l'empêchement est définitif, l'ordonnance prévoit que le contrat est résolu de plein droit et que les parties sont donc libérées de leurs engagements.

engagées et qui viendrait modifier l'équilibre du contrat au point de faire subir à l'une des parties une rigueur injuste.

L'inexécution du contrat en droit libanais

Antoine DAHER

Professeur de droit

Ancien magistrat

Membre de l'Assemblée plénière,

Président par intérim du Conseil supérieur de la magistrature

Au début de mon intervention limitée dans le temps, je tiens à rappeler, en premier lieu, que le « Code des Obligations et des contrats » libanais (1932) a été inspiré et conçu par Monsieur le Doyen Louis Josserand et rédigé par un comité consultatif présidé par Monsieur Ropers (magistrat). Ce Code a été qualifié de Cathédrale Juridique (vu son caractère théorique et didactique).

L'un des sujets les plus importants de ce Code est le chapitre qui traite de la dissolution du contrat (Art. 232 C.O.C. et suivants).

En deuxième lieu, ce Code historique, qui célébrera son premier centenaire dans les années à venir, a affirmé que le contrat est l'œuvre de la volonté – créatrice d'engagements juridiques – doublée de la liberté. Pour les juristes dogmatiques, le contrat, à l'image du Droit, a vocation d'être partout comme un idéal à suivre. En fait, le contrat n'a jamais dissimulé sa véritable nature puisqu'il est le fruit de la volonté libre.

En troisième lieu, malgré l'expansion illimitée du Droit et de la théorie des contrats, il existe deux grandes catégories de causes de dissolution du contrat dans le sens large du terme :

- Il y a des causes contemporaines du contrat qui porte en lui les germes de sa destruction, de sa mort. Le contrat est né annulable ou rescindable. Il n'est plus ce continu sans faille, cet absolu sans appel.
- Il y a d'autres qui n'apparaissent que par la suite : le contrat était parfaitement constitué et donc viable à l'origine, mais ultérieurement une circonstance est venue déterminer son anéantissement. On dirait que le mouvement du droit se dirige vers des espaces vides de droit.

Les contrats de la première catégorie, ceux infectés d'un vice lors de leur naissance, ne feront pas l'objet de cette intervention. Elle sera consacrée seulement aux causes de l'inexécution du contrat, c'est-à-dire aux circonstances de dissolution postérieures à sa formation.

Il arrive qu'un contrat, sain à sa naissance, soit cependant dissout à raison d'un événement qui en brise prématurément le cours. (Art. 232 C.O.C.)

Ces causes qui mettent fin au contrat agissent :

- parfois pour l'avenir. Ce sont des causes de résiliation (*ex nunc*).

et parfois la réalisation ou la défaillance d'une éventualité envisagée fonctionne comme une condition résolutoire. Le contrat doit disparaître car il perd sa raison d'être.

On est devant une résistance du Fait au Droit.

(Ce sont les causes de résolution et de révocation- *ex tunc*).

Paragraphe 1. Causes de résolution des contrats

Un contrat synallagmatique est exposé au risque de dissolution rétroactive (s'il provient d'une cause étrangère à la volonté du débiteur).

Mais aussi, il provient de l'inexécution par l'une des parties des obligations issues du contrat.

Dans les deux cas, c'est la retraite du Droit.

A. L'inexécution qui provient d'une cause étrangère à la volonté du débiteur est illustrée par les cas de force majeure

1^{er} exemple : Pour une agence de voyages qui organise une croisière, un obstacle insurmontable surgit (guerre, invasion, épidémie, etc ...). L'agence est libérée. (Mais que décider pour les obligations assumées par les clients ?).

2^e exemple : une représentation est décommandée pour cause étrangère à la volonté de l'entrepreneur du spectacle (ordre de l'autorité, maladie ou mort d'un artiste...).

(Mais que faire des spectateurs qui ont déjà réservé et payé leurs places ?).

C'est un problème de risques (Notion tant appréciée par le Doyen Josserand mais qui a toujours eu une réputation d'obscurité).

- Qui doit supporter les conséquences dommageables de cette impossibilité d'exécution ?

Les deux obligations s'épaulent et si une obligation tombe, l'autre s'effondre. Le contrat est bien un marché. Les obligations issues d'un même contrat synallagmatique sont interdépendantes parce qu'elles se sont servies de causes réciproques lors de la formation du contrat.

La réponse est que le débiteur ne paie pas pour rien, et qu'on ne peut obliger le créancier de la prestation à exécuter puisqu'il ne reçoit rien en échange.

Le Code des obligations et des contrats, à l'instar du Code civil, ne formule nulle part une solution déterminée à ce problème, à l'exception de quelques contrats :

Par exemple :

- Le contrat de louage de choses (Art. 562 C.O.C. ; Art. 1722 C. civ.) si la chose périt, le bail est résilié de plein droit.
- Le contrat de louage d'ouvrages : (Art. 648 C.O.C. ; Art. 1790 C. civ.) si l'objet périt par cas de force majeure, le contrat est dissout, (Ex : confection d'un vêtement).

- Le contrat de société (Art. 1867 C. civ.) La société est dissoute si l'apport périt. Tandis que pour les corps certains, le contrat productif d'une obligation de les livrer implique que les risques passent à l'acheteur parce qu'il devient le propriétaire sauf si le contrat avait été affecté d'une condition suspensive. (Ex : Contrat de vente). (*Res Perit Domino*).

B. Lorsque l'inexécution est imputable au débiteur

Dans la Rome antique, la clause commissoire (*lex commissoria*) était expresse et opérait de plein droit. (Par. 2 art. 240 C.O.C.)

Dans l'ancien droit français, et sous le titre de condition résolutoire, elle était tacite et ne se réalisait que par voie judiciaire.

Le Code civil a suivi Pothier (traité de la vente no. 475) dans les alinéas 1, 2, et 3, de l'art. 1184 qui a son pareil, au Liban, l'article 241 C.O.C.

Au demeurant, l'explication certainement retenue est que cette résolution s'explique par l'interdépendance des obligations.

A ce sujet, le Doyen Capitant a fait intervenir l'idée de cause ; et le Doyen Maury a fait intervenir l'idée d'équivalence.

Ce qui présuppose l'intention probable des parties, c'est pour cette raison que le Doyen Josserand a écrit :

« Du moment que l'une des parties manque à la loi contractuelle, l'autre doit pouvoir s'évader ». (« Cours de Droit positif Français »).

En conséquence, deux idées maîtresses véhiculent cette théorie :

- Son caractère sanctionnateur.
- Son caractère interprétatif.

L'idée de sanction : La résolution constitue une arme donnée au créancier contre un débiteur qui ne fait pas honneur à sa signature. Cette sanction ressort de la tradition (Pothier) et de la teneur de l'article 1184 qui fait que cette mesure ressemble à une voie d'exécution à rebours (Josserand) parce que le créancier demande le rétablissement du statu quo ante. (Par. 1 art. 240 C.O.C.)

La justice intervient pour enregistrer la dissolution du contrat par suite de la rupture de son économie. Pour cela, l'arrêt est déclaratif et à ce

plan, il faut assurer le respect de la bonne foi sans mêler les deux théories, celle des risques et celle de la résolution, comme ce qui a été consacré en jurisprudence sans aucune réaction de la doctrine.

Le caractère interprétatif : La rédaction même de l'article 1184 du Code Civil le suggère :

« *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques* ».

(l'art. 241 du C.O.C. le suggère aussi).

Mais le manquement doit être suffisamment grave pour que cette condition résolutoire puisse jouer.

En d'autres termes, l'inexécution partielle ne sera pas toujours prise en considération.

Le tribunal est souverain de rechercher, lors du contrat, la volonté probable des parties.

Si les contrats synallagmatiques sous-entendent « la *lex commissoria* » du fait de l'interdépendance des obligations, il n'en est pas de même pour :

- Les contrats aléatoires (Ex : vente à rente viagère.)
- Les contrats de partage (malgré les obligations mises à la charge des copartageants).
- Les contrats à exécution successive.
- Les contrats unilatéraux (qui ne produisent d'obligations que d'un seul côté) (Barde) ;

Parce que la résolution du contrat est interprétative de la volonté des parties, elle opère rétroactivement. Cet effet rétroactif se produit tant vis-à-vis des tiers que dans les rapports inter-partes.

Par cette même volonté, cette « *lex commissoria* » peut être écartée soit dans le contrat par un pacte commissoire exprès, soit ultérieurement.

En conclusion, les deux théories des risques et de la résolution du contrat, pour cause d'extinction des obligations, se trouvent avoir des domaines distincts.

Il en résulte que les dommages – intérêts ne sont concevables qu'en cas de résolution, tandis que le débiteur n'a rien à se reprocher lorsque s'élève la question des risques. (Art. 244 C.O.C.).

La jurisprudence qui ramène la théorie des risques à celle de la « *lex commissoria* » doit être sévèrement critiquée parce qu'elle confond deux institutions qui ont chacune son individualité propre. (Josserand).

Paragraphe 2. Causes de résiliation du contrat

Elles opèrent sans effet rétroactif. (Art 247 C.O.C.)

Le contrat n'est ni vicié ni affecté d'une condition résolutoire expresse ou tacite.

Son cours est arrêté et il est dissout purement et simplement.

Cette dissolution peut tenir :

- à la volonté des parties ou de l'une d'elles.
- ou bien au décès de l'une des parties.
- enfin à l'inexécution du contrat. (Art. 245 C.O.C.)

A. L'accord des volontés pour dissoudre le contrat se traduit par un « *mutuus dissensus* »

Ex : les parties conviennent de mettre fin à la vente, au louage, au prêt...

Il dépend d'elles aussi de modifier l'opération. (En outre, il faut observer que, parfois, la volonté est impuissante à atteindre ces résultats, lorsque, par exemple, le contrat est immuable).

Comme il advient qu'une volonté unilatérale suffise à résilier le contrat si la loi en décide ainsi (Ex : le Mandat, le contrat d'entreprise, le louage de services à durée indéterminée). Ou bien si les parties ont inséré à cet effet une clause dans leur accord.

B. Avec le décès de l'une des parties, le contrat prend fin s'il est conclu « *Intuitu Personae* » et qu'il ne s'accommode pas d'un changement de partie : Tel le mandat, la société de personnes, le louage d'ouvrage, etc...

C. Quant à l'inexécution des obligations, la dissolution est spéciale aux contrats synallagmatiques.

Puisque cette résiliation agit sans rétroactivité (*ex nunc*), il est bien normal que les tiers ne soient nullement atteints : les droits concédés subsistent dans leur intégralité, les contrats passés dans les limites des pouvoirs ne sont pas touchés, les aliénations effectuées par une société sont inattaquables après sa dissolution. (Art. 247 C.O.C.)

En définitive, la résiliation trouve son emploi dans les contrats synallagmatiques ou synallagmatiques imparfaits (mandat gratuit) comme aussi dans les opérations unilatérales.

A la lumière de ce qui a précédé, l'on se rend à l'évidence que le droit est l'invincible gardien de la Paix, et que le contrat, destiné à produire des effets juridiques à son image, introduit une relation particulièrement vivante dans la sphère du droit.

Jamais on n'a assisté dans une société à une exclusion totale du droit ou à des espaces vides de droit. L'histoire ne nous offre, à ce propos, aucun « *vaccum legis* ».

Le principe doit être la survie du contrat, et partant, la pérennité sereine du droit. L'exception, c'est-à-dire la résistance du fait au droit, devrait conduire à la mort du contrat, symptôme d'un dangereux déclin du droit.

Œuvrons pour que l'exception ne dévore pas le principe, car le maître-mot deviendra un traître-mot. C'est, de nouveau, la retraite du droit.

Le contrat, dans sa grandeur et ses faiblesses, ressemble, sous le prisme du droit, à la dualité des mondes juridiques, éternellement voisins, éternellement distincts.

Il est comme le jour et la nuit. À cela près toutefois que le jour, chaque matin, sort de la nuit, suggérant aux hommes, par son retour même, comme le souhaite Mr. Le Doyen Carbonnier, les plus importantes idées juridiques, l'ordre universel dans l'évolution des jours, la fidélité à un engagement, à l'amorisation (R. P. Pierre Teilhard de Chardin), et à la paix sociale.

Ainsi, personne ne demeurera insensible devant ce message que le droit nous réserve dans son élargissement final.

La circulation de l'obligation en droit français

Augustin AYNES

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université Paris XII (UPEC)

L'expression « Circulation de l'obligation » peut désigner une multitude de situations, dans lesquelles l'une des parties au rapport d'obligation change. Ainsi, la « circulation » d'une obligation peut résulter d'une transmission universelle du patrimoine dans lequel elle figure à titre actif ou passif. Tel est le cas lorsque le créancier ou le débiteur décède ou fusionne, par exemple. Mais ce dont il va être ici question, c'est de la circulation à titre particulier de l'obligation, c'est-à-dire celle qui ne résulte pas d'une transmission universelle de patrimoine. Il convient également de distinguer les hypothèses de véritable circulation de l'obligation au sens juridique du terme, de celles dans lesquelles c'est seulement le poids économique de l'obligation qui est transféré. Pour qu'il y ait véritablement « circulation », il faut que l'obligation demeure la même, le seul changement concernant l'une et/ou l'autre des parties. Tel est le cas en présence d'une cession – de créance, de dette ou de contrat – ou d'une subrogation personnelle. Ces mécanismes diffèrent de ceux donnant naissance à une nouvelle obligation pesant ou profitant à un tiers, qui recueille le poids ou le bénéfice économique de l'obligation ancienne. Tel est le cas dans la novation par changement de débiteur ou dans la délégation, par exemple. Ces mécanismes donnent

naissance à un nouveau rapport de droit, qui se substitue ou se superpose à l'obligation initiale. Il n'y a donc pas, à proprement parler, « circulation de l'obligation » mais plutôt « transfert économique » de l'obligation. On se limitera dans les développements qui suivent aux véritables mécanismes de circulation.

La circulation à titre particulier de l'obligation (ainsi comprise) est sans doute l'un des domaines dans lesquels le droit français des obligations a le plus évolué depuis la codification napoléonienne. Cela résulte, me semble-t-il, d'une évolution dans la manière dont l'obligation est appréhendée, plus d'un point de vue économique que juridique. Surtout lorsqu'elle a pour objet le versement d'une somme d'argent, l'obligation n'est plus aujourd'hui conçue exclusivement comme un lien entre deux personnes juridiques, mais aussi et surtout comme un bien, doté d'une valeur patrimoniale. Comme les autres biens, l'obligation peut être échangée, valorisée, affectée en garantie, utilisée pour effectuer un paiement etc...

Il ne s'agit pas de prétendre que cette conception de l'obligation était totalement ignorée du Code civil de 1804. Comme déjà le droit romain avait fini par le faire, le Code civil connaissait la cession de créance ou la subrogation personnelle. Mais ce qui a changé c'est l'importance pratique et le rôle économique de la circulation des obligations. Il n'est qu'à voir, par exemple, l'importance pratique qu'ont acquise aujourd'hui l'affacturage et la cession de créance à titre de garantie. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que le droit ait évolué. De nouveaux mécanismes sont apparus, souvent en marge du Code civil : cession Dailly, fonds commun de créance etc... La réforme du droit des obligations qui vient d'intervenir constitue sans nul doute une nouvelle étape de cette évolution.

Comme souvent avec cette réforme, l'évolution peut apparaître très importante si on se contente de comparer les textes du Code civil avant et après le 1^{er} octobre 2016. Mais en réalité, on le sait, les dispositions du Livre III du Code civil ne rendaient plus compte de l'intégralité des règles de droit positif. Cela est vrai aussi en matière de circulation des obligations. Une part importante de la réforme consiste en une codification de règles d'origine jurisprudentielle. Pour ce qui nous concerne, il en est ainsi, par exemple, des règles intéressant la cession de contrat. Mais il y a néanmoins quelques véritables nouveautés.

Si l'on tente de dégager quelques lignes de force de la réforme en matière de circulation de l'obligation, il m'apparaît possible de relever deux tendances : un réel accroissement des modes de circulation (Paragraphe I) et une relative ou très partielle simplification de leur régime (Paragraphe II).

Paragraphe 1. Diversification et accroissement réels des modes de circulation

Dans l'ordonnance du 10 février 2016, l'accroissement et la diversification des modes de circulation de l'obligation résultent à la fois d'une codification de règles jurisprudentielles existantes (A) et de la consécration de mécanismes véritablement nouveaux (B).

A. Codification de règles jurisprudentielles

La « codification » – qui n'est pas toujours exactement à droit constant – de certaines règles jurisprudentielles concerne la subrogation légale, la cession de créance et la cession de contrat.

En premier lieu, l'ordonnance du 16 février 2016 étend le domaine de la subrogation légale. Désormais, celle-ci opèrera de plein droit, non pas seulement au profit de celui qui était « *tenu avec d'autres ou pour d'autres* » (anc. C. civ., art. 1251), mais « *au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui devait peser la charge définitive de la dette* » (nouv. C. civ., art. 1346). Autrement dit, il n'est plus nécessaire qu'existe une identité de dette entre le subrogé et le débiteur. Se trouve ainsi consacrée l'extension jurisprudentielle de la subrogation légale aux situations dans lesquelles le *solvens*, en payant sa propre dette, libère un tiers sur lequel devait économiquement peser le poids définitif de la dette. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'assureur d'un notaire indemnise le prêteur des conséquences de l'invalidité de l'hypothèque reçue par son assuré. Ce faisant, l'assureur libère l'emprunteur vis-à-vis du prêteur et la jurisprudence admet qu'il soit subrogé à ce dernier.

Mais le nouveau texte va plus loin, puisqu'à la différence de la jurisprudence actuelle, il n'impose pas que le subrogé ait été tenu personnellement. Celui qui paie spontanément la dette d'autrui pourra donc bénéficier de la subrogation sous réserve simplement qu'il y ait eu « *un intérêt légitime* ». Cela devrait donc éviter qu'un tiers mal intentionné

décide de payer la dette d'un tiers au seul effet d'en devenir créancier par subrogation.

En second lieu, l'ordonnance du 10 février 2016 consacre la « généralisation » de la cession de créance. Originellement celle-ci était envisagée comme un type particulier de vente ; les dispositions qui lui étaient consacrées figurant dans le Titre VI du Livre III du Code civil, relatif à la vente. En réalité la cession de créance est une technique permettant de réaliser des opérations diverses : vente, mais aussi donation, dation en paiement etc... C'est bien ce que consacre le nouvel article 1321 du Code civil, lequel dispose que la cession peut avoir lieu à titre gratuit ou onéreux.

En troisième lieu, l'ordonnance du 10 février 2016 consacre la cession conventionnelle de contrat et son autonomie. Jusqu'alors le Code civil connaissait quelques hypothèses de cession légale de contrat (par exemple par accessoire de la cession d'un immeuble loué), voir admettait la cession conventionnelle à l'égard de certains contrats en particulier (V. par exemple au sujet du bail : anc. C. civ., art. 1717). Après que la question ait été discutée en doctrine, la Cour de cassation avait admis que, avec l'accord de son cocontractant, une partie puisse céder sa position de contractant à un tiers, qui, se faisant, prenait sa place dans la relation contractuelle. La même solution résultera désormais de l'article 1216 du Code civil.

Les rédacteurs de l'ordonnance ont fait le choix de placer les dispositions nouvelles consacrées à la cession de contrat (art. 2016 à 2016-3) dans le Sous-titre du Titre III, consacré au contrat, et non dans le Titre IV, consacré au régime général de l'obligation. C'est le signe de ce que le mécanisme ne se résume pas à une simple cession de créance et de dette cumulées, mais réalise une véritable substitution de contractant. Or, la position de contractant offre bien d'autres prérogatives que les seules qualités de créancier et de débiteur. L'autonomie de la cession de contrat se trouve ainsi consacrée. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un des mécanismes permettant la transmission d'une obligation, même si elle ne se résume pas à cela.

B. Consécration de mécanismes véritablement nouveaux

En matière de circulation de l'obligation, comme ailleurs, l'ordonnance du 10 février 2016 ne se contente pas de consacrer des évolutions jurisprudentielles. Elle innove aussi un peu.

C'est ainsi qu'est institué un mécanisme de cession de dette, jusqu'alors ignoré du droit français, à la différence d'autres droits continentaux, tels les droits allemand ou suisse. En droit positif, il existe certes des procédés permettant de faire supporter le poids économique de la dette par un tiers : par exemple la délégation. Mais l'originalité du mécanisme consacré aux futurs articles 1327 à 1328-1 du Code civil est d'organiser une véritable transmission à titre particulier de la dette : c'est ainsi la même obligation qui passe d'un débiteur à l'autre.

La difficulté à admettre la cession de dette, alors que la cession de créance est admise de longue date, provient du fait qu'à la différence de celle du créancier, la personne du débiteur est toujours et nécessairement essentielle : de sa solvabilité, de sa ponctualité et de son respect des engagements dépendent directement la satisfaction du créancier. Ceci explique que le futur article 1327 du Code civil subordonne la cession de dette à l'accord du créancier. Sur ce point le texte a évolué puisque dans le projet soumis à consultation, le consentement du créancier cédé n'était requis que pour la libération du cédant. Dans la version définitive, un double consentement semble nécessaire : l'un pour rendre cessible la dette, l'autre pour libérer le cédant. Il n'y a aucune précision sur le moment auquel ces consentements peuvent être donnés, de sorte qu'il est sans doute possible de les donner ensemble et, le cas échéant, dès la naissance de l'obligation.

A défaut de consentement, qui doit être expresse, à la libération du cédant, celui-ci reste tenu au paiement de façon solidaire avec le cessionnaire (nouv. C. civ., art. 1327-2). En somme, en pareil cas le créancier acquiert un second débiteur et, à son égard, il n'y a pas réellement de transfert de l'obligation.

Conceptuellement la consécration de la cession de dette représente une évolution majeure du droit français. Mais je ne sais pas quelle sera la portée pratique de cette innovation et ce d'autant plus que les textes relatifs à ce nouveau mécanisme sont assez lacunaires. Les notaires français

avaient appelé de leurs vœux la consécration de la cession de dette il y a déjà plus de 20 ans, notamment pour permettre la reprise de la dette de prêt par l'acquéreur de l'immeuble financé. L'avenir dira si la pratique s'est effectivement emparée de cette nouvelle technique, par exemple pour développer la défaisance.

Paragraphe 2. Simplification partielle du régime de la circulation

La seconde « tendance » de la réforme en matière de circulation de l'obligation me semble être une relative ou inégale simplification du régime des divers mécanismes de circulation. La simplification est une vertu très à la mode en France, spécialement auprès des hommes politiques. Mais, derrière l'affichage et la communication, il est fréquent que la simplification attendue des réformes ne soit pas, ou soit seulement imparfaitement, atteinte. La réforme du droit des obligations n'échappe pas à la règle.

A. Simplifications réelles

Au titre des simplifications effectives, on peut citer les règles d'opposabilité de la cession de créance et celles de validité de la subrogation *ex parte debitori*.

S'agissant de la cession de créance, on sait qu'en l'état actuel du droit positif français, son opposabilité au débiteur cédé et, surtout, aux tiers (essentiellement ceux prétendant avoir des droits concurrents sur la créance cédée : second cessionnaire ou créancier saisissant) nécessite l'accomplissement de formalités lourdes et relativement onéreuses : signification par exploit d'huissier ou acceptation par acte authentique (anc. C. civ., art. 1690). La lourdeur de ce formalisme d'opposabilité était apparue d'autant moins justifiée qu'il est sans équivalent dans deux mécanismes voisins : la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly et de nantissement de créance.

Précisément, l'ordonnance du 10 février 2016 unifie les règles d'opposabilité applicables à ces trois mécanismes. A compter du 1^{er} octobre 2016, la cession de créance de droit commun sera opposable aux tiers à sa date sans aucune formalité (nouv. C. civ. art. 1323) et au débiteur dès qu'elle lui aura été notifiée (par simple lettre RAR) ou qu'il en aura pris

acte, sans qu'une forme particulière soit nécessaire (nouv. C. civ., art. 1324). La simplification est incontestable et bienvenue.

L'ordonnance du 10 février 2016 simplifie également partiellement les règles de validité de la subrogation *ex parte debitori*. Celle-ci intervient à l'initiative du débiteur qui souscrit un nouveau prêt auprès d'un tiers, qui sera subrogé, à l'effet de rembourser sa dette existante. En l'état actuel, le nouveau prêt comme la quittance, rendant compte du remboursement du prêteur initial, doivent prendre la forme d'actes notariés. Cela permet de s'assurer que ce sont bien les sommes empruntées qui ont servi au remboursement du prêteur d'origine, ce qui justifie la subrogation du nouveau prêteur.

Désormais, cela ne sera nécessaire que lorsque l'opération est réalisée « *sans le concours* » du créancier d'origine (nouv. C. civ., art. 1346-2). Dans le cas contraire, si le prêteur d'origine participe à l'opération, les parties pourront se passer d'actes authentiques pour autant qu'il atteste de l'origine des fonds ayant servi à le désintéresser. En somme le prêteur remplace le notaire pour rendre compte de l'emploi des sommes nouvellement empruntées. La simplification est là aussi effective, mais son opportunité est incertaine.

B. Création de contraintes nouvelles

Par certains aspects, l'ordonnance du 10 février 2016, loin de simplifier le régime de la circulation des obligations, ajoute de nouvelles contraintes.

En premier lieu, la cession de créance devient un contrat solennel qui doit être conclu par écrit à peine de nullité (nouv. C. civ., art. 1322).

On perçoit mal la raison d'être de cette nouvelle exigence. Selon le Rapport au Président de la République, la règle est empruntée au nantissement de créance, lequel doit effectivement être constaté par écrit (C. civ., art. 2356). Mais, dans ce cas cela s'explique par l'existence du principe de spécialité en vertu duquel la créance nantie et la créance garantie doivent être désignées dans l'acte. Or, un tel principe n'existe pas en matière de cession de créance. Il ne semble pas non plus possible de tirer argument d'une gravité spécifique de ce type de contrat. Il s'agit certes d'un acte de disposition mais autant que toutes les aliénations, lesquelles n'ont pas en principe à être constatées par écrit. A cet égard, la différence

existant sur ce point précis entre la cession de créance et la cession de dette interroge. La cession de dette n'est pas un acte solennel, alors pourtant qu'il eut été logique qu'existe un certain parallélisme des formes entre les deux mécanismes de transfert de l'obligation, l'un du point de vue actif, l'autre du point de vue passif.

En second lieu, l'ordonnance du 10 février 2016 subordonne l'opposabilité au débiteur du transfert de l'obligation résultant de la subrogation, à l'accomplissement de formalités calquées sur celles de la cession de créance : notification ou prise d'acte sans forme. C'est une nouveauté, et elle ne va pas dans le sens d'une simplification du régime de la subrogation.

En l'état actuel du droit positif, il n'existe pas de condition d'opposabilité de la subrogation au débiteur. Certes, tant qu'il n'a pas connaissance de la subrogation, il peut valablement payer le subrogeant en vertu de la règle de l'article 1240 du Code civil (« *Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* »). Mais, ce qui détermine l'opposabilité de la subrogation au débiteur c'est la connaissance qu'il en a ou non, et pas l'accomplissement d'une formalité particulière par le subrogé. Or, il existe de nombreuses façons pour le débiteur d'être informé de la subrogation et certaines d'entre elles n'impliquent pas l'action du subrogé.

L'institution de règles d'opposabilité de la subrogation au débiteur est d'autant plus discutable que cela ne concerne que l'opposabilité « au » débiteur et non pas « par » lui. Autrement dit, il existe une espèce de dissymétrie en la matière. Le subrogé, contraint à une notification s'il entend pouvoir opposer son droit au débiteur, n'a pas la maîtrise du caractère occulte ou révélé de la subrogation. Même s'il fait le choix de ne pas notifier, il est exposé au risque que le débiteur, apprenant la subrogation, s'en prévale. Cela ne simplifie pas les choses.

La circulation de l'obligations en droit libanais

Samih Jean SFEIR

Docteur en droit (Université de Poitiers-France)

Docteur ingénieur de recherche juridique (C.N.R.S. Paris-France - UMR 160)

Magistrat de l'ordre judiciaire

Professeur auprès des Universités

La maxime « *Res inter alios acta aleis neque nocere neque prodesse potest* » qui chapote le principe de l'effet relatif du contrat, édité tant en droit libanais par l'article 225 du Code des obligations et des contrats (C.O.C.), qu'en droit français par l'article 1165 du Code civil, interdit « en apparence », (pour utiliser les termes d'Alex Weil, cités dans sa thèse soutenue à Strasbourg en 1938, sur la relativité des conventions en droit privé français), toute circulation du contrat ou des obligations qui en découlent.

La circulation de l'obligation était inconcevable pour la conception traditionnelle qui considérait l'obligation comme un lien de droit, elle a été favorisée par l'émergence d'une approche nouvelle considérant l'obligation, comme un bien susceptible d'être transmis. La circulation des obligations de sommes d'argent est un instrument de paiement et de crédit essentiel. Cette transmission peut intervenir au sein d'une opération plus vaste : lorsqu'une personne transmet à ses héritiers tout ou une partie de son patrimoine, elle leur transmet les créances et les dettes dont elle est titulaire. Il en est de même pour la cession de contrat, qui opère la transmission des créances et des dettes nées du contrat. Mais la circulation de l'obligation peut intervenir isolément,

prenant alors la forme d'une cession de créance, d'une cession de dette ou d'une délégation.

Le Code libanais des obligations et des contrats a envisagé la transmission des obligations du point de vue actif et du point de vue passif : cession de créance et reprise de dette (art. 279 alinéa 3. C.O.C. : « *La transmission entre vifs est gouvernée par les principes suivants qui sont établis en distinguant entre le transfert des obligations envisagées au point de vue actif (cession de créance), et celui des mêmes obligations considérées au point de vue passif (reprise de dette)* ». De même, la délégation est évoquée aux articles 326 et suivants.

L'article 279 du Code des obligations et des contrats dont on vient de citer le dernier alinéa s'intègre dans le livre IV de la première partie du même code paru en 1932 qui s'intitule : « De la transmission des obligations » ; les origines de ce livre qui porte sur la transmission des obligations (et qui englobe 10 articles : 272 à 289) remontent au « projet du code des obligations et des contrats, commun à la France et à l'Italie », connu sous l'appellation « Projet Franco-italien », présidé depuis 1927 par le sénateur Scialoja et le Doyen Larnaude, et en collaboration avec les professeurs : Josserand, Capitant, Ripert, Demogue, Lyon-Caen, Ambroise, Colin et Baudouin.

Le droit français : le Code civil napoléonien de 1804, avec les dernières réformes, la doctrine et la jurisprudence, facilitent la consécration de l'idée de la circulation de l'obligation à travers les articles 1216, 1620, 1622, et quelques articles du Code de commerce français de 1806...

Dans la limite de ces quelques douzaines de minutes qui nous ont été accordées, nous allons survoler, dans une certaine mesure et parfois à la lumière de la dernière réforme française du droit des obligations, les quatre institutions dégagées qui constituent la moelle épinière du sujet qui porte sur la circulation de l'obligation.

- Nous traiterons : De la cession de contrat (I)
- De la cession de créance (II)
- De la cession de dette (III)
- De la délégation (IV)

Paragraphe 1. La cession de contrat

A. Pratique de la cession de contrat

La cession de contrat est connue par la pratique en droit libanais : la cession de bail immobilier est par exemple fréquente. La loi elle-même prévoit diverses hypothèses de cession de contrat.

L'acquéreur d'un immeuble est lié par les baux passés par le vendeur (art. 597 al.2 C.O.C.) ; le contrat d'assurance se transmet avec la chose assurée art. 979 al. 1 C.O.C.) : le cessionnaire d'une entreprise ou d'une exploitation doit respecter les contrats de travail conclus.

Il faut signaler que le Code des obligations et des contrats libanais ne contient pas de théorie générale sur la cession du contrat.

La question qui se pose est la suivante : peut-on admettre la cession conventionnelle de contrat ? Nous devons au préalable observer que tous les contrats ne peuvent pas être cédés, il en est ainsi des contrats conclus *intuitu personae*. A ce propos, il convient de signaler que l'article 279 alinéa 1 du Code des obligations et des contrats énonce expressément que l'un des obstacles à la transmission des obligations est « *la nature strictement personnelle du rapport obligatoire* » (cf. aussi art. 280 C.O.C.). Les contrats qui produisent leurs effets en un seul instant, comme la vente, ne peuvent être cédés. Aussi, les contrats successifs, leur cession conventionnelle se heurte à la doctrine traditionnelle analysant la cession d'un contrat comme la simple addition d'une cession de dettes et d'une cession de créances. La doctrine contemporaine a bien montré l'originalité de la cession de contrat qui n'est pas l'addition d'une cession de dette et d'une cession de créance, mais l'opération par laquelle le cédant cède au cessionnaire la qualité de contractant du cédé permettant ainsi le progressif épanouissement du régime de la cession de contrat.

B. Régime de la cession de contrat

Selon le principe de l'effet relatif du contrat, la cession de contrat ne peut être opposée au cédé que s'il a donné son consentement. Cette condition remplie, le cessionnaire devient partie au contrat : les tribunaux libanais considèrent que le cédé peut directement poursuivre le cessionnaire qui est tenu envers lui du contrat transmis, pour la période postérieure à la cession du contrat. Mais le cédant est-il libéré de ses obligations envers le cédé pour l'avenir ? Certains auteurs penchent pour la négative en se basant sur l'effet relatif du contrat, d'autres considèrent que, la cession de contrat opérant substitution d'un contractant à un autre, le cédant est libéré. Après s'être prononcée pour la seconde analyse en admettant la libération du cédant à partir de la cession de contrat, la jurisprudence libanaise semble aujourd'hui considérer que le cédant ne peut être libéré qu'avec l'accord exprès du cédé.

C. Réforme française

Pour conclure l'étude de cette institution, un mot sur l'utilité de la réforme française du droit des obligations. Signalons que la section 4 introduit dans le Code civil la cession de contrat dont elle détaille le régime juridique. En effet, avant la réforme, la cession de contrat était ponctuellement reconnue par le législateur français, mais aucune théorie générale de la cession de contrat, née des besoins de la pratique des entreprises, n'existait dans le Code civil. Avec la nouvelle et dernière réforme qui a voulu moderniser le droit des contrats, en s'inspirant des apports de la doctrine, de la jurisprudence et de la pratique, la cession de contrat entre dans le Code civil, sous sa conception d'une cession de créance et d'une cession de dette mais qui a pour objet de permettre le remplacement de l'une des parties au contrat par un tiers sans rupture du lien contractuel, et cela fait l'objet de l'article 1216 du Code civil qui définit la cession du contrat, pose ses conditions et qui établit ses effets.

Paragraphe 2. La cession de créance

A. Définition

La cession de créance est la convention par laquelle un créancier, le cédant, transmet sa créance contre son débiteur, le cédé, à un tiers, le cessionnaire. Le Code libanais traite de la cession de créance en termes généraux. Celle-

ci figurant sous le Livre IV intitulé « De la transmission des obligations » trouve ses règles appliquées pour les cessions de droits quelconques, sauf disposition contraire de la loi ou empêchement résultant de la nature du droit (art. 279 al. 1 C.O.C.). Il en résulte que les règles gouvernant la cession de créance sont les règles de droit commun qui ont vocation à s'appliquer, en principe, en matière de cession.

La multiplicité des objectifs poursuivis explique qu'à côté de la cession de créance de droit commun, se sont multipliées des cessions de créance spécifiques.

B. La cession de créance de droit commun

La cession de créance de droit commun en droit libanais trouve ses conditions et ses effets dans les dispositions de l'article 282 et suivants du Code des obligations et des contrats et cela entre les parties et vis-à-vis des tiers ; l'article 282 du C.O.C. dispose :

« la cession est parfaite entre les parties du moment que l'accord est réalisé entre elles ; sauf si l'opération est faite à titre gratuit, l'application des règles de forme spéciales aux donations entre vifs ».

Les articles 283, 284 et 286 du C.O.C. réglementent les modalités de la publicité, la signification, l'acceptation du débiteur, la portée de la publicité, le transfert de la créance, les garanties légales et conventionnelles.

C. Les cessions particulières et spécifiques

Les dispositions de l'article 283 du C.O.C. peuvent parfois se révéler néfastes, en particulier pour la rapidité des relations juridiques. De plus, les règles relatives à l'opposabilité des exceptions et la fragilité de la garantie légale entraînent la transmission d'un titre peu sûr pour le cessionnaire. Le besoin d'une plus grande simplicité et d'une plus grande sécurité s'est particulièrement fait sentir dans le domaine des relations commerciales, expliquant le régime spécifique des titres négociables et des créances professionnelles transmises par bordereau.

Paragraphe 3. La cession de dettes

A. Problématique

Peut-on concevoir une cession de dette qui ressemble au modèle de la cession de créance, par laquelle le débiteur originaire, le cédant, cède sa dette contre le créancier cédé à un cessionnaire, la cession libérant le cédant de son engagement envers le cédé ? La réponse est en principe négative, mais cette interdiction peut être tempérée.

B. Principe d'incessibilité des dettes

La cession de dette appelée « reprise de dette » par le Code libanais paraît au premier abord moins naturelle que la cession de créance. La cession de dette pourrait correspondre à un besoin pratique, par exemple, si un immeuble a été acquis au moyen d'un prêt, son propriétaire qui le vend souhaitera sans doute que le nouvel acquéreur supporte la fraction du prêt restant à courir.

La cession de dette en droit libanais, a été inspirée du projet franco-italien, et remonte à l'article 414 du B.G.B allemand de 1900.

Le Code des obligations et des contrats s'inspirant du droit allemand contient une théorie générale sur la reprise de dette. En effet, l'article 287 C.O.C. précise qu'elle peut avoir lieu soit par voie de convention passée entre le créancier et le reprenant, soit par un accord intervenu entre celui-ci et le débiteur, mais, dans ce dernier cas, son efficacité est subordonnée à l'approbation du créancier, dont le silence ne saurait valoir acquiescement. L'approbation du créancier est nécessaire sous peine de nullité. Toutefois, cette approbation est liée à la garantie que pourra offrir le débiteur initial au créancier. Par conséquent, si la dette est garantie par une hypothèque, l'approbation du créancier n'est plus nécessaire.

Lorsque l'approbation du créancier est obtenue, c'est la dette elle-même qui est transmise, mais les sûretés réelles subsistent seules, alors que les sûretés personnelles sont éteintes. Quant aux exceptions et moyens de défense inhérents à la dette, ils passent du débiteur au reprenant qui, au contraire, n'est pas admis à invoquer les moyens personnels contre le premier débiteur (art. 288 et 289 C.O.C.).

C. Tempéraments

La cession de dette en droit libanais peut utiliser divers mécanismes admis par le droit français qui, s'ils ne produisent pas les mêmes effets, aboutissent à des conséquences qui se rapprochent.

Dans une première hypothèse, il n'y a pas de manifestation de volonté du créancier : le débiteur originaire reste tenu. Tel est le cas de l'engagement d'une personne de payer la dette d'un tiers.

Dans une seconde hypothèse, le débiteur originaire est bien libéré, mais cette libération ne peut intervenir sans une manifestation de volonté du créancier. Tel est par exemple le cas de *l'expromissio*.

Paragraphe 4. La délégation

A. Définition

La délégation est l'opération par laquelle une personne, le délégant, invite une autre personne, le délégué, à payer en son nom une dette à un tiers, le délégataire (art. 326 al. 1 C.O.C.).

Une première distinction oppose la délégation certaine et la délégation incertaine. Une seconde distinction oppose la délégation imparfaite et la délégation parfaite. Dans la délégation imparfaite, le débiteur originaire n'est pas libéré : il y a adjonction de débiteur. Dans la délégation parfaite, le délégant est libéré : il y a substitution de débiteur.

N'étant pas soumise à des formalités de publicité, à la différence de la cession de créance, la délégation produit ses effets dès l'accord de volonté entre délégant, délégué et délégataire. La délégation peut simplifier les rapports juridiques.

La délégation imparfaite constitue le droit commun et est plus usitée que la délégation parfaite.

B. La délégation imparfaite

Conditions. La délégation imparfaite n'appelle pas de commentaires particuliers : il faut un engagement du délégué, qui n'est soumis à aucune condition de forme spécifique et peut même être tacite étant entendu que la délégation ne se présume pas (art. 326 al. 2 COC). Il faut également

que le délégataire accepte cet engagement. En revanche, la délégation n'exige pas de liens antérieurs entre le délégant et le délégataire (art. 326 al. 1 COC).

Effets. L'effet principal de la délégation imparfaite est de créer une obligation nouvelle entre le délégué et le délégataire et de laisser subsister l'obligation entre le délégant et le délégataire. Le délégué poursuivi par le délégataire ne peut lui opposer les exceptions tirées de ses rapports avec le délégant.

Le délégant reste débiteur du délégataire, ce dernier conservant le bénéfice de toutes les sûretés, réelles ou personnelles et de toutes les actions qui étaient liées à sa créance. Le délégant ne pourra opposer au délégataire aucune exception liée à ses rapports avec le délégué ou tirée des rapports délégué-délégataire.

La situation du délégataire est très forte, ce qui fait de la délégation une garantie de premier ordre.

C. La délégation parfaite

En plus de l'engagement du délégué, la délégation parfaite exige une manifestation de volonté expresse du délégataire libérant le délégant de son obligation (art. 326 al. 2 C.O.C.) : l'acceptation d'un nouveau débiteur ne suffit pas à caractériser cette intention. Quant à ses effets, la délégation parfaite éteint l'engagement du délégant envers le délégataire : le délégataire est privé de tout recours contre le délégant.

Le Code libanais, précise dans son article 327 que lorsque les parties ont voulu substituer un rapport obligatoire nouveau à l'obligation ou aux obligations préexistantes, le déléguant est libéré aussitôt envers le délégataire mais uniquement lorsque le nouvel engagement pris par le délégué, est valable, et si ce délégué était solvable lors de la délégation. La délégation crée également une nouvelle obligation entre délégué et délégataire qui reste soumise à l'inopposabilité des exceptions.

Guide de Références

AYNES Laurent, *La cession de contrat*, Economica, 1984.

BILLIAU Marc, *La délégation des créances, essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 207, préface de J. Ghestin.

Institut de droit comparé de Paris et de Lyon, *Le droit libanais, livre du cinquantenaire de la faculté de droit et des sciences économiques de Beyrouth*, sous la direction de Pierre CATALA et André GERVAIS, t.I et t.II, L.G.D.J., 1963.

NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine, LECUYER Hervé, *Droit des obligations, Droit français, Droit Libanais, perspectives européennes et internationales*, Bruylant Delta L.G.D.J., octobre 2006, Préface Pierre Catala.

SALEILLES Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil allemand*, Paris, 1890.

TYAN Emile, « Cession de dette et cession de créance dans la théorie et la pratique du droit musulman », Université de Lyon, Annales de l'école Française de droit de Beyrouth, 1946.

WEILL Alex, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse, Strasbourg, 1938.

أبو عيد الياس، قانون الموجبات والعقود، العقد، الجزء الثاني: مواد ١٦٥ إلى ٢٠١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، طبعة أولى، ١٩٩٥.

النقيب عاطف، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت باريس، طبعة أولى، ١٩٨٨.

تيان إميل، الموجبات والعقود، دروس في النظرية العامة، أنطوان للنشر، ٢٠٠٩.

سوفي جورج، النظرية العامة للموجبات والعقود، بيروت، ١٩٩٤.

جريج خليل، النظرية العامة للموجبات، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، ١٩٨٨.

عبد الله هدى، دروس في القانون المدني: النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ثانية، ٢٠١٣.

عبد الله هدى، دروس في القانون المدني: العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠٠٨.

عجيل طارق، المطول في شرح القانون المدني (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي)، انعقاد العقد، منشورات زين الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٣.

ناصر ياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ٢٠٠٦.

نخلة موريس، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.

يكن زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود، طبعة أولى ١٩٧٠.

Un regard européen sur la réforme française du droit des contrats

Amalia DIURNI

Professeur de Droit privé comparé à l'Université de Rome 1 "Tor Vergata"

C'est dans l'urgence de parler de la grande réforme du droit des contrats et des obligations exprimée par les organisateurs de ce colloque que je trouve la confirmation qu'il n'y a pas de doute que l'ordonnance du 10 février marquera l'histoire. Comme d'autre part est restée dans l'histoire une autre ordonnance datée du 10 février, pour la précision 10 février 1673, l'ordonnance par laquelle Louis XIV a étendu le droit de régale à l'ensemble du royaume. Je la cite, car le roi Soleil a imposé son pouvoir sur diocèses et abbayes pour percevoir leurs revenus et nommer leurs membres, aujourd'hui le législateur français a imposé sa vision du droit commun des obligations sur la doctrine et la jurisprudence. La démonstration est qu'après plusieurs avant-projets doctrinaires et un projet de la Chancellerie le texte de la réforme est diffforme de chacun d'eux. Elle est l'expression des prérogatives d'un législateur ; comme l'a été en 1804 le Code civil.

Je voudrais avant tout analyser cette réforme à la lumière d'exemples similaires dans le paysage européen pour faire des distinctions.

L'ordonnance, qui s'intitule « ordonnance portant réforme du droit des contrats », n'est pas une recodification comme l'a été à l'époque le Code civil italien de 1942, qui a refondé la matière du droit civil en

abandonnant le texte du premier Code de 1865 ; comme l'a été le *Nieuw Burgerlijk Wetboek* hollandais, qui a abandonné sa version précédente de 1831 pour proposer au public un code original avec plusieurs sources d'inspiration, non plus le seul modèle français des origines ; comme l'a également été le plus récent Code civil d'Europe, le Code civil tchèque de 2014.

L'ordonnance française ne constitue donc pas une recodification. Selon son titre elle est une réforme, car elle n'a comme objet que le droit commun des obligations. Cependant - selon moi - une réforme pour être telle, nécessite qu'elle soit une œuvre d'autorité, ayant comme but de dicter les lignes directrices d'un projet politique innovateur pour régler en prévision le futur d'un pays, de sa société et de son économie. La réforme française ressemble plutôt à une modernisation et en fait le Garde des Sceaux, lui-même, l'a bien remarqué dans son rapport au Président. La comparaison donc doit être faite entre l'ordonnance française et la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* allemande de l'année 2002.

Toutes les deux ont eu comme but de mettre à jour le Code civil.

Pour le législateur allemand c'était juste une question d'intégrer dans une architecture déjà bien structurée les nouvelles règles provenant du côté européen (en particulier les nombreuses directives à tutelle des consommateurs) et de codifier les règles d'origine doctrinale et jurisprudentielle, développées pendant un siècle pour combler des vides législatifs ou tenir compte de l'évolution des pratiques dans les affaires.

En revanche, La tâche du législateur français a été beaucoup plus complexe. Premièrement, en raison de la majeure ancienneté du Code civil, qui a fait que le droit positif à incorporer dans le Code, en grande partie d'origine prétorienne, était beaucoup plus important qu'en Allemagne. En second lieu, parce que l'hébergement de la discipline des obligations et du contrat dans le Code n'était pas structuré de façon systématique et par conséquent la réforme a dû entièrement démonter et restructurer les titres III, IV et IV bis du troisième livre pour donner à chaque discipline un domaine d'application bien déterminé et renforcer leur clarté. Ensuite, à cause du manque d'accessibilité et de lisibilité du Code civil originaire, au fil du temps le droit français avait perdu progressivement d'efficacité économique et de sécurité juridique. Ça a imposé au gouvernement français de travailler sur le

Code civil pour lui faire regagner son rôle de modèle et son attractivité en-dehors de ses frontières, mais surtout pour rétablir la sécurité contractuelle et limiter le recours, devenu trop systématique, au contentieux, qui est par essence extrêmement dissuasif pour les investisseurs étrangers.

On a donc déjà identifié plusieurs points de différence entre modernisation allemande et française : d'abord, l'extension et la complexité de l'objet dont s'occupe l'ordonnance du 10 février est majeure de celui de la *Modernisierung*. Pourtant il y a des thèmes en commun : par exemple, la mise à point des règles sur la négociation et l'inexécution, cette dernière avait d'importants défauts dans le BGB de 1900. Ensuite, toutes les deux ont repris dans le Code la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion, sans faire référence à la qualité de consommateur ou de professionnel des contractants.

Encore sur le cadre des deux interventions, il faut dire que curieusement, tandis que le législateur allemand a introduit en 2002 dans le Code la notion de *Geschäftsgrundlage* (le fondement du contrat, qui n'est pas la cause et pas la *consideration* de *common law*, mais un élément avec une fonction similaire), l'ordonnance du 10 février dernier au contraire a éliminé la cause, un des piliers du modèle français. Du côté allemand ça a signifié reconnaître un élément de création jurisprudentielle ; du côté français le choix a été dicté par la volonté de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers. Toutefois, elle a dû être substituée par plusieurs gardes fous, supposés compenser sa disparition (par exemple les articles 1102, 1128, 1135, 1169-71, 1186, 1195). Mais la cause a ses raisons que la raison ne doit pas ignorer ! Elle est l'intelligence de l'acte juridique ! Elle permet une lecture économique et sociale du contrat, soi-disant un contrôle objectif de l'utilité minimale du contrat ! Je me demande s'il en valait vraiment le coup de sacrifier une institution traditionnelle, complexe, mais riche de sens, sur l'autel de l'harmonisation du droit. Avec le temps on aura la réponse.

Changeant de sujet et abordant la question de la procédure de rédaction, la modernisation allemande a été une œuvre ministérielle, très rapide dans ses étapes et quasiment sans la participation de la doctrine, qui pourtant était le formant de référence du BGB originaire. Au contraire en France, la réforme a pris plus de temps, mais a tenu en compte projets,

propositions et observations de différents milieux et aussi les résultats d'une consultation publique sur internet !

En ce qui concerne la technique législative, il faut dire que la France gagne sur l'Allemagne. En fait le législateur allemand, ayant le BGB déjà une structure très systématique, s'est limité à insérer les nouvelles dispositions là où il y avait de la place ; ou bien là où manquait de la place, à concentrer plusieurs règles dans un seul paragraphe avec une perte de clarté comme résultat. De surcroît, la langue de la *Modernisierung* est plus embrouillée et laborieuse à la différence de ses origines. L'œuvre du législateur français vice versa a le mérite d'avoir maintenu la technique législative du Code de 1804, en reprenant les instruments techniques utilisés, telles que les définitions et les clauses générales, pour les exalter. Par rapport au premier avant-projet Catala, qui m'avait impressionné par l'abondance de mots et de détails, je trouve le nouveau texte exemplaire, car il réussit à être clair, concis et précis au même temps. Il a suivi le style du modèle originaire en l'améliorant.

Trois aspects ont attiré mon attention : 1) La modernisation est passée aussi par la langue : par exemple la substitution de l'expression désuète « bon père de famille » avec celle de « personne raisonnable », qui vient de la *reasonableness* de *common law*, des principes de *soft law* européens et internationaux, et de la loi française de 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. 2) La précision des mots utilisés a valu une majeure clarté : par exemple, l'élimination du mot « convention » rien plus qu'un synonyme de « contrat » ou la substitution du mot répétition avec celui plus correct de restitution. 3) Enfin j'ai apprécié le recours fait dans l'ordonnance aux formules généralistes : la plus intéressante est à mon avis celle de la caducité : le premier alinéa du nouvel article 1186 dispose : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». La disposition n'est pas aussi anodine qu'il paraît au premier abord. A un observateur étranger elle semble une règle flexible, qui donne beaucoup de possibilités d'application à explorer, car il n'est pas clair quels sont les éléments essentiels dont on parle. Les alinéas suivants nous permettent de douter qu'ils soient exclusivement les conditions de validité du contrat énumérées dans le nouvel article 1128 du Code civil. En fait les alinéas suivants introduisent le concept très moderne d'opération d'ensemble, qui se présente dans les milieux des affaires quand il y a une séquence unitaire et composite d'actes juridiques mis en œuvre pour

atteindre un seul objectif. Les actes juridiques ont donc un lien fonctionnel qui se trouve dans la réalisation d'une opération économique unitaire. Je me demande si le lien fonctionnel, dont on parle, n'est pas par hasard la cause concrète ou bien la concrétisation du concept de cause, car en Italie la réponse à cette question a été positive. En France, selon moi, tôt ou tard sur ce sujet on aura le débat doctrinal, l'interprétation jurisprudentielle et la pratique des affaires.

En définitive mon évaluation de la réforme française est positive. Je trouve que tous ses objectifs, c'est-à-dire sécurité juridique, attractivité, protection des plus faibles, lisibilité et accessibilité, ont été atteints. D'abord, le droit des contrats et des obligations français est devenu plus efficace et ceci pour un comparatiste est le but par excellence.

L'efficacité économique a été atteinte à travers deux interventions structurelles : je pense notamment à la flexibilité donnée aux règles soit par le biais de formulations généralistes (une est celle déjà rencontrée dans la caducité) soit par le biais du caractère supplétif, qui s'infère directement de l'article 6 du Code civil, mais que le législateur actuel rappelle dans plusieurs endroits, apparemment dans un pur souci didactique. Comme juriste italienne je m'étonne qu'en droit français on puisse créer de nouveaux droits réels, que l'énumération des quasi-contrats ne soit pas exhaustive, que la volonté des parties puisse déroger au principe traditionnel du transfert de propriété *solo consensu*, mais ça jette les bases pour des futures pratiques commerciales. La deuxième intervention structurelle, un outil pour l'efficacité économique du nouveau droit des contrats français, est le recours à des remèdes d'auto-tutelle. Ainsi le contrat devient un peu plus « *judge-proof* ». Je me réfère aux actions interrogatoires, à l'exception d'inexécution, à la résolution unilatérale du contrat inexécuté, à la discipline de l'imprévision, à l'exécution forcée de la promesse de contracter, à l'exécution du contrat aux frais du débiteur, qui peut être opérée sans autorisation judiciaire préalable, à la possibilité du créancier d'accepter l'exécution imparfaite en contrepartie d'une réduction du prix, à l'opérativité de plein droit de la compensation, à la mise en demeure du créancier, etc.

Cependant on déshabille Saint Pierre pour habiller Saint Paul ! Tandis que la liberté contractuelle fait l'objet d'une affirmation très claire et trouve sa place parmi les dispositions liminaires, et encore le législateur français met les remèdes sus-cités à disposition des contractants et exalte

le caractère supplétif des normes codifiées, je demeure sceptique qu'on pourrait déroger à tout, car il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté. Si on analyse les limites posées par l'ordonnance à la volonté des parties tels que l'ordre public et la bonne foi, on s'aperçoit qu'ils sont flous. Il fallait se souvenir que sur le § 242 BGB, sur la notion de *Treu und Glauben* y contenue, la jurisprudence allemande a construit son empire. Je suppose donc que la jurisprudence française aille réclamer ses robes à Saint Paul à travers l'application des principes d'ordre public et de bonne foi, le contrôle de la licéité du contenu du contrat et l'élimination des clauses abusives. Même dans la disposition sur l'imprévision, le législateur a laissé la porte ouverte aux juges, car il suffit qu'un seul des contractants saisisse la justice pour que le juge puisse mettre ses mains dans le contrat en le révisant.

Finalement, l'ordonnance du 10 février a mis un terme aux multiples défauts du Code civil français : défauts de systématisation, d'expression, d'efficacité. Elle a mis un terme au paternalisme juridique en offrant au monde de la pratique des instruments modernes et flexibles pour qu'ils puissent créer et gérer leurs opérations économiques. Mais surtout elle a continué sciemment sur la voie ouverte en 2002 par l'Allemagne, à mon avis – et je l'ai affirmé à l'époque en commentant la modernisation – la seule voie pour aboutir à un droit commun européen : c'est-à-dire moderniser, moderniser et encore moderniser en recherchant dans la comparaison entre systèmes juridiques les règles les plus efficaces, l'équilibre entre libéralisme et solidarisme, car le procès n'est pas un procès d'unification, mais un procès d'harmonisation.

Si on se demande si le législateur de la réforme aurait pu faire plus, la réponse serait comme toujours positive, pour la simple constatation que tout est perfectible.

À mon avis le législateur français aurait pu regarder plus loin dans un sens ou un autre. Par exemple, il aurait pu participer à la « *fundamentalisation* » du droit des contrats mise en place par le législateur européen et mise en œuvre par la Cour européenne. L'Argentine l'a fait dans son nouveau Code qui date de 2015. Néanmoins l'article 1102 du projet français de 2015, en s'inspirant du projet Terré, prévoyait que « *la liberté contractuelle ne permet pas de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux* ». Le mérite de cette disposition aurait été d'ajouter à une

contrainte verticale, tirée du respect de l'ordre public, une contrainte horizontale. Mais cette mention a été supprimée dans la version définitive. Ensuite, je trouve que la tutelle de la confiance légitime, qui constitue un concept clé et transversal du modèle contractuel (on l'a dans les systèmes de *civil law* comme dans ceux de *common law*), a été oubliée dans cette réforme. Un exemple le donne : la sanction de la nullité par erreur, qui est conditionnée à son excusabilité : celui, qui n'a pas reconnu l'erreur de son cocontractant, reste – si j'ai bien interprété – sans contrat et sans tutelle. Enfin, je me demande pourquoi le législateur qui a eu le courage d'éliminer la cause, n'a pas éliminé également le principe du consensualisme dans le transfert des droits réels selon le modèle le plus diffus au monde de la *iusta causa traditionis*. Le fait que les parties peuvent déroger à ce principe et que l'article 1186 sur la caducité a introduit la notion d'opération d'ensemble, me laisse imaginer que ça viendra. Finalement, qui contractera, verra !

Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes qui ont été influencés par le Code civil de 1804 ?

Fayez HAGE CHAHINE

Agrégé des facultés françaises de droit

*Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences politiques
de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et de Dubaï*

Les Codes arabes qui ont été influencés par le Code civil français de 1804 sont nombreux. On peut les classer en fonction de leur contenu et en fonction du rôle qu'ils accordent à la chariaa islamique.

En fonction de leur contenu, ces Codes se répartissent en deux catégories :

1. Les Codes qui portent le nom de « *Code des obligations et des contrats* », comme le Code tunisien de 1906, le Code marocain de 1913 et le Code libanais de 1932.

Ces codes, comme leur nom l'indique, sont limités à la matière des obligations et des contrats.

2. Les codes qui portent le nom de « *Code civil* », comme les codes égyptien, syrien, irakien, libyen, koweïtien, jordanien, qatarien, yéménite, le Code du Sultanat d'Oman, le Code du Bahreïn et le Code des Emirats arabes Unis¹.

1. Ce Code porte le nom de « *Code des affaires civiles* ».

Ces codes réglementent toutes les matières du droit civil à l'exception des matières de statut personnel (mariage – filiation) et des successions qui sont régies par la *chariaa* islamique.

Au Liban, le statut personnel des communautés chrétiennes est régi par le droit ecclésiastique, catholique et orthodoxe, celui des communautés musulmanes est régi par la *chariaa*, selon le rite hanéfite chez les sunnites, le rite jaafarite chez les chiites et par le droit druze chez la communauté druze.

Quant au droit successoral, il est régi par une loi civile applicable aux non mahométans², c'est-à-dire aux chrétiens et aux israélites, et par la *chariaa* islamique applicable aux musulmans selon les rites que nous venons de mentionner.

A part ces matières, les Codes civils arabes contiennent des dispositions, relatives aux conflits de lois dans le temps, aux conflits de lois dans l'espace, aux personnes physiques, aux personnes morales, aux biens, aux obligations et contrats, aux contrats spéciaux, aux droits réels principaux et aux droits réels accessoires ou sûretés. C'est la matière des obligations et des contrats qui intéresse notre étude.

En fonction du rôle qu'ils accordent à la *chariaa* islamique, ces Codes se répartissent en trois catégories :

1. Les codes qui ne font pas de la *chariaa* islamique une source du droit des obligations et des contrats, comme le droit libanais : l'article 1106 de ce Code abroge toutes les dispositions de la *Majjalla* (Code civil ottoman selon le rite hanéfite) sauf celles qui ne lui sont pas contraires ou inconciliables avec sa teneur³.
2. Les codes qui font de la *chariaa* islamique une source subsidiaire du droit des obligations et des contrats, comme le Code civil égyptien, syrien, irakien, koweïtien, algérien, lybien etc.

2. La loi du 23 juin 1959.

3. On considère comme non abrogés les principes généraux de la *Majjalla*, qui correspondent aux Adages et aux Maximes du droit français, comme l'article 100 qui correspond à la maxime *Nemo Auditur* et à la règle de l'*Estoppel* et comme les dispositions relatives à la capacité en matière d'actes juridiques.

Dans ces codes on trouve deux variantes : dans certains codes, la *chariaa* islamique est placée avant la coutume, dans d'autres, elle est placée après celle-ci.

L'article 1 alinéa 2 du Code algérien dispose :

« En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman, et à défaut, selon la coutume ».

D'après ce texte, le droit musulman passe avant la coutume. Le Code civil syrien et le Code civil du Sultanat d'Oman sont identiques au Code algérien.

L'article 1 alinéa 2 du Code égyptien dispose :

« A défaut d'une disposition législative applicable, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman. A défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité⁴ ».

D'après ce texte, la coutume passe avant le droit musulman.

Le Code irakien est identique sur ce point au Code égyptien.

Ces Codes suivent le modèle français sous réserve des cas dans lesquels la *chariaa* islamique s'applique à titre subsidiaire et dans lesquels elle est incompatible avec les règles du droit civil français.

3. Les Codes civils qui font de la *chariaa* islamique la source principale du droit des obligations et des contrats comme le Code jordanien et le Code émirati. Le droit yéménite est plus explicite. Il affirme dans son article premier qu'il est « *pris* » de la *chariaa* islamique⁵.

Bien qu'elle soit la source principale de ces derniers Codes, la *chariaa* islamique n'a pas constitué un obstacle à appliquer les règles

4. L'art. 2 de la Constitution égyptienne du 18 janvier 2014 dispose que « *L'islam est la religion de l'Etat, la langue arabe est sa langue officielle et les principes de la chariaa islamique sont la source principale de la législation* ». La question de l'harmonisation de ce texte constitutionnel avec l'article premier alinéa 2 du Code civil égyptien sort du cadre de la présente étude.

5. مأخوذ من احكام الشريعة الاسلامية.

du droit français en matière des obligations et des contrats pour les raisons suivantes :

- d'abord, parce que le Coran consacre les principes fondamentaux suivants :
 - Le principe du respect de la parole donnée,
 - Le principe selon lequel il faut faire prévaloir l'esprit du contrat sur sa lettre,
 - Le devoir de ne pas nuire injustement à autrui⁶,
 - Le devoir de ne pas s'enrichir injustement au détriment d'autrui,
 - Et la théorie de l'abus des droits⁷.
- Ensuite, parce que l'universalisme du droit des obligations et des contrats et son caractère abstrait ont réduit les contradictions avec les autres sources du droit musulman comme la *sunna*, l'*ijmaa*, c'est-à-dire l'unanimité, l'analogie et les *Masaleh Moursala*⁸.
- Troisièmement, parce que les codifications ottomanes du 19^{ème} siècle, comme le Code de commerce, le Code du commerce maritime et le Code de procédure civile, inspirés du droit français, ont facilité l'application, dans les pays arabes, des règles du droit français⁹.
- Quatrièmement, parce que le Code civil égyptien, largement inspiré du droit français, qui est considéré comme le modèle

6. S'agissant de ce dernier devoir, il est intéressant de préciser que le droit musulman parle dans ce domaine de « *Damane* » qui signifie la garantie de la victime. Ce qui rappelle la thèse du Professeur STARCK qui parle de « *faute* » et de « *garantie* ». Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité comme considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, 1947.

7. Sur tous ces principes, V. Sobhi MAHMASSANI, *Théorie générale des obligations et des contrats selon la chariaa islamique*, Beyrouth, 1972.

8. Sur ces sources, V. Sobhi MAHMASSANI, *Les systèmes législatifs dans les pays arabes* (en arabe), *Dâr al-'ilm lilmalayin*, Beyrouth, 1981, p. 141 et s.

9. Sobhi MAHMASSANI, *Les systèmes législatifs dans les pays arabes*, p. 192 et s.

incontesté des codes arabes, a exercé une grande influence sur la législation, la jurisprudence et la doctrine dans les pays arabes.

Le thème choisi se justifie par deux raisons qui sont les suivantes :

Première raison

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 et, avant eux, les rédacteurs des trois projets de réforme, ont eu en vue l'idée d'un Code européen. Il fallait, selon eux, tenir compte des nouvelles propositions qui circulaient et sur lesquelles on se fondait pour élaborer un code unifié.

L'idée d'un Code européen mérite d'être retenue et il ne fallait pas la sous-estimer mais cette idée n'était pas la seule bonne idée. Il y en avait d'autres. La France qui a donné, en 1804, le code le plus rayonnant de l'époque, ne devrait pas être la prisonnière d'une seule idée. Il fallait penser aussi aux codes des pays arabes, aux codes des pays africains et aux codes de l'Amérique latine¹⁰.

Ces codes, qui ont été influencés par le Code civil de 1804, sont les alliés culturels du droit français. Or, il n'est pas « *courtois* » de négliger un allié. L'adjectif « *courtois* » est à sa place ici, parce qu'en matière diplomatique, c'est-à-dire dans les rapports avec les Etats, on parle de « *courtoisie* » au sens de « *comitas*¹¹ ». D'autre part, il n'est pas opportun, de ne pas tenir compte des pays arabes, des pays africains et des pays sud-américains qui appartiennent à trois continents et avec lesquels il y a de très fortes chances d'avoir des rapports économiques.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'influence du droit français risque de s'exposer, dans ces pays, à une double concurrence :

- Celle du droit anglo-américain dans les pays africains et les pays de l'Amérique du sud,
- Celle du droit anglo-américain et celle du droit musulman dans les pays arabes dans lesquels on assiste actuellement à un

10. V. Pierre CATALA, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Défrénois*, n° 21, 15 déc. 2008, p. 2365 et s.

11. V. Emile TYAN, *Droit international privé*, éd. Antoine, 1974.

mouvement qui prône le retour aux sources, c'est-à-dire à la *chariaa* islamique

Deuxième raison

Les rapports entre le droit français et le droit des pays arabes ne sont pas à sens unique. La France, qui a donné, peut aussi recevoir. Le dialogue des cultures ne devrait pas être exclu. Le Liban peut contribuer à la science juridique avec ses traditions et avec ses liens avec le droit des pays arabes et le droit musulman. Il ne faut pas oublier l'école de droit de Beryte, qui était une école prestigieuse au cinquième siècle et qui était considérée comme l'égale de l'école de Rome et celle de Constantinople. Collinet a considéré même qu'elle était supérieure à ces deux écoles à cause du bilinguisme. L'école de Beryte enseignait le droit en latin et en grec. Le latin a facilité l'accès à la technicité du droit romain et le grec a permis l'ouverture à l'hellénisme et en particulier à la philosophie du droit. Les historiens citent le nom de grands juristes qui ont enseigné dans cette école : Ulpian (originaire de Tyr), Papinien (originaire de Homs en Syrie) et Gaius, à qui on doit, selon plusieurs historiens, la fameuse définition de l'obligation : « *obligatio est vinculum Juris* ».

D'après le Dictionnaire Le Robert, le mot « réforme » est synonyme du mot « *changement* »¹². Le mot *changement*, toujours d'après le dictionnaire Le Robert, signifie « *amélioration* »¹³ comme il peut signifier « *abandon* »¹⁴.

L'inventaire des nouvelles dispositions de la réforme nous invite à les classer en deux catégories : celles qui constituent une amélioration des anciens textes et celles qui expriment l'abandon des notions qui depuis 1804 étaient les colonnes du droit des contrats.

À notre avis, la réforme sera favorablement accueillie quand il s'agit « d'amélioration » et sera difficilement accueillie quand il s'agit « d'abandon ».

12. Le Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 1, p. 704.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

Paragraphe 1. La réforme sera favorablement accueillie dans l'hypothèse où les nouvelles dispositions constituent une amélioration

- Les dispositions nouvelles qui constituent une amélioration sont de deux sortes :
 - Les amendements remarquables
 - Les modifications significatives.

A. Les amendements remarquables

Les exemples sur les amendements remarquables sont nombreux. On ne saurait être exhaustif, surtout dans le cadre d'une conférence. On va se contenter de donner 6 exemples.

- a.* Le premier exemple est tiré de l'article 1100 – 1 qui dispose :
« *les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinés à produire des effets juridiques, ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* ».

Ce texte consacre la catégorie des actes unilatéraux. Il correspond à l'article 148 du Code libanais, aux articles 250 et suivants du Code jordanien et à l'article 124 alinéa 2 et les articles 276 et suivants du Code émirati¹⁵.

L'article 148 du Code libanais mérite d'être cité. Il dispose :

« En principe, une volonté isolée est impuissante à créer des rapports obligatoires, quand bien même elle se serait clairement et solennellement manifestée, et aussi longtemps qu'elle ne s'est pas unie à une autre volonté représentant des intérêts distincts ou contraires.

Exceptionnellement, et dans des cas limitativement prévus par la loi, une déclaration unilatérale de volonté devient créatrice d'obligations, par exemple dans les offres contractuelles dans la stipulation pour autrui (article 227) et dans la gestion d'affaires ».

15. Ce Code érige l'acte unilatéral en source d'obligation à côté du contrat, du fait dommageable, du fait profitable et de la loi.

b. Le deuxième exemple est tiré de l'article 1102 qui dispose :

« 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 ».

Ce texte consacre explicitement le principe de la liberté de ne pas contracter. Ce principe est important dans la mesure où il justifie la non responsabilité de l'offrant, qui rétracte, sans abus, une offre faite sans intention de s'engager et celle du destinataire qui, sans abus, refuse de contracter.

Ce texte est conforme aux dispositions du Code libanais relatives à l'offre et à l'acceptation et correspond en particulier à son article 181 alinéa 1 qui dispose :

« En principe, le destinataire d'une offre est libre de la décliner ; en se refusant à contracter, il n'engage pas sa responsabilité ».

L'expression « *libre de la décliner* » signifie sans nul doute « *la liberté de ne pas contracter* ».

Dans les pays arabes on peut citer l'article 41 alinéa 1 du Code koweïtien qui dispose que l'offrant peut rétracter l'offre non accompagnée d'un délai tant qu'elle ne rencontre pas une acceptation, comme on peut citer en ce sens l'article 96 du Code jordanien et l'article 136 du Code émirati et l'article 30 du Code tunisien et l'article 26 du Code marocain.

c. Le troisième exemple est tiré de l'article 1130 al 2 qui dispose que le caractère déterminant de l'erreur, du dol et de la violence « *s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ».

Ce texte a généralisé la méthode de l'appréciation *in concreto*. Avant la réforme, cette méthode était prévue pour le seul vice de la violence à l'article 1112 al 2 du Code de 1804.

À notre avis ce texte sera favorablement accueilli au Liban et dans les pays arabes pour les deux raisons suivantes :

- La méthode de l'appréciation *in concreto* n'est pas étrangère aux codes de ces pays. Elle est consacrée, pour le vice de la crainte, par l'article 211 du Code libanais et 180 Code émirati, et l'article 47 alinéa 2 du Code marocain.

- Cette méthode renforce l'efficacité de la protection de la victime d'un vice du consentement. Cette dernière sera mieux protégée si on se réfère au contractant lui-même non à une personne abstraite placée dans les mêmes circonstances extérieures. Les codes des pays arabes fondent la théorie des vices du consentement sur l'idée de protection de la victime à laquelle s'ajoute, parfois, l'idée de punition de l'auteur qui a provoqué le vice comme le dol.

d. Le quatrième exemple est tiré de l'article 1327 qui dispose :

« Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette ».

Ce texte envisage expressément la cession de dette à la différence du Code civil de 1804, qui ne contenait pas une disposition générale en ce sens.

Ce texte sera favorablement accueilli parce que le Code libanais et les Codes arabes prévoient et règlent la cession de dette ¹⁶.

e. Le cinquième exemple est tiré de l'article 1217 alinéa 3 qui dispose :

« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement peut poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation¹⁷ ».

Il est intéressant de lire les articles 249 et 250 du Code libanais qui élèvent ce droit au rang d'une « règle ».

L'article 249 de ce Code dispose :

« Autant que possible, l'exécution des obligations doit avoir lieu en nature, le créancier ayant un droit acquis à la prestation même qui forme l'objet du rapport obligatoire ».

L'article 250 du même Code dispose :

« Cette règle est valable non seulement pour les obligations de donner, mais aussi pour les obligations de faire ou de ne pas faire ».

16. حوالة الدين.V. en ce sens les articles : 287 du Code libanais, 315 du Code syrien, 339 du Code jordanien et 302 du Code Libyen.

17. V. l'art. 1124, pour la promesse unilatérale de contrat.

Le terme « règle » mérite d'être souligné ainsi que sa justification par l'idée de « droit acquis ».

L'exécution en nature est consacrée par plusieurs Codes arabes. On peut citer à titre d'exemple :

- L'article 203 du Code égyptien
- L'article 204 du Code syrien
- L'article 284 du Code koweïtien
- L'article 206 du Code libyen.

f. Le 6^e exemple est tiré de l'article 1231-6 qui dispose :

« Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt aux 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 ».

Ce texte sera favorablement accueilli au Liban et dans les pays arabes parce qu'il est conforme à l'article 265 du Code libanais¹⁸ et aux textes de plusieurs autres Codes arabes, on peut citer à titre d'exemple :

- l'article 227 combiné avec l'article 232 du Code syrien.
- l'article 226 combiné avec l'article 231 du Code égyptien

B. Les modifications significatives

Les modifications significatives sont des changements plus profonds, parfois, plus radicaux que les changements auxquels on a donné le non « d'amendements remarquables ».

18. Ce texte dispose : « Lorsque la dette a pour objet une somme d'argent, les dommages-intérêts moratoires consistent, en l'absence de clauses contraires, dans la convention ou dans la loi, dans les intérêts de la somme due, calculés d'après le taux légal. Toutefois, si le débiteur est de mauvaise foi, il peut être alloué au créancier, lésé par une résistance injustifiée, des dommages-intérêts supplémentaires ».

Dans le cadre limité de cette étude on va se contenter de donner 5 exemples.

a. Le premier exemple est tiré de l'article 1104 qui dispose :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

Ce texte appelle deux observations :

- La première est d'ordre formel. Ce texte figure dans le chapitre 1er du sous-titre premier intitulé les « *dispositions liminaires* ».
- La seconde est substantielle. Le principe de bonne foi est d'ordre public. Il s'agit d'un ordre public textuel¹⁹.

Donner à la bonne foi la force d'une règle d'ordre public est une solution qui mérite d'être approuvée parce qu'elle conduit à renforcer le respect de la règle morale.

Des considérations économiques et monétaires ont justifié l'apparition de l'ordre public économique de direction, rien n'empêche d'introduire les principes fondamentaux dans la catégorie des lois qui intéressent l'ordre public²⁰. Rien n'empêche de se référer à un ordre public moral et humain, au sens des Droits de l'Homme, et d'en faire une notion transcendante différente de celle de bonnes mœurs abandonnée par l'ordonnance du 10 février 2016, et qui était selon le doyen Carbonnier, une notion « *plus terre à terre*²¹ ».

19. Cette solution rappelle l'article 16-9 du Code civil qui déclare d'ordre public les dispositions du chapitre relatif au respect du corps humain (Loi n° 94-653 du 29 Juillet 1994).

20. Le législateur tunisien a été sensible aux droits de l'homme. Le Code tunisien de 1913, réformé sur certains points par la loi n° 2005-87 du 15 août 2005, a abrogé, modifié et complété les dispositions contraires aux principes des droits de l'homme et à la dignité des individus en vue notamment de consolider l'égalité entre l'homme et la femme.

21. Jean CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4.

Ce texte sera favorablement accueilli au Liban et dans les pays arabes pour les trois raisons suivantes :

1. Il est unanimement exigé dans ces Codes que les contrats doivent être exécutés de bonne foi.
2. La théorie de l'abus de droit occupe une place privilégiée dans le Code libanais. Il ne faut pas oublier que le doyen Josserand, l'un des plus grands défenseurs de cette théorie, a été l'un des principaux rédacteurs de ce Code. Plusieurs Codes arabes élèvent les textes relatifs à l'abus de droit au rang de dispositions préliminaires comme le Code émirati (article 66), le Code jordanien (article 66), le Code koweïtien (article 30), le Code libyen (art 5), le Code du Bahreïn (article 28) et le Code du Sultanat d'Oman (article 59).
3. Une telle disposition sera favorablement accueillie dans un système juridique religieux, comme la *chariaa* islamique, parce que les juristes du droit musulman considèrent que plus on applique les règles morales, plus on sera proche de la religion. Notons que l'article 3 et l'article 27 du Code émirati mettent sur le même plan les lois d'ordre public et les dispositions de la *chariaa* islamique.
 - b.* Le deuxième exemple est tiré des articles 1112 à 1124 qui réglementent la période précontractuelle, c'est-à-dire, les « négociations », « l'offre et l'acceptation » et « le pacte de préférence et la promesse unilatérale ».

Ces textes seront favorablement accueillis au Liban et dans les pays arabes.

Au Liban, le Code des obligations et des contrats consacre à la période précontractuelle les articles 178 à 185. D'ailleurs l'article 178, qui définit le consentement, est précédé par un sous-titre intitulé « *Période précontractuelle et formation des contrats*²² ».

22. L'adjectif « *précontractuelle* » figurait dans la thèse de ROUBIER de 1911 (*Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911). JOSSEAND, le doyen de la Faculté de droit de Lyon, a dû certainement lire la thèse du Professeur Lyonnais ROUBIER qui a été le directeur de l'école de droit de l'Université Saint Joseph de Beyrouth de 1920 à 1922.

Les nouvelles dispositions relatives à la période précontractuelle se distinguent toutefois des dispositions du droit libanais par les deux points suivants :

1^{re} différence : L'article 1121 consacre le système de la réception alors que l'article 184 du Code libanais consacre le système de l'émission. Le Code syrien consacre dans son article 98 le système de l'émission il en est de même de l'article 101 du Code jordanien.

Mais les articles 97 du Code égyptien, 94 du Code koweïtien et 67 du Code algérien consacrent le système de la réception.

2^e différence : Les articles 1123 et 1124 parlent du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat dans la partie générale alors que le Code libanais ne contient pas une disposition expresse relative au pacte de préférence (au Liban c'est un contrat innommé). D'autre part le Code libanais traite de la promesse unilatérale de vente dans les articles 493 et suivants, c'est-à-dire dans la partie spéciale du Code qui se rapporte au contrat de vente, comme il traite de la « promesse de donner » dans l'article 511 c'est-à-dire dans la partie spéciale relative au contrat de donation.

Les codes des pays arabes réglementent la période précontractuelle, l'offre et l'acceptation et les contrats entre absents.

Quant aux contrats préparatoires, comme la promesse de contrat et les contrats avec arrhes (non seulement la vente avec arrhes) ils sont traités, dans ces Codes, dans la partie générale comme le Code égyptien (articles 101 et 103), le Code syrien (articles 102 et 104) le Code koweïtien (articles 72 et 74) le Code jordanien (articles 105 et 107) et le Code émirati (articles 146 et 148).

c. Le troisième exemple est tiré de l'article 1143 qui dispose :

« 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 excessif ».

Ce texte sera favorablement accueilli au Liban parce qu'il correspond au vice de la lésion en droit libanais. L'article 214 du Code libanais dispose :

« En principe, la lésion ne vicie pas le consentement de celui qui en est la victime ; il en est autrement et le contrat devient annulable :

1. *Lorsque la lésion est subie par un mineur ;*
2. *Lorsque, subie par un majeur, elle présente cette double particularité d'être choquante et anormale eu égard aux usages courants, puis de s'expliquer, de la part de son bénéficiaire, par la volonté d'exploiter la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de sa victime ».*

« *L'avantage manifestement excessif* » de l'article 1143 rappelle la lésion « *choquante et anormale* » de l'article 214 et l'expression « *abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son contractant* » rappelle « *la volonté d'exploiter la gêne la légèreté ou l'inexpérience de la victime* » du même article 214. Malgré ce rapprochement les deux textes demeurent séparés par une différence conceptuelle. L'article 1143 se rapporte à la notion de violence alors que l'article 214 du Code libanais se rapporte à celle de lésion. Autrement dit, ce que la réforme appelle « *violence* » le droit libanais appelle « *lésion* ».

D'ailleurs l'adverbe « *également* », utilisé dans le texte de l'article 1143 précité, montre que le vice de la violence a été étendu pour englober la violence économique.

Ce texte sera favorablement accueilli dans les pays arabes qui consacrent la notion de lésion, vice du consentement comme l'article 130 du Code syrien, l'article 129 du Code égyptien, l'article 121 du Code irakien (voir d'autres Codes).

L'article 1143 précité constitue un changement significatif en ce qu'il introduit la notion de lésion sous l'étiquette du vice de la violence.

Il convient de préciser que ce texte sera accueilli mais qu'il sera inutile de l'adopter dans les pays arabes parce qu'il risque de faire double emploi avec la lésion consacrée dans les Codes de ces pays.

d. Le quatrième exemple est tiré de l'article 1195 qui dispose :

« 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 ».

Ce texte, qui admet la révision du contrat pour cause d'imprévision, prévoit 3 étapes :

1^e étape : Le débiteur de l'obligation, devenue excessivement onéreuse, peut demander la renégociation du contrat à son cocontractant.

2^e étape : A défaut de renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution ou de demander de commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

3^e étape : A défaut de cet accord, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin.

Ce texte sera favorablement accueilli dans les Codes arabes qui accordent exceptionnellement au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse à la suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, comme l'article 107 alinéa 3 du Code civil algérien, 148 alinéa 2 du Code syrien, 147 alinéa 2 du Code égyptien, 147 alinéa 2 du Code libyen et 198 du Code koweïtien (voir d'autres textes).

D'après ces textes la révision du contrat pour cause d'imprévision passe par une seule étape qui est la saisine du juge par le débiteur en vue de procéder à l'adaptation du contrat alors que d'après l'article 1195 il faut passer par les trois étapes susmentionnées.

Dans les textes arabes précités, le juge a le pouvoir de réduire l'obligation devenue excessive. Il n'a pas le pouvoir de mettre fin au contrat, en dehors d'un texte ou à défaut d'un dissentiment mutuel²³.

23. V. en droit égyptien, A. SANHOURI, *Traité de droit civil*, t. 1. D'après cet auteur, le juge en Egypte n'a pas le pouvoir de mettre fin au contrat en dehors de l'accord des parties.

Qu'en est-il des Codes arabes qui, à l'instar de l'ancien article 1134 du Code civil, n'accordent pas au juge le pouvoir de réviser le contrat pour cause d'imprévision, comme le Code libanais ?

Ce dernier Code porte cependant, les germes d'un pouvoir modérateur permettant au juge de rééquilibrer le contrat, comme l'article 221 alinéa 2, qui n'a pas été utilisé par la jurisprudence et qui dispose que le contrat doit être exécuté conformément à la bonne foi et à l'équité, l'article 241 alinéa 3²⁴, l'article 266²⁵ et l'article 300²⁶.

Il serait souhaitable d'ajouter à l'article 221 du Code libanais, qui consacre le principe de la force obligatoire du contrat, un alinéa contenant

24. Cet article dispose : « *La condition résolutoire est sous-entendue, sauf exception inscrite dans la loi, dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne remplirait pas ses engagements et alors qu'elle n'est pas à même d'invoquer l'impossibilité d'exécution.*

Mais en pareil cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie dont les droits demeurent en souffrance a le choix entre l'exécution forcée, sous une forme ou sous une autre, et la dissolution du contrat avec des dommages-intérêts.

En principe, cette résolution ne peut être prononcée que par le juge qui, au cas d'inexécution partielle, recherche si le manquement est suffisamment grave pour justifier la dissolution du contrat, et qui a toujours la possibilité, même au cas d'inexécution totale, d'accorder au débiteur un ou plusieurs délais successifs, en considération de sa bonne foi.

Les parties peuvent convenir qu'en cas d'inexécution, le contrat sera résolu de plein droit et sans intervention de la justice. Cette cause laisse subsister la nécessité d'une sommation, destinée à constater officiellement l'inexécution ; on peut convenir cependant que cette formalité ne sera pas obligatoire ; mais la clause qui dispense ainsi et de l'intervention judiciaire et de la sommation doit être conçue en termes formels et exprès ».

25. Cet article dispose : « *Les parties peuvent fixer à l'avance, dans le contrat ou par acte postérieur, le montant des dommages-intérêts pour le cas d'inexécution totale ou partielle des obligations incombant au débiteur.*

La clause pénale constitue la réparation des dommages que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation. Le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le simple retard ou à titre d'astreinte. Le juge peut réduire l'astreinte lorsqu'elle lui paraît excessive.

La peine peut être diminuée par le juge si l'obligation principale a été exécutée en partie ».

26. Cet article dispose : « *Le débiteur ne peut imposer au créancier un paiement partiel ; alors même que l'obligation serait divisible, le paiement a, en ce sens, un caractère d'indivisibilité.*

Toutefois, cette règle peut être mise en échec par la compensation, ou pour ce qui est des cautions, par le bénéfice de division. De plus le juge peut accorder au débiteur de bonne foi des délais pour le paiement et échelonner ainsi l'exécution de la dette sur une période plus ou moins longue ».

une disposition analogue à celle de l'article 1195 du nouveau Code ou à celle de l'article 147 alinéa 2 du Code égyptien.

e. Le cinquième exemple est tiré des articles 1123, 1158 et 1183 qui consacrent le mécanisme des interpellations qu'il convient d'appeler les « *interpellations interrogatoires*²⁷ ».

L'article 1123²⁸ prévoit une interpellation interrogatoire qui a pour but d'inciter le bénéficiaire du pacte de préférence à confirmer l'existence de ce pacte et à déclarer s'il entend s'en prévaloir, à défaut, le bénéficiaire ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

L'article 1158²⁹ qui se rapporte à la représentation conventionnelle, prévoit une interpellation qui tend à inciter le représenté à préciser l'étendue des pouvoirs qu'il a accordés au représentant, à défaut de réponse, ce dernier sera réputé habilité à conclure l'acte.

L'article 1183³⁰, qui se rapporte au droit d'invoquer la nullité, prévoit une interpellation qui conduit à inciter le titulaire du droit d'invoquer la nullité soit à agir en nullité, soit à confirmer le contrat dans un délai de forclusion de 6 mois. À défaut, le contrat sera réputé confirmé.

Ces textes appellent les trois observations suivantes :

27. Sur ces interpellations interrogatoires, V. A, BENABENT et L. AYNÈS, *D.*, 2016, p. 434 s. ; Sur l'action interrogatoire, V. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, 1961, n° 231 p. 207 et 208.

28. « *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 ».

29. « *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 ».

30. « *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 ».

1. Le mécanisme des « *interpellations interrogatoires* » concilie deux droits : le droit de l'expéditeur de l'interpellation de mettre fin à la situation d'attente dans laquelle il est mis et le droit du destinataire de choisir la branche de l'alternative qui lui est ouverte par la loi ou par le contrat dans un délai déterminé sous peine de subir les conséquences juridiques prévues par la loi.
2. Ce mécanisme consacre le droit d'un particulier d'enfermer le droit d'une autre personne dans un délai de forclusion³¹. Mais ce premier droit ne peut être exercé qu'à la condition que le destinataire soit informé de la conséquence à laquelle il s'expose en cas de non réponse et qu'il soit en mesure d'exercer, dans ce délai, son droit d'être entendu.
3. L'article 9 alinéa 3 des dispositions transitoires et finales stipule que les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Ce qui est conforme au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle et contraire au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle. Ceci montre l'importance de ces textes aux yeux du législateur de 2016.

Je crois qu'il serait souhaitable que le législateur libanais introduise ce mécanisme dans le Code des obligations et des contrats.

f. Le sixième exemple est tiré des articles 1224³² et 1226³³.

31. Ce délai est fixé par l'expéditeur de l'interpellation dans les articles 1123 et 1158 alors qu'il est fixé par la loi dans l'article 1183.

32. Cet article dispose : « *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* ».

33. Cet article dispose : « *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.

Ces deux textes ajoutent un cas de résolution, qui est la résolution par « notification du débiteur ».

Cette solution n'est pas conforme, sous cet angle, ni au Code libanais ni aux Codes des pays arabes.

Mais rien n'empêche d'introduire un nouveau cas de résolution qui est la résolution unilatérale par notification sous le contrôle a posteriori du juge.

Cette disposition ne devrait pas être refusée d'emblée par le législateur libanais ni par les autres législateurs arabes parce qu'elle est soumise à des conditions qui ne laissent pas sans protection, le débiteur de l'obligation inexécutée. Ces conditions sont les suivantes :

1. Il faut qu'il s'agisse d'une inexécution grave.
2. Il faut que le créancier prenne sa décision à ses risques et périls.
3. Il faut que le créancier ait mis le débiteur en demeure de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable

En droit libanais, le terrain semble préparé par l'article 246 du Code des obligations et des contrats³⁴ et par une doctrine autorisée³⁵.

Voilà ce qu'il en est des dispositions nouvelles qui apportent une amélioration. Qu'en est-il des dispositions qui se traduisent par l'idée d'abandon ?

Paragraphe 2. La réforme sera difficilement accueillie dans l'hypothèse où les nouvelles dispositions consacrent un abandon

La réforme a abandonné la classification des obligations en obligations de donner, de faire et de ne pas faire, la notion de bonnes mœurs... Mais l'abandon le plus regrettable est celui de l'objet et de la cause en tant que

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

34. L'article 246 du C.O.C libanais dispose : « La résiliation unilatérale est efficace lorsqu'elle a été prévue, soit par le contrat soit par la loi ».

35. *La théorie du contrat*, 1988, p. 438.

conditions essentielles de validité des contrats au sens de l'article 1108 du Code de 1804.

La réforme, sous l'angle de ce dernier abandon, sera difficilement accueillie pour deux raisons :

- d'abord parce que l'abandon est une idée qui est en soi indéfendable,
- ensuite, parce que si on tentait de l'introduire au Liban et dans les pays arabes, elle risquerait d'être malvenue.

A. L'idée de l'abandon est intrinsèquement indéfendable

Cette idée est intrinsèquement indéfendable parce qu'elle nous semble inadéquate et inutile

1. L'abandon est une idée inadéquate

L'objet et la cause ont été abandonnés pour être remplacés par la notion de *contenu*.

L'objet et la cause sont de vieilles notions et font partie du patrimoine culturel juridique français. Elles ont résisté à l'épreuve du temps. Elles ont été qualifiées de conditions essentielles par l'article 1108 depuis 1804 jusque 2016, soit 2 siècles et 12 années.

La notion d'objet n'a pas été critiquée. Celle de la cause a été sérieusement dénoncée. Mais elle a surmonté les critiques des anticausalistes et a été utilisée pendant deux siècles par les tribunaux, les avocats, les arbitres et les notaires. La Cour de cassation s'en est servie pour rendre des arrêts qui ont enrichi la science juridique.

Oudot a posé deux questions, qui ont une grande valeur rationnelle et pédagogique. D'après lui, l'objet correspond à la question *quid debetur* ? Qu'est-ce qui est dû ? La cause correspond à la question *cur debetur* ? pour quelle raison le débiteur a-t-il consenti ?

Le « *contenu* » pourrait fournir une réponse à la question « *quid debetur* » (sur quoi a-t-on consenti) non à la question « *cur debetur* » (pourquoi a-t-on consenti ?)

Il est logiquement impossible de se passer de ces deux notions. La réforme de 2016 n'a pas réussi à les évincer. Elles sont sorties par la porte,

pour revenir par la fenêtre. Alors pourquoi désagréger l'ensemble au profit d'un morcellement peu fructueux³⁶ ?

Les deux notions ont été abandonnées sans motif contraignant.

Normalement on abandonne une notion soit pour répondre à un besoin impérieux soit pour la remplacer par une notion qui jouit d'une supériorité technique.

On a abandonné, par exemple, le « formalisme » au profit du « consensualisme » pour mieux assurer le respect de la parole donnée. On a supprimé la catégorie des enfants naturels au profit du principe de l'égalité des filiations (art. 310 C.civ).

Alors on peut se demander au non de quel principe supérieur on a abandonné ces deux notions ?

Comme on peut se demander si la notion de *contenu*, par laquelle on a voulu remplacer l'objet et la cause, jouit-elle d'une supériorité technique ? ou si elle est plus « *intelligible* » ou plus « *accessible* » que celle d'objet ou de cause ?

La réponse est négative parce que cette notion n'est pas précise.

L'objet, malgré certaines réserves, a été bien défini en droit français. La vraie définition ne se trouvait pas seulement dans l'ancien article 1126 qui ramenait l'objet à une « *chose* » mais bien dans l'ancien article 1108 alinéa 3 qui définissait l'objet comme étant la « *matière* » de l'engagement. D'autre part, la notion de cause et sa conception dualiste ont été cristallisées et son régime a été précisé par la jurisprudence et par la doctrine et ceci pendant plus de 2 siècles.

Or, le « *contenu* » est un fourre-tout. Il peut comprendre non seulement les éléments essentiels du contrat, comme la chose et le prix dans un contrat de vente, mais aussi des stipulations diverses comme la clause pénale, la clause compromissoire, la clause attributive de compétence juridictionnelle

36. Sur le retour de l'objet V. les art. 1163 – 1303 al. 2 – 1306, 1307 et pour le retour de la cause V. les art. 1135 al. 2 (erreur sur le motif d'une libéralité).

1162 (le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but).

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

et la clause qui désigne la loi applicable dans un contrat international. Peut-on mettre sur le même plan les éléments essentiels et ces stipulations ? N'y-a-t-il pas une invitation à opérer une distinction à l'intérieur du contenu entre contenu essentiel et contenu non essentiel ? Le régime juridique du contenu au sens de matière de l'engagement n'est pas identique au contenu au sens de stipulations contractuelles. On peut annuler un contrat pour absence d'objet (art. 1163) ou pour absence de contrepartie (art. 1169) mais peut-on annuler un contrat pour absence de clause pénale ou de clause résolutoire ou de clause compromissaire ? L'obligation préexistante qui joue le rôle de cause au sens de cause de l'obligation dans les actes onéreux unilatéraux³⁷, ne fait pas partie du contenu du contrat, et pourtant elle est exacte et utile. Pourquoi l'exclure ?

La notion de contenu provoque l'ébranlement de la structure du contrat alors que l'objet et la cause, qui étaient des éléments constitutifs du contrat, reflétaient la solidité de cette structure.

2. *L'abandon est une idée inutile*

Pour faciliter la mise en place d'un projet d'un Code européen uni il n'était pas indispensable d'abandonner la notion d'objet et de cause au profit de la notion de « *contenu* ».

Le projet Catala avait pour objectif de s'ouvrir sur l'Europe, mais les éminents Professeurs qui ont participé à son élaboration n'ont pas jugé utile d'abandonner l'objet et la cause.

Ils ont consacré à l'objet 10 articles (1121 à 1122 – de l'avant-projet).

Ils ont consacré à la cause 10 articles (1124 – 1126 -1 de l'avant-projet).

Par ces textes les deux notions sont devenues plus intelligibles et plus accessibles.

Subsidiairement, l'ouverture aux autres systèmes juridiques est une bonne idée, mais pourquoi l'a-t-on exercée dans le sens qui a été suivi : l'alignement de la France sur les systèmes juridiques qui ne font pas de la

37. V. l'art. 195 du Code des obligations et des contrats.

cause une condition essentielle de la formation du contrat et non pas dans le sens contraire ?

Ne fallait-il pas tenter d'aligner ces pays sur le système juridique français, comme a fait le projet Catala ?

L'expérience juridique de la France est très riche et très utilement exportable. Pourquoi être au diapason de ces systèmes ? Pourquoi ne pas essayer de les inviter à suivre les traditions juridiques françaises ?

On a fait observer que l'abandon de ces deux notions est plus apparent que réel, plus cosmétique que substantiel et qu'il ne faut pas exagérer les conséquences de cet abandon.

Cette observation – consolation n'est pas satisfaisante car elle risque de se retourner. Elle peut conduire à se demander si ça vaut la peine de secouer les colonnes du contrat pour une question de « *forme* » ou de « *toiletage* » ?

B. L'abandon serait une idée malvenue au Liban et dans les pays arabes

L'idée serait malvenue pour les raisons suivantes :

Les juristes libanais et les juristes arabes fidèles à la culture juridique française sont disposés à s'inspirer du droit français non à l'imiter.

Or, pour être source d'inspiration, les changements apportés par la réforme doivent être suffisamment justifiés ce qui n'est pas le cas pour l'abandon de l'objet et de la cause au profit du « *contenu* ».

- Le Code libanais fait de l'objet et de la cause des éléments constitutifs du contrat et consacre les articles 186 à 193 pour l'objet et les articles 194 à 201 pour la cause.
- Les Codes des pays arabes qui font de l'objet et de la cause des conditions de validité du contrat sont les suivants :
 1. Code égyptien
 2. Code syrien
 3. Code irakien
 4. Code libyen
 5. Code koweïtien
 6. Code du sultanat d'Oman

7. Code du royaume de Bahreïn
8. Code marocain
9. Code tunisien
10. Code jordanien
11. Code émirati

Dans ces codes on peut parler d'unanimité ou au moins de quasi-unanimité³⁸.

On peut donc légitimement se demander : pourquoi le droit libanais et le droit des pays arabes accepteraient-ils de remplacer les notions d'objet et de cause par celle de contenu qui n'est pas attractive et qui n'a pas la vertu d'être plus intelligible et plus accessible que les notions d'objet et de cause ?

La France avait besoin de réformer le droit des contrats, le régime général des obligations et de la preuve, mais elle pouvait le faire sans délaissier la notion de cause.

Sur le plan des principes cet abandon ne s'imposait pas, et sur le plan pratique ses inconvénients sont plus nombreux que ses avantages³⁹.

38. V. cependant le Code civil yéménite. Ce Code prévoit dans son art. 145 trois éléments constitutifs du contrat qui sont :

- Le consentement
- Les deux parties
- L'objet

Ce texte ne fait pas de la cause une condition de validité du contrat. Toutefois, l'art. 194 exige que le contrat comporte une utilité (ou un intérêt) légitime et l'art. 197 parle de la preuve de la cause exprimée dans la cause et de la preuve de la cause simulée.

Il dispose : « *La cause exprimée dans le contrat est exacte jusqu'à preuve du contraire. Dans le cas où on établit la preuve sur le caractère simulé de la cause, celui qui prétend que l'obligation a une autre cause licite doit la prouver* ».

Avec ces deux textes on ne peut pas affirmer que la notion de cause est négligée.

39. Le Doyen Cornu a considéré que le maintien de la notion de cause « *crée beaucoup moins de problèmes que les expédients et les détours par lesquels il faudrait passer pour combler le vide creusé par sa suppression* ». *Avant projet de réforme – Catala* Beyrouth, éd. Majd, 2009, p. 22.

Achevé d'imprimer
en juillet 2016

Kaslik, Liban

