

”
**Recueil de
TRAVAUX
Juridiques**
LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS
DES CONTRATS ”



«
SÉMINAIRE DISPENSÉ PAR
PR. ROSE-NOËLLE SCHÜTZ

Recueil de TRAVAUX Juridiques

LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS
DES CONTRATS »

USEK

Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

*Le Recueil de travaux est un outil permettant de recenser les divers évènements
qui ont été organisés par la Faculté de Droit de l'USEK.*

*Ce bulletin remplit une fonction d'archivage qui assure une certaine
sécurité juridique pour la Faculté.*

*Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.*

Organisé par

la Faculté de Droit de l'USEK

Comité scientifique:

D^r Céline Baaklini, M^{me} Reine Daou, D^r Béchara Karam

ISSN 2517-956X

© PUSEK, Kaslik, 2017

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

LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS¹

Rose-Noëlle SCHÜTZ

Professeuse à l'Université de Poitiers

Équipe de recherche en droit privé (EA 1230)

INTRODUCTION

1. La reconstruction du droit des contrats et des obligations est en France largement entamée, avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui porte réforme du droit des contrats - en réalité du contrat -, du régime général et de la preuve des obligations².

Mais l'ordonnance n'est que le premier acte.

1. Ce texte est celui du séminaire tenu à la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik du 22 février au 2 mars 2017, seulement enrichi des références les plus utiles.
2. Sur l'ensemble de la réforme, V. notamment : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, juin 2016 ; *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article* (dir. T. DOUVILLE), Galino, août 2016 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Lexisnexis, octobre 2016 ; F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, novembre 2016 ; *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (dir. D. MAINGUY), UMR-5815 Dynamiques du droit, Université de Montpellier, livre électronique ; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016.

Ces ouvrages traitant de l'ensemble de la réforme, qui sont de consultation générale, ne seront pas systématiquement cités à propos de chaque question.

Le deuxième ne devrait pas tarder. Un avant-projet gouvernemental de loi du 29 avril 2016 tend à réformer la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle³. Cela signifie que les dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 concernant les dommages et intérêts contractuels ont vocation à être provisoires, car remplacées à terme par celles d'une loi sur la responsabilité civile. Néanmoins, l'expérience montre que le provisoire peut durer. Il s'agit de responsabilité contractuelle de droit commun, donc, encore, de droit commun du contrat.

Enfin, le troisième acte est hypothétique. Certains appellent de leurs vœux une réforme du droit spécial des contrats⁴. Pour les contrats, la réforme n'est donc pas aussi vaste que l'intitulé de l'ordonnance pourrait le laisser penser. Seul le droit commun des contrats est concerné, pas le droit des contrats spéciaux qui est pour l'instant hors des préoccupations du législateur. Le nouveau droit français des contrats est donc celui qui modifie les anciens articles 1101 et suivants du Code civil, demeurés pratiquement inchangés depuis 1804.

2. Un bref rappel historique des projets de réforme s'impose⁵. L'ordonnance du 10 février 2016 marque presque la fin d'un long processus entamé à l'occasion du bicentenaire du Code civil, marqué par la confection de multiples projets⁶.

D'abord deux projets savants : d'une part, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dit « *projet Catala* », diffusé en 2006, et, d'autre part, les projets de réforme du droit des contrats, de la responsabilité

3. Cet avant-projet a été soumis à la consultation publique jusqu'au 31 juillet 2016. Un projet de loi devrait être présenté au Conseil des ministres au cours du premier trimestre 2017.
4. Sur la nécessité d'une réforme des contrats spéciaux, V. : L. ANDREU et M. MIGNOT, « Avant-propos », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* (dir. L. ANDREU et M. MIGNOT), Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017, p. 7-8.
5. V. sur le contexte de la réforme au sein de la construction européenne d'un droit commun du contrat : F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Essai, 2017, p. 9-62.
6. H. BOUCARD, « La réforme, de la doctrine à la jurisprudence », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes* (dir. R. SCHULZE et al.), Société de législation comparée, 2015, p. 27.

civile et du régime général des obligations élaborés par l'Académie des sciences morales et politiques, appelés « *projets Terré* », s'échelonnant de 2009 à 2013⁷.

Dans le même temps, le Bureau du droit des obligations de la Chancellerie a préparé plusieurs projets plus ou moins officiels en s'inspirant de l'un et/ou de l'autre des projets savants (2008-2011-2013). Le risque d'enlisement qui guettait a été vaincu lorsque le Gouvernement a obtenu l'autorisation de légiférer par ordonnance (loi 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, art. 8). Un projet d'ordonnance a été publié le 25 février 2015⁸. Il a été soumis à la consultation publique au printemps 2015, puis, pour avis, au Conseil d'État en décembre 2015. L'ordonnance a été promulguée le 10 février 2016.

Cependant, la procédure n'est pas achevée. Le Gouvernement qui légifère dans le domaine normalement réservé à la loi (Constitution du 4 octobre 1958, art. 38), doit 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'ordonnance. La chose a été faite. Mais le Parlement n'a pas encore été saisi.

Théoriquement, des modifications, même importantes, pourraient encore survenir lors des débats parlementaires. Mais on peut en douter même si le Gouvernement a affirmé qu'il laissera au Parlement le temps de la discussion et des possibilités d'amendement. La voie de l'ordonnance a en effet été choisie, non seulement pour accélérer la procédure, mais également pour maîtriser le contenu de la réforme. Au demeurant, les parlementaires risquent eux-mêmes de ne pas avoir un intérêt accru pour la réforme du droit des contrats dans le contexte social et politique actuel.

3. Cette manière de légiférer est d'autant plus regrettable que les raisons de la réforme en démontrent l'importance. En matière de contrats, le Code civil comportait d'importantes lacunes, notamment pour ce qui concerne la conclusion du contrat, qu'il ignorait totalement. Ses dispositions ne reflétaient plus le droit vivant qui se trouve en réalité dans une abondante

7. *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013.

8. J.-L. GALLET, « Méthode législative et objectif : la lecture du Conseil d'État », in *Quel renouveau pour le droit des contrats* (dir. V. LARRIBAU-TERNEYRE et S. PELLE), *Actes du Colloque du 20 mai 2016*, Presses d'IPADOUR, 2016, p. 19.

jurisprudence et dans la législation spéciale, notamment de protection des consommateurs. Le droit français, difficile d'accès, fluctuant et parfois incertain, n'était donc plus un modèle pour d'autres pays ni pour les projets européens d'harmonisation. Surtout, il n'était plus attractif pour les contractants étrangers.

En schématisant, l'ordonnance poursuit trois objectifs : accroître la sécurité juridique, ce qui nécessite de rendre « *plus lisible et plus accessible le droit des contrats*⁹ » ; renforcer l'attractivité du droit français ; et garantir la justice contractuelle, car 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* ».

4. L'ordonnance traite presque tout le droit des obligations à l'exception - comme il vient d'être dit - de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle qui reste soumise aux dispositions antérieures, dispositions simplement renumérotées - ou presque - dans l'ordonnance.

Le plan retenu est profondément novateur¹⁰. Le nouveau titre III du livre III du Code civil est intitulé « *Des sources des obligations* », le titre IV « *Du régime général des obligations* », et le titre IV bis « *De la preuve des obligations*¹¹ ». Le Code civil français réformé est le premier à construire sur l'opposition des sources et du régime des obligations¹². Le contrat figure au

9. V. sur l'objectif de lisibilité et d'accessibilité : F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, p. 72 et s.

10. Dès le XIX^e siècle, une partie de la doctrine a critiqué le plan initial pour avoir confondu la cause et l'effet et pour avoir énoncé, à propos du contrat, des règles concernant l'obligation en général (Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, vol. XXIV, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 2^e éd., 1870, t. 1, p. 369 ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, Plon, Paris, 1865, n^o 50 bis. D'autres auteurs approuvaient au contraire le plan du Code en considérant que c'est une œuvre destinée aux praticiens, et pas aux « *élèves* » et que l'exposé le plus complet des principes est donné à propos des obligations les plus nombreuses (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Paris, 1875, t. 15, p. 476).

11. Les règles de la preuve ne concernent pas que les seules obligations. L'ordonnance n'a pas saisi l'occasion de la réforme pour rompre le lien entre la preuve et les obligations et élaborer une véritable « *théorie générale* » de la preuve.

12. Le Code libanais porte déjà la trace de cette distinction des sources et du régime, mais de manière moins nette (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 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* »).

premier rang des sources¹³. Suivent la responsabilité extracontractuelle et les autres sources d'obligations qui ne recouvrent en réalité que les quasi-contrats. Le contrat demeure donc la figure centrale et non l'acte juridique¹⁴. L'article 1100-1 alinéa 1 du Code civil précise simplement que les actes juridiques peuvent être conventionnels ou unilatéraux. L'ordonnance maintient donc la tradition française qui n'est d'ailleurs pas contraire aux instruments européens d'uniformisation qui reposent aussi, à titre principal, sur le contrat¹⁵.

La forme du nouveau droit commun des contrats, c'est aussi le style du Code civil réformé¹⁶. La « lisibilité » et « l'accessibilité » du droit sont à l'origine de la réécriture de nombreux articles. Des tournures de style un peu anciennes sont remplacées par des énoncés plus modernes, sans que la règle de fond ne soit modifiée¹⁷. Des mots jugés compliqués disparaissent, par exemple, l'acte sous seing privé au profit de l'acte sous signature privée. Évidemment, cela n'empêche 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 standards¹⁸ : le raisonnable¹⁹,

13. V. notamment sur la place dans le Code et le plan adopté : F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, p. 82 et s ; S. PELLE, « Une rénovation formelle du Code civil », in *Quel nouveau pour le droit des contrats*, p. 43.
14. C. BRENNER, « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G.* 2016, n° 18, 524.
15. Cl. WITZ, « Contrat ou acte juridique », in *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 57.
16. Sur le choix des mots, V. : T. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2016, p. 625. V. aussi, S. CHASSAGNARD-PINET, « Le vocabulaire », in *Le nouveau discours contractuel*, Colloque du 10 juin 2016, Université de Lille, *RDC* 2016, p. 581.
17. Par ex. l'ancien art. 1123 C. civ. - « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » - est remplacé par le nouvel art. 1145 - « toute personne physique peut contracter, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ».
18. N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », in *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Colloque du 15 avril 2016, co-organisé par la Cour de cassation et l'Université Paris-13-Sorbonne Paris Cité, *RDC* 2016, p. 394 et B. STURLESE, « Le juge et les standards juridiques », *ibid.*, p. 398.
19. 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).

le légitime²⁰, l'excessif²¹, le significatif²² ou la disproportion manifeste²³. Ces notions souples confèrent au juge le pouvoir de fixer le contenu précis de la règle. C'est un des paradoxes de la réforme qui confie ainsi au juge le soin de livrer la signification de concepts majeurs du nouveau droit des contrats alors que l'un de ses objectifs est de figer la jurisprudence dans la loi. La sécurité recherchée n'est pas garantie²⁴.

Par leurs énoncés assez courts, les nouveaux textes sont en tout cas plus proches de ceux du Code civil de 1804 que de ceux des projets européens d'harmonisation avec leurs longs articles à l'écriture technocratique, morcelés par des alinéas multiples dans l'énoncé du présupposé ou des conséquences de la règle. Le style assez sobre de l'ordonnance la rend relativement compréhensible, même si ce n'est pas forcément par une personne sans formation juridique comme le Gouvernement le souhaite.

5. La portée de la réforme est d'inégale importance selon les matières. En ce qui concerne la preuve²⁵ et les quasi-contrats, l'ordonnance, pour l'essentiel, reprend le droit antérieur. C'est moins vrai pour le régime général de l'obligation. Il existe en effet quelques innovations importantes telles, la suppression de la rétroactivité de la réalisation de la condition suspensive, la consécration de la cession de dette ou l'allègement des formalités d'opposabilité de la cession de créance²⁶.

20. 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).
21. 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).
22. Qui caractérise le déséquilibre nécessaire à la qualification de clause abusive (art. 1171).
23. Qui permet d'exclure l'exécution forcée en nature.
24. V. sur le rôle du juge, L. AYNES, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* (dir. L. AYNES et A. BÉNABENT), Colloque Paris 16 février 2016, *RDC*, avril 2016, Hors-série, p. 14.
25. Sur la preuve, la réforme est généralement jugée décevante, V. : G. LARDEUX, « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du Code civil intitulé "de la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850 ; E. VERGES, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G.* 2016, n° 17, 486.
26. *Le nouveau régime général des obligations* (dir V. FORTI et L. ANDREU), *Colloque des 26 et 27 mai 2016, Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2016.

C'est le droit des contrats qui est le plus transformé par la réforme. Il faut néanmoins nuancer le propos. Sur le fond, les textes ne comportent qu'un nombre limité d'innovations²⁷. Un décompte approximatif prouve que sur les 151 articles qui constituent le nouveau droit commun des contrats (art. 1101 à 1245-17), plus de la moitié (77 environ) codifient des solutions jurisprudentielles. Une cinquantaine d'autres reprennent en les réécrivant plus ou moins des dispositions du Code de 1804. Il ne reste donc que fort peu de place pour les nouveautés. Moins d'une vingtaine de dispositions énoncent des règles originales et cinq articles seulement combattent la jurisprudence. C'est le cas s'agissant de la sanction de la révocation de la promesse unilatérale de contrat par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter (art.1124, al. 2), de la caducité de l'offre par le décès de l'offrant (art. 1117, al. 2) et de l'effet de la mauvaise foi de celui qui publie en premier son titre d'acquisition au fichier immobilier (art. 1198, al. 2). L'article 1195 qui instaure la révision du contrat pour imprévision contredit la célèbre jurisprudence *Canal de Craponne*. Et l'article 1161 abandonne la validité de principe du contrat conclu avec soi-même.

Le nouveau droit français des contrats ressemble donc fort à l'ancien : pas à celui énoncé par le Code de 1804, mais à celui que la jurisprudence a construit sur lui.

Cependant même en nombre limité, il y a des innovations importantes, parfois même de véritables ruptures, plutôt empruntées au projet « *Terré* » qui s'est lui-même inspiré des projets européens d'harmonisation.

6. Cette présentation générale faite, c'est le sous-titre 1 du titre III du livre III du Code civil consacré au contrat qui fera l'objet de cette étude. Il est divisé en quatre chapitres : d'abord des dispositions liminaires, ensuite la formation du contrat, puis son interprétation et enfin ses effets. La présentation du droit commun du contrat est donc chronologique : de la négociation du contrat aux conséquences de son inexécution. Selon le Gouvernement, « *ce plan chronologique répond à l'objectif d'amélioration de l'intelligibilité des textes* ». Sur ce point l'objectif est globalement atteint.

7. Les dispositions liminaires commencent par une définition rénovée du contrat (art. 1101). Ce qui caractérise le contrat demeure « *l'accord de volonté* ». La définition du contrat est plus explicite donc plus satisfaisante que celle contenue dans l'ancien article 1101.

27. *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* (dir. L. AYNES et A. BÉNABENT), Colloque Paris 16 février 2016, *RDC*, avril 2016, Hors-série.

Mais le contrat désigne désormais, non seulement l'accord de volontés créateur d'obligations, mais aussi les accords ayant pour objet de modifier, de transmettre ou d'éteindre une obligation²⁸. Ainsi la cession de créance (art. 1321), la remise de dette (art. 1350) et encore la novation (art. 1329) ne sont plus des conventions mais des contrats. Le lien entre le contrat et l'obligation demeure mais il absorbe tous les accords de volonté ayant pour objet une obligation et pas seulement la création d'obligation. Demeure-t-il une place pour la convention ? Oui selon le rapport : la convention se définissant désormais comme l'accord de volonté créant des effets de droit n'ayant pas pour objet une obligation : par exemple la convention créant un droit réel, tel une servitude ou une hypothèque. Cette nouvelle définition ne devrait cependant pas entraîner de grand changement. L'article 1100-1 alinéa 2 reprend en effet l'ancienne règle prétorienne en disposant que tous les actes juridiques - conventionnels ou unilatéraux - obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

Plus notable est la disparition de la référence aux obligations de donner, de faire et de ne pas faire (art. 1108, ancien). Le rapport au Président indique que cette classification était discutée et descriptive pour justifier sa suppression. Elle ressurgit néanmoins implicitement dans quelques textes, par exemple le régime de l'exécution forcée du contrat par remplacement est différent selon que l'obligation violée a pour objet une prestation ou une abstention²⁹. Il est loin d'être certain que la disparition de cette classification dans les textes soit suivie d'effet dans le droit positif.

L'ordonnance ne consacre pas non plus la distinction des obligations de moyens et de résultat. Cela ne veut pas pour autant dire qu'elle sera abandonnée par la jurisprudence³⁰.

8. On trouve aussi dans ces dispositions liminaires, l'énoncé de trois principes fondamentaux qui irriguent la formation et les effets du contrat : liberté contractuelle, force obligatoire et bonne foi³¹.

28. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Une nouvelle conception du contrat ? », in *Quels renouveau pour le droit des contrats*, p. 29 et s.

29. V. *infra*, n° 120.

30. Prédissant le maintien jurisprudentiel de la distinction : P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP G.* 2016, n° 36, 909.

31. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, spéc. « Dispositions liminaires », affirmation de principes généraux du droit des contrats, p. 101 et s.

L'article 1102 formule expressément celui de la liberté contractuelle qui avait déjà valeur constitutionnelle³². Reprenant une présentation doctrinale devenue classique, la liberté contractuelle est déclinée en liberté de contracter ou de ne pas contracter, liberté de choisir son contractant et liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat. L'alinéa 2 énonce la limite de cette liberté : « *les règles qui intéressent l'ordre public* ». Les bonnes mœurs ont disparu car jugées désuètes. Mais, l'article 6 du Code civil n'a pas été abrogé. Que faut-il entendre par règles qui intéressent l'ordre public : n'y aurait-il que les règles légales qui intéressent l'ordre public qui pourraient donc limiter la liberté contractuelle ? Rien n'est moins sûr. Le texte, contrairement à l'article 6, fait référence aux règles et non aux lois qui intéressent l'ordre public. Il peut donc être interprété comme portant reconnaissance d'un ordre public qui dépasse la loi au sens formel du terme et notamment celle d'un « *ordre virtuel* » d'origine judiciaire, qui pourrait contenir les bonnes mœurs de l'article 6.

L'article 1103 reprend presque mot pour mot le principe de la force obligatoire du contrat de l'ancien article 1134. Presque mot pour mot parce que le terme de convention est remplacé par celui de contrat. C'est la conséquence logique de la nouvelle définition du contrat et du renvoi pour les autres actes juridiques aux règles du contrat. La principale réforme est donc le déplacement du texte qui passe des effets de l'obligation aux principes liminaires irriguant tout le contrat. Il était cependant important symboliquement de mettre ce principe sur le même plan que la liberté contractuelle. Ce transfert entraîne un éclatement de l'ancien article 1134 puisque ne figure que le principe de l'alinéa 1. L'alinéa 2 se retrouve dans les effets du contrat. Quant à l'alinéa 3, il est repris dans le troisième principe énoncé dans les dispositions liminaires.

L'article 1104 consacre en effet le principe de la bonne foi contractuelle contenu autrefois à l'alinéa 3 de l'article 1134. Mais il étend notablement son domaine. Désormais « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». C'est en réalité une consécration des règles dégagées par la jurisprudence. Son alinéa 2 précise qu'il est d'ordre public. Mais la bonne foi n'y est pas définie.

Le Gouvernement ne veut cependant pas faire de ces trois principes « *des principes directeurs d'un niveau supérieur aux règles qui suivent ... mais des principes facilitant l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat et*

32. Cons. const., décision n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, *JORF*, 16 juin 2013, p. 9976 ; *RTD civ.* 2013, p. 832, obs. H. Barbier.

au besoin en combler les lacunes » (rapport au Président de la République). C'est surtout la bonne foi qui est visée par cet avertissement au juge car ce n'est ni la liberté contractuelle ni la force obligatoire qui peuvent permettre un interventionnisme judiciaire accru. Il est interdit de déroger à ses applications légales mais il serait inopportun que le pouvoir judiciaire multiplie ses applications, entravant ainsi la liberté contractuelle³³. Le juge ne saurait s'emparer de la bonne foi pour refaire le contrat ou pour méconnaître la loi. Ainsi, pour la bonne foi dans l'exécution, devrait perdurer la jurisprudence *Les Maréchaux* qui juge qu'elle permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais qu'elle qui ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties³⁴. Et dans la formation du contrat, la bonne foi ne devrait pas permettre d'imposer une obligation d'information au-delà des prévisions de l'article 1112-1.

9. Enfin les dispositions liminaires reprennent, en les réécrivant, les classifications des contrats déjà contenues dans le droit ancien en y ajoutant cependant celles plus modernes des contrats de gré à gré et d'adhésion (art. 1110) et des contrats-cadre et d'application (art. 1111). Un article qui, curieusement, n'a pas d'équivalent dans l'ancien droit des contrats est aussi consacré à la classification des contrats consensuels, solennels et réels (art. 1109) et un autre aux contrats instantanés et à exécution successive (art. 1111-1). Les classifications modernes, qui font l'objet de dispositions spéciales dans les chapitres suivants, seront abordées ultérieurement.

10. Les trois chapitres suivants sont d'inégale importance. Le deuxième a pour objet la formation du contrat et le quatrième, ses effets. Entre les deux se niche un chapitre de cinq articles consacré à l'interprétation. Sur cette question, le Code civil subit un net amaigrissement, ne contenant plus que cinq articles au lieu de neuf. La plupart des conseils d'interprétation adressés au juge - le petit « *guide-âne* » du Doyen Carbonnier - ont été abandonnés au motif que leur « *utilité n'est pas avérée*³⁵ ».

33. En ce sens, O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, p. 41-42.

34. Cass. com., 10 juill. 2007, *Deffrénois* 2007, art. 38667, n° 61, obs. E. Savaux.

35. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », in *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, p. 384 et J.-R. DE LA TOUR, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *ibid.*, p. 392.

L'interprétation objective connaît cependant une certaine promotion puisqu'après avoir rappelé que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties* », l'article 1188 indique immédiatement que « *lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ». C'est l'une des nombreuses applications du raisonnable dans le nouveau droit français des contrats.

L'ordonnance porte aussi la trace de la consécration de la notion de contrat d'adhésion dans le Code civil. Selon l'article 1190, « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

11. L'objet de ce séminaire sera consacré à titre principal à l'étude des chapitres 2 et 4, c'est-à-dire d'abord la formation du contrat (section 1) puis ses effets (section 2). Mais auparavant, dans une section préliminaire, deux principes de mise en œuvre de la réforme doivent être analysés car ils rejaillissent sur tout le droit nouveau et leurs enjeux sont cruciaux. Il s'agit de l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, et l'articulation du droit commun du contrat et du droit spécial des contrats (section préliminaire).

SECTION PRÉLIMINAIRE. PRINCIPES DE MISE EN OEUVRE DE LA RÉFORME

Voyons successivement l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 (paragraphe 1) puis l'articulation du droit commun du contrat et du droit spécial des contrats (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. L'APPLICATION DANS LE TEMPS DES DISPOSITIONS NOUVELLES

12. L'ordonnance du 10 février 2016 a fait l'objet d'un projet de loi de ratification (n° 3928), enregistré à l'Assemblée nationale le 6 juillet dans le délai de 6 mois imparti par la loi d'habilitation (art. 27-II-2°, L. 16 février 2015)³⁶. Dès lors, qu'elle soit ou non ratifiée ultérieurement par le Parlement, l'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Simplement, tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée, elle ne devient pas une loi mais conserve pratiquement la valeur de règlement. Elle n'est pas susceptible d'un contrôle de constitutionnalité, comme la loi, mais d'un contrôle de légalité comme le règlement. Elle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir destiné à vérifier sa conformité à la loi d'habilitation et aux principes généraux du droit.

Rien n'interdira non plus au Parlement, si le projet de loi de ratification vient à l'ordre du jour des Assemblées, de modifier certaines dispositions de l'ordonnance. Cela compliquerait d'autant l'application dans le temps du nouveau droit des contrats puisqu'il y aurait, non pas deux, mais trois régimes se succédant dans le temps. Ce n'est guère souhaitable, même si l'on peut regretter que la Représentation nationale n'ait pas été saisie dès l'origine de la réforme.

13. L'article 9, alinéas 2 et 3 de l'ordonnance contient des dispositions transitoires qui se déclinent en quatre règles classiques mais plus ou moins délicates à mettre en œuvre³⁷.

36. Le projet comporte un article unique : « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée* ».

37. V. notamment, D. MAINGUY, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », *D.* 2016, p. 1762 ; G. CHANTEPIE, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *Af contrats* 2016, p. 412 ; S. GAUDEMET, « Dits et non-dit sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 fév. 2016 », *JCP G.* 2016, n° 19, 559 ; M. LATINA, « Physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats en pratique* (dir. M. LATINA), *Colloque du 23 septembre 2016, Université de Nice*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017, p. 1, spéc. n° 25 et s. ; V. aussi F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, p. 189 et s.

Première règle. Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance restent soumis aux dispositions antérieures du Code civil, y compris pour leurs effets ultérieurs, conformément au principe de survie de la loi ancienne applicable en matière contractuelle.

Deuxième règle. non formellement énoncée par l'ordonnance mais se déduisant de la première. Le droit nouveau ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter de son entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2016, tant pour ce qui concerne leur formation que leurs effets.

Troisième règle. Par exception expresse, trois articles s'appliquent immédiatement aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 : l'article 1123, alinéas 3 et 4, relatifs au pacte de préférence ; l'article 1158 relatif à la représentation et l'article 1183 relatif à la nullité. Les trois textes créent ce que l'on nomme des « *actions interrogatoires* », ou mieux des « *interpellations interrogatoires* » : celle adressée par la personne qui soupçonne l'existence d'un pacte de préférence à son bénéficiaire supposé pour savoir s'il veut exercer son droit, celle accordée au contractant pour vérifier l'étendue des pouvoirs du mandataire, ou celle reconnue au co-contractant de la partie titulaire du droit d'agir en nullité relative pour lui enjoindre d'agir dans un délai de 6 mois à peine de forclusion.

Quatrième règle. Les instances introduites avant le 1^{er} octobre 2016 demeurent soumises au droit ancien. La loi ancienne s'applique également en appel et en cassation.

C'est essentiellement la mise en œuvre des deux premières règles qui peuvent poser des difficultés d'application.

14. Il faut d'abord déterminer si la formule « *contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi* », englobe les contrats conclus avant mais renouvelés ou reconduits après. La réponse à la question est essentielle pour les contrats à exécution successive. Par application des articles 1214 et 1215 nouveaux, la soumission du contrat aux nouvelles dispositions à compter de son renouvellement ou de sa reconduction tacite semble s'imposer. Le premier texte précise en effet que « *le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat [...]* » et le second que la tacite reconduction « *[...] produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ».

15. La seconde difficulté est plus délicate à trancher. La Cour de cassation va-t-elle, comme elle a pu déjà le faire dans d'autres cas³⁸, écarter exceptionnellement le principe de survie de la loi ancienne énoncé par l'article 9 de l'ordonnance, pour appliquer immédiatement certaines dispositions nouvelles aux contrats conclus, renouvelés ou tacitement reconduits avant son entrée en vigueur ? La jurisprudence écarte en effet le principe de la survie de la loi ancienne dans deux hypothèses : lorsque la disposition nouvelle est d'ordre public particulièrement impérative ou lorsqu'elle a pour objet les effets légaux du contrat.

La première exception à la survie de la loi ancienne - l'ordre public impératif - ne devrait pas souvent se rencontrer. En effet, il faut d'abord que la disposition en cause soit d'ordre public. Or, le rapport précise que le caractère supplétif des dispositions de l'ordonnance « *s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103 [liberté contractuelle et force obligatoire]* » et il affirme que « *la subsistance dans certains articles de la mention "sauf clause contraire" n'autorise [...] aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes* ». Mais, dès lors que l'ordonnance ne consacre pas expressément un principe général de supplétivité de ses dispositions, la détermination du caractère impératif ou non est laissée au pouvoir judiciaire qui pourra finalement décider qu'un article relève de l'ordre public virtuel³⁹. Mais encore faut-il que cet ordre public soit aussi qualifié par le juge de particulièrement impératif pour que la question de son application immédiate aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme se pose.

La deuxième hypothèse d'application immédiate de loi nouvelle aux contrats conclus antérieurement est celle où la disposition nouvelle concerne un effet légal du contrat. Il faut donc déterminer si l'ordonnance en contient. On peut notamment s'interroger sur la nature d'effet légal du contrat de l'effet translatif de propriété (C. civ., art. 1196) et, dans une moindre mesure, de la révision pour imprévision (C. civ., art. 1195) et des sanctions de l'inexécution (C. civ., art. 1219 et s.).

38. V. notamment, Cass. civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24552, *Bull. civ.* III, à paraître ; *Dr. et proc.* 2017, p. 8, n° 16 et s., obs. E. Savaux. (Application immédiate de l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi ALUR du 24 mars 2014 en dépit du principe de survie de la loi ancienne posé par l'art. 14 de cette loi).

39. Sur les nombreuses dispositions de l'ordonnance qui peuvent se ranger dans l'ordre public virtuel, V. : C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, Libres propos », *JCP G.* 2016, n° 16, 454.

16. Une dernière remarque. Le principe de survie de la loi ancienne pour les contrats antérieurs au 1^{er} octobre, n'interdit pas à la jurisprudence de revirer et il est plausible que la Cour de cassation, lorsqu'elle le jugera opportun, interprète le droit ancien, surtout lorsqu'il s'agit de règles prétoriennes, à la lumière de l'ordonnance : par exemple en matière de rencontre des volontés, de cession de contrat ...

PARAGRAPHE 2. L'ARTICULATION DU DROIT COMMUN DU CONTRAT ET DU DROIT SPÉCIAL

17. Les alinéas 1 et 2 du nouvel article 1105 reprennent le contenu de l'ancien article 1107 en évoquant les règles générales du contrat et les règles particulières des contrats. Alinéa 1^{er} : « *les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent sous-titre* », c'est-à-dire le sous-titre I du titre III du livre III du Code civil. C'est le droit commun du contrat. Alinéa 2 : « *les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux* ». C'est le droit spécial des contrats, constitué par les règles propres à chaque contrat nommé (la vente, le louage, le prêt, le dépôt...).

Coexistent donc deux corps de règles qui sont *a priori* complémentaires et qui s'appliquent concurremment tant qu'elles sont compatibles. C'est alors l'objet du dernier alinéa de l'article 1105, qui, conformément aux attentes des praticiens, comble le silence du droit ancien en posant le principe permettant d'articuler les deux corps de règles lorsqu'ils sont inconciliables : « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». L'adage *lex speciala derogat generali* est ainsi consacré s'agissant du droit des contrats⁴⁰.

18. Le texte n'est cependant pas suffisamment précis car il pourrait laisser croire que dès qu'il existe une règle spéciale, la règle générale est forcément écartée. Il suffirait donc qu'il y ait une concurrence directe entre une norme générale et une norme spéciale, pour que seule la seconde s'applique. C'est la conception souple défendue par une partie de la doctrine pour écarter le droit commun ; conception dite de la « *subsidiarité du droit commun* ». Un exemple dans notre jurisprudence est celui de l'exclusion de l'action en nullité pour erreur lorsque les conditions de la garantie des vices cachés sont réunies⁴¹.

40. Sur l'articulation du droit commun des contrats avec les droits spéciaux, V. : F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, p. 214.

41. V. par ex. : Cass. civ. 3^e, 17 nov. 2004, *Bull. civ.* III, n° 206 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1996, *Bull. civ.* I, n° 213 ; D. 1997, somm., p. 345, obs. O. Tournafond.

Les deux actions partagent le même objet, donc seule la règle spéciale est applicable.

Or, dans la conception stricte, il faut qu'il y ait un conflit de normes ; c'est à dire un antagonisme, une contradiction entre la règle spéciale et la règle générale. Cette condition est le prolongement logique du principe de complémentarité entre les deux corps de règles énoncé dans les deux premiers alinéas de l'article 1105. À défaut de conflit de normes, une option ou un cumul peuvent selon les cas être ouverts. Reprenant l'exemple du vice caché à l'origine d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose acquise : l'acquéreur aurait le choix entre la nullité pour erreur et l'action rédhibitoire pour vices cachés. Les deux actions sont complémentaires.

Le rapport au Président va plutôt dans le sens d'une conception stricte : *« Les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels le Code de commerce ou le Code de la consommation ».*

On peut néanmoins regretter que l'article 1105 ne fournisse pas un critère plus précis car le juge va ainsi, comme par le passé, conserver une large marge d'appréciation. L'application du principe va donc continuer à entraîner d'importantes difficultés pour l'ensemble des contrats nommés.

SECTION 1. LA FORMATION DU CONTRAT

19. Globalement, le juriste français reconnaît aisément son droit de la formation du contrat tel qu'il résultait de l'interprétation par les tribunaux des dispositions anciennes. Mais il y a quand même des ajouts et des disparitions, les disparitions expliquant parfois les ajouts. Même les consolidations sont rarement à droit totalement constant.

20. Néanmoins, la section 3 relative à la forme est pour ainsi dire à droit constant. Elle débute par des dispositions générales contenues dans les articles 1172 et 1173. L'article 1172 n'a pas d'équivalent dans l'ancien droit des contrats. Mais il ne fait que codifier des principes bien établis. Il pose à l'alinéa 1 le principe du consensualisme. Puis, il aborde ensuite les deux exceptions à ce principe : le contrat solennel et le contrat réel. Ce texte fait écho à l'article 1109 qui définit ces trois types de contrats. Symboliquement ce texte est important, puisqu'il consacre le principe du consensualisme. Les contrats réels, qui ne sont plus qu'au nombre de trois - le prêt, le dépôt et le don manuel⁴² - sont donc préservés par le législateur malgré les critiques d'une partie de la doctrine contemporaine⁴³.

L'article 1173 est simplement à vertu pédagogique. Il rappelle que les formes exigées en matière de preuve ou d'opposabilité n'ont pas d'effet sur la validité. Il s'agit d'un texte *a priori* superflu puisqu'il ne remplit pas son objet qui est de formuler une prescription. Mais cela répond à l'objectif moderne d'intelligibilité de la loi au risque d'énoncer des platitudes⁴⁴.

La deuxième sous-section est consacrée aux dispositions propres aux contrats conclus électroniquement. C'est une codification à droit constant. Les anciens articles 1108-1, 1108-2, 1369-10 et 1369-11 du Code civil y sont regroupés et renumérotés. Il s'agit d'une adaptation des exigences de forme aux contraintes techniques du procédé employé en préservant le principe de neutralité de la forme électronique.

42. Le gage n'est plus un contrat réel depuis la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 (C. civ., art. 2336).

43. V. spéc., V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, n° 133 et s.

44. Sur les textes superflus, V. : E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Silences et surcroûts dans les projets français et espagnols de réforme du droit des obligations », in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne* (dir. H. BOUCARD, E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ), *Colloque 8-9 octobre 2015, Université de Poitiers*, Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 295, n° 6 et s.

21. La section 1 sur la conclusion du contrat est largement à droit constant mais elle contient aussi des ajouts et même une rupture avec la jurisprudence ancienne.

C'est la section 2 relative à la validité du contrat qui, en remplaçant la cause et l'objet, par le contenu certain et licite du contrat, comme condition de validité, transforme le plus le droit de la formation.

La section 4 qui a pour objet les sanctions consolide la jurisprudence en consacrant la théorie moderne des nullités et en accueillant la caducité.

En schématisant un peu, il y donc une rénovation de la conclusion du contrat (paragraphe 1), une transformation de la validité du contrat (paragraphe 2) et une consolidation des sanctions (paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1. RÉNOVATION DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

22. 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 articles 1112 à 1127-6 du Code civil, soit vingt-quatre articles alors que le Code civil n'en contenait jusqu'ici aucun. Le Code civil est en effet totalement muet quant au processus de conclusion du contrat. Comme le remarque fort justement un auteur, « *les rédacteurs ont saisi l'instantané, le contrat une fois formé, comme s'il jaillissait de la volonté sans hésitation ni tergiversations*⁴⁵ ».

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 près⁴⁶, se contente de reprendre les articles 1369-1 à 1369-9 du Code civil introduits par la loi du 24 juin 2004⁴⁷. La nouveauté est donc dans les trois premières sous-sections.

45. 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, n° 1, p. 7.

46. 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.

47. 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

23. 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 validité.

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. Le Code civil est donc désormais doté d'une législation détaillée sur la rencontre des consentements, à l'image des principes du droit européen des contrats⁴⁸, du projet de cadre commun de référence⁴⁹, des principes Unidroit⁵⁰, des Codes de certains de nos voisins européens et du Code des obligations et des contrats libanais (art. 179 à 185). 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.

24. Nous suivrons l'ordre des textes en présentant successivement : les négociations (A), l'offre et l'acceptation (B) et le pacte de préférence et la promesse unilatérale (C).

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).

48. Art. 2 : 201 à 2 :208 et 2 : 211.

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

50. Art. 2.1.1 à 2.1.14.

A. LES NÉGOCIATIONS

25. L'ordonnance pose les règles qui gouvernent les négociations : liberté et bonne foi (1), complétées par un devoir d'information (2).

1. LIBERTÉ ET BONNE FOI DANS LES NÉGOCIATIONS

26. 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*⁵¹ ». 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*⁵² ». Il s'agit sans doute de précisions superflues.

27. L'alinéa 2 de l'article 1112 impose plus généralement la réparation du préjudice subi par l'autre partie, « *en cas de faute commise dans les négociations*⁵³ ». 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.

51. V. notamment : I. BEYNEIX, « La négociation des contrats », *RTD com.* 2016, p. 1 ; L. DEFOSSEZ, « La bonne foi au cœur de la négociation », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2016, p. 327 ; P. GROSSER, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution* 2016, p. 270 ; S. PELLET, « Négociation et avant-contrat », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, p. 25, spéc. p. 27 et s. ; S. TISSEYRE, « Négociation, promesse et pacte de préférence », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 53.

52. Art. 24 al. 2. V. aussi art. 2 : 301 PEDC.

53. L'article 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 pourparlers⁵⁴ sous réserve qu'elle ne soit ni déloyale⁵⁵ ni fautive⁵⁶ ou abusive⁵⁷.

28. 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 Catala⁵⁸ et Terré⁵⁹, ne dit mot des accords de négociation⁶⁰ qui relèvent de la liberté contractuelle. Le rapport au Président de la République suppose cependant qu'ils sont soumis aux dispositions régissant le contrat.

-
54. La Cour de cassation affirme même parfois qu'il existe un droit de rupture unilatérale des pourparlers : Cass. 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. Cass. 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. B. Fages.
55. V. pour un exemple de déloyauté : Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20361, inédit.
56. Les tribunaux relèvent parfois la légèreté constitutive d'une faute de celui qui rompt les pourparlers et qui doit en réparer les conséquences : Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19456, inédit.
57. V. par ex : Cass. com., 18 janv. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 345, obs. J. 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) ; Cass. com., 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *D.* 2004, p. 869, note Dallemagne ; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; *JCP E.* 2004, 738, note Ph. Stoffel-Munck ; *JCP G.* 2004, I, 163, n° 18 et s., note G. Viney ; V. également Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, *Bull. civ.* I, n° 7 ; *JCP G.* 1998, II, 10066, note B. Fages ; *Defrénois* 1998, art. 36815, n° 70, obs. D. Mazeaud.
58. 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]* ».
59. Art. 27 : « *Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent titre [des contrats]* ».
60. 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.

29. 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 *Manoukian*⁶¹ 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 avantages⁶² que permettait d'espérer la conclusion du contrat, y compris la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat⁶³. L'objectif est d'éviter une dérive de l'indemnisation en cas de faute dans les négociations qui inquiète les entreprises.

61. Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164 ; *D.* 2006, p. 2639, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 770, obs. P. Jourdain ; *Defrénois* 2006, art. 38498, n° 71, obs. R. Libchaber ; *JCP G.* 2006, II, 10130, obs. O. Deshayes ; *RDC* 2006, p. 1069, obs. D. Mazeaud.

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

62. 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.

63. 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 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* ».

30. La sous-section relative aux négociations contient un dernier article sur le devoir de confidentialité⁶⁴. « *Celui qui utilise ou divulgue⁶⁵ 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, elle 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 confidentialité⁶⁶.

2. DEVOIR D'INFORMATION

31. L'ordonnance introduit dans le Code civil un devoir général d'information d'ordre public⁶⁷ 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 jurisprudence⁶⁸. Mais la généralisation a inquiété les milieux professionnels, ce qui explique des ajustements de dernière minute.

64. M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution* 2016, p. 275.

65. 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.

66. Le projet d'ordonnance ne visait que la responsabilité extracontractuelle.

67. V. notamment : M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G.* 2016, n° 25, 706.

68. L. ABADIE, « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 75 ; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, p. 153 et s.

Le débiteur est celui qui connaît l'information. L'ordonnance, contrairement au projet, ne vise plus celui qui devait la connaître⁶⁹, 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 fourni⁷⁰.

32. L'article 1112-1 alinéa 2 pose une deuxième condition qui n'était pas contenue 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 prestation⁷¹ ». Cette limite a été expressément introduite dans l'ordonnance « afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises ». Elle conforte la solution jurisprudentielle selon laquelle une partie, même professionnelle, n'a pas à informer l'autre sur la valeur de la chose objet du contrat⁷² que certains jugeaient menacée.

69. 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 (éd. LGDJ, 3^e éd., 1993, n° 665).

70. 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° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;

3° 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° 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 ».

71. V. rapport au Président de la République.

72. Cass. civ. 3^e, 17 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1051, note D. Mazeaud et p. 1054, note Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2007, p. 335, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G.* 2007, II, 10042, note Ch. Jamin ; *Defrénois* 2007, art. 38562, n° 28, obs. E. Savaux. V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000 (arrêt Baldus), *JCP G.* 2000, I, 272, obs. G. Loiseau ; *Defrénois* 2000, art. 37237,

33. Enfin dernière condition (al. 3) : le créancier doit avoir légitimement ignoré l'information ou avoir fait confiance au débiteur. L'information n'est donc due qu'à celui qui avait le droit de ne pas savoir. C'est le cœur de l'obligation d'information qui relèvera de l'appréciation du juge.

34. Le texte consacre à l'alinéa 4 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 fournie⁷³.

35. Enfin, 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, la nullité devrait toujours être possible. Mais la disposition permet implicitement à la partie créancière de l'obligation d'information violée de préférer mettre en œuvre la responsabilité de son débiteur.

En outre, 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 donc pas annulable : 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.).

n° 64, obs. D. Mazeaud et Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. J. Mestre et B. Fages.

73. 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).

B. L'OFFRE ET L'ACCEPTATION

36. 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).

Le dernier précise 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 délai.

L'insertion de ce dernier 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 renoncer⁷⁴. 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 un texte qui ne sert à rien car il ne comporte aucune prescription qui ne résulte pas d'une autre disposition spéciale.

Les autres dispositions consacrent des solutions jurisprudentielles acquises (1) ou, au contraire, règlent des questions sans réponse jurisprudentielle certaine (2), répondant ainsi à l'objectif de sécurité juridique poursuivie par le texte.

I. CONSÉCRATION DE SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES ACQUISES

37. 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

74. N. MOLFESSIS, « La formation du contrat », n° 14.

envisagé⁷⁵ et exprimer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation⁷⁶. 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.

38. 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* ».

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 cassation⁷⁷ en neutralisant les clauses des conditions générales inconciliables⁷⁸.

75. 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, Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22296, *Bull. civ.* IV, n° 100 ; *RTD civ.* 2013, p. 594, obs. H. Barbier. Considérant qu'une garantie de passif peut être un élément essentiel de la reprise d'une entreprise, Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-16563, inédit, *RTD civ.*, *ibid.*

76. 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 », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, p. 40.

77. Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-24847, inédit, *RDC* 2013, p. 528, obs. Y.-M. Laithier.

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

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* ».

39. 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 intention⁷⁹ 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 les un des offres expresses de vente et de transport, pour les autres, des offres tacites.

L'acceptation tacite, ou désormais, le comportement manifestant une acceptation le plus fréquent, 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 la jurisprudence 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* ». Les circonstances particulières englobent sans doute le cas controversé du silence valant acceptation lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire. Mais cette disposition déborde ce cas et tient compte de solutions plus récentes dans lesquelles la Cour de cassation retient des circonstances particulières

79. V. notamment, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey Université, 2014, vol. 1, 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.

autres, pour admettre que le silence vaut acceptation⁸⁰. Désormais, l'usage et les relations d'affaires ne sont plus que des hypothèses parmi d'autres de ces circonstances particulières⁸¹.

40. 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.

2. RÈGLEMENT DE QUESTIONS SANS RÉPONSE JURISPRUDENTIELLE CERTAINE

41. 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 lu⁸².

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

42. 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.

80. Cass. civ. 1^{re}, 24 mai 2005, n° 02-15188, *Bull. civ.* I, n° 223; *RDC* 2005, p. 1005, D. Mazeaud.

81. En ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 240.

82. 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)).

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 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 délai⁸³. 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 reçue⁸⁴. Mais, surtout, depuis un arrêt du 20 mai 2009⁸⁵, 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.

43. 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.

Quelques rares décisions ont jugé que la révocation d'une offre avec délai est inefficace et que, par conséquent, le contrat est formé⁸⁶. 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

83. V. par ex : Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1958, *D.* 1959, p. 33.

84. Paris, 5 févr. 1910, préc. ; Cass. com., 22 avr. 1958, préc. ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1959, préc. ; Cass. soc., 22 mars 1972, préc. ; V. cependant Cass. civ. 1^{re}, 21 déc. 1960, *D.* 1961, p. 417, note Ph. Malaurie.

85. Cass. civ. 3^e, 20 mai 2009, *Bull. civ.* III, n° 118 ; *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. B. Fages ; *RDC* 2009, p. 1325, obs. J.-M. 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.

86. Cass. civ. 3^e, 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 79 ; *D.* 2008, p. 2969, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. B. Fages ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. T. Genicon et p. 1239, obs. F. Collart Dutilleul ; *Dr. et Patrim.* 2009, n° 178, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP G.* 2008, I, 119, n° 1, obs. Y.-M. Serinet ; V. égal. M.-L. 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 en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 165.

V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1958, *D.* 1959, p. 336, obs. J. Carbonnier.

personne déterminée et assortie d'un délai, a vécu⁸⁷. 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 destinataires⁸⁸. 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.

44. 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 fluctué⁸⁹. Dans son 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*⁹⁰ ». On pouvait en déduire que l'offre avec délai n'était 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.

45. 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

87. Défendant la conception de l'engagement unilatéral : J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, spéc. p. 123 et s.

88. V. la critique de la solution de J. ANTIPPAS, « Au commencement était le verbe », *D.* 2016, p. 1761.

89. 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 (Cass. civ. 3^e, 9 nov. 1983, *Deffrénois* 1984, art. 33368, n° 78, obs. J.-L. 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 (Cass. civ. 3^e, 10 mai 1989, *Bull. civ.* III, n° 109 ; *D.* 1990, somm., p. 37, obs. E.-N. Martine).

90. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-16529, *D.* 2014, p. 1574, note A. Tadros.

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 internationaux⁹¹.

46. 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.

C. LE PACTE DE PRÉFÉRENCE ET LA PROMESSE UNILATÉRALE

47. 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 obligation de contracter. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale⁹² relèvent des deux dernières espèces.

L'ordonnance les définit (1) avant de prévoir les sanctions de leur violation en cas de conclusion du contrat avec un tiers (2).

I. DÉFINITIONS DU PACTE DE PRÉFÉRENCE ET DE LA PROMESSE UNILATÉRALE

48. 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

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

92. V. notamment : S. PELLET, « Négociation et avant-contrat », p. 25, spéc. p. 31 et s.

très variables⁹³. 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.

49. 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 le prix⁹⁴. La stipulation d'un délai dans le pacte de préférence n'est pas non plus érigée en élément essentiel⁹⁵ ; elle relève de la liberté des parties⁹⁶.

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

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

94. V. notamment, Cass. civ. 3^e, 6 juin 2001, pourvoi n° 98-20673, *Bull. civ.* III, n° 166 ; *JCP* G. 2002, I, 134, obs. F. Labarthe ; *RTD civ.* 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 115, obs. P.-Y. 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, Cass. civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03700, *Bull. civ.* III, n° 9 ; *D.* 2003, p. 1190, note H. Kenfack ; *Defrénois* 2003, p. 852, obs. R. 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...* ».

95. Cass. civ. 3^e, 15 janv. 2003, préc. 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 et H. PLYER, « Les avant-contrats », in *La réforme du droit des contrats, 1^{re} journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Université de Montpellier*, Presse de la Faculté de Droit et de Sciences politique, LGDJ, 2015, 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).

96. Cass. civ. 3^e, 6 juin 2001, préc.

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 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 tiers⁹⁷.

50. 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 bénéficiaire⁹⁸. Selon l'article 1124, « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Ce droit d'option est un droit potestatif par lequel son titulaire a la faculté de créer ou modifier une situation juridique⁹⁹.

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 destinataire. 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.

51. La rétractation du promettant menaçait directement l'efficacité de la promesse unilatérale depuis que, par l'arrêt *Godard* de 1993¹⁰⁰, 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, disait-elle.

97. 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.

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

99. 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.

100. Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174.

L'ordonnance redonne donc sa véritable nature à la promesse unilatérale en disposant que « *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.

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.

2. LA SANCTION EN CAS DE CONCLUSION DU CONTRAT AVEC UN TIERS

52. 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-contracts, est celle de la nullité du contrat conclu avec le tiers¹⁰¹. 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.

53. 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.

101. 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.

54. 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 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 prévaloir¹⁰².

L'ordonnance ne suit donc pas totalement la Cour de cassation. Là où celle-ci ouvrirait 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 condition,

102. Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull. cb. mixte*, 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, 10142, obs. L. Leveneur ; *Dr. et Patrim.* 2006, p. 95, obs. Ph. Stoffel-Munck. Avant cet arrêt, la fraude du tiers n'a longtemps entraîné que la nullité du contrat conclu avec le promettant (Cass. civ. 3^e, 30 avr. 1997, *D.* 1997, p. 475, note D. Mazeaud ; *JCP G.* 1997, II, 22963, obs. B. Thuillier ; *RTD civ.* 1998, p. 98, obs. J. Mestre ; V. aussi Cass. com., 27 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 89, obs. J. Mestre).

d'ailleurs écartée dans le projet Terré, est critiquée par une partie de la doctrine car sa preuve est très difficile à rapporter¹⁰³.

55. La disparition de la seconde condition était compensée dans le projet d'ordonnance par l'octroi au tiers d'une action interrogatoire du bénéficiaire¹⁰⁴. 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* ».

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 censée procurer au tiers. Celui-ci, à défaut de réponse, n'était pas certain que le bénéficiaire était déchu de son droit de demander la substitution dans le contrat conclu ou sa nullité¹⁰⁵.

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

Ainsi en est-il de la question de la durée de l'avant-contrat.

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

104. E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », *JCP G.* 2016, n° 26, 737.

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

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 proposée 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.

57. 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.

58. 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.

PARAGRAPHE 2. LA TRANSFORMATION DE LA VALIDITÉ DU CONTRAT

59. Selon le nouvel article 1128, trois conditions sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain. Reprenons ces trois conditions dans trois sous-paragraphes.

A. LE CONSENTEMENT DES PARTIES

60. Le consentement est la première condition de validité ; selon le nouvel article 1128, « *il est requis des parties* » et pas seulement de celle qui s'oblige comme dans l'ancien article 1108.

L'exposé repose sur la distinction « *doctrinale* » de l'existence du consentement et de sa qualité, le consentement ne doit pas être vicié.

1. L'EXISTENCE DU CONSENTEMENT

61. Le paragraphe relatif à l'existence du consentement ne contient qu'un article : l'article 1129 selon lequel « *conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* ». L'absence de trouble mental est traditionnellement une condition de validité du contrat, indépendamment de toute mesure de protection. Mais jusqu'à la réforme, le principe ne figurait que dans les dispositions générales relatives aux majeurs protégés. Le principe est donc rappelé pour la conclusion du contrat. Le nouvel article 1129 renvoie cependant à l'article 414-1 - c'est un ajout au projet d'ordonnance. L'intérêt est d'assurer une meilleure coordination des textes et leur « *lisibilité* ». Comparons l'article 1129 et l'article 414-1.

Selon ce dernier texte, « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ». L'article 1129 n'est donc qu'un cas particulier visé par l'article 414-1 puisqu'il ne concerne que le consentement au contrat alors que l'article 414-1 concerne tous les actes juridiques.

L'article 414-1 pose aussi une présomption d'absence d'insanité d'esprit puisque c'est à celui qui agit en nullité « *de prouver l'existence du trouble mental* ». Cette présomption de l'article 414-1 ne se retrouve pas expressément dans l'article 1129. Mais, l'article 1129 précise que c'est « *conformément à l'article 414-1* » qu'il faut être sain d'esprit. On peut donc penser que cette présomption s'applique au contrat et que la sanction de l'insanité est la nullité, ce que ne dit pas plus l'article 1129.

Pour prouver l'insanité d'esprit - cette fois l'article 1129 ne le dit pas - il faudra sans aucun doute se référer à l'article 414-2 qui précise quels sont les titulaires de l'action en nullité et qui pose le principe, en matière d'actes à titre onéreux, de la preuve intrinsèque de l'insanité d'esprit lorsque ce sont les héritiers qui agissent. Dans ce cas, comme le remarque certains auteurs, l'article 1129 n'est qu'une redondance avec l'article 414-1.

L'article 1129, au sens strict, ne constitue pas un cas d'inexistence du consentement mais d'un consentement altéré, sanctionné comme il se doit par la nullité relative. Il trouverait donc mieux sa place dans la section consacrée aux vices du consentement.

62. En réalité le droit nouveau n'évoque pas la véritable absence de consentement consacrée par la jurisprudence française, par exemple

l'erreur-obstacle ou l'incompréhension par une partie d'un contrat dans une langue étrangère. C'est regrettable. Il aurait été heureux que l'ordonnance suive l'avant-projet Catala qui prévoyait qu'il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat (art. 1109-1).

Mais de l'article 1101, qui énonce qu'un contrat est un accord de volontés, peut être déduit que sans cet accord, le contrat est inexistant. Un texte spécifique sur l'absence de consentement n'aurait cependant pas été surabondant, ne serait-ce que pour fixer la nature de la sanction qui a été très controversée : inexistence, nullité absolue, ou nullité relative.

2. L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT

63. Le deuxième paragraphe de la sous-section relative au consentement traite des vices du consentement¹⁰⁶. Il modifie l'ordre d'exposition des trois vices en terminant par la violence qui dans l'ancien droit était intercalée entre l'erreur et le dol ; ce qui est plus cohérent, le dol étant à l'origine d'une erreur.

Sur le fond, les règles gouvernant l'intégrité du consentement sont largement une consolidation à droit constant qui reflète l'état du droit positif d'avant la réforme. Les solutions jurisprudentielles adoptées sur le fondement des anciennes dispositions sont traduites dans la loi. Néanmoins, on relève quelques différences quant à la théorie classique des vices du consentement et surtout prend désormais place dans les vices du consentement : l'abus de l'état de dépendance.

64. L'article 1130 qui débute le paragraphe relatif aux vices du consentement, commence par rappeler les trois vices du consentement comme l'ancien article 1109. Mais il va plus loin en posant une condition commune : l'erreur, le dol ou la violence ne vicie le consentement que s'ils ont été déterminants de celui-ci. Et ce caractère déterminant s'apprécie par rapport aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné, autrement il s'agit d'une appréciation *in concreto*.

Cette précision infléchit le régime ancien sur deux points. D'abord, implicitement, l'article 1130 condamne la distinction retenue parfois par les tribunaux, du dol principal et du dol incident. Par définition, le dol incident n'est pas déterminant du consentement. Ensuite, il remplace fort à propos l'ancien article 1112 applicable au vice de violence qui, mal écrit, faisait plutôt référence à l'appréciation *in abstracto* dans son alinéa 1 en se référant à

106. G. LOISEAU, « Les vices du consentement », *Contrats, Conc., Cons.* 2016, Dossier 3.

« une personne raisonnable » et *in concreto* dans son alinéa 2 qui indiquait qu'il fallait avoir égard « à l'âge, au sexe et à la condition des personnes » .

65. Les articles suivants consolident les anciennes dispositions telles qu'interprétées par la jurisprudence.

D'abord l'erreur de droit ou de fait doit porter sur les qualités essentielles de la prestation ou du cocontractant à condition de ne pas être inexcusable (art.1132). Elle peut porter sur la prestation de l'une ou l'autre des parties et l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur (art. 1133). L'erreur sur un simple motif n'est en principe pas une cause de nullité (art. 1135), comme l'erreur sur la valeur (art. 1136). Enfin l'erreur sur les qualités de la personne n'est une cause de nullité que dans les contrats *intuitu personae* (art. 1134).

Ensuite en matière de dol, la réticence dolosive est consacrée (art. 1137). Le dol peut émaner du représentant ou du préposé du cocontractant ou d'un tiers de connivence (art. 1138). L'erreur qu'il provoque est toujours excusable et elle est une cause de nullité même si elle porte sur la valeur ou un motif (art. 1139).

La violence, entendue au sens classique du terme, est régie par les articles 1140 à 1142. L'ensemble est réécrit mais reprend les solutions antérieures, mais sans plus de référence à la crainte révérencielle envers les ascendants.

66. En réalité, la consécration symbolique la plus importante est celle de l'abus de dépendance à l'article 1143¹⁰⁷. Ce n'est pas un quatrième vice du consentement mais une forme moderne de la violence, qui s'inspire de la jurisprudence en matière de violence économique¹⁰⁸. Le domaine du texte est cependant plus large car toutes les hypothèses de dépendance sont visées et pas seulement celle économique.

L'abus de l'état de dépendance est sanctionné si plusieurs conditions sont réunies : 1) Un état de dépendance, 2) un abus de cet état 3) un engagement qui n'aurait pas été souscrit en l'absence de la contrainte et 4) l'obtention par

107. H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », *JCP G.* 2016, n° 15, 421. V. aussi, D. MAZEAUD, « La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats », in *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique* (dir. Y. Picod), *Journées Nationales Capitant, 1^{er} avril 2016, Université de Perpignan*, Dalloz, Collection Thèmes et Commentaires, 2017.

108. Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et p. 1862, note J.-P. Chazal, somm., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2002, art. 37607, n° 65, obs. E. Savaux.

son cocontractant d'un avantage manifestement excessif. Il faudra un peu de temps pour que les tribunaux précisent la portée réelle de ce texte.

L'état de dépendance est beaucoup plus restrictif que l'abus de faiblesse. Il faut une dépendance à celui qui en abuse et pas seulement un état de faiblesse : dépendance affective, économique, celle du salarié notamment. Au sens strict, une personne âgée vulnérable n'est pas dans un état de dépendance vis-à-vis d'un entrepreneur. Reste à savoir si les tribunaux apprécieront largement cette notion pour la tirer vers l'état de faiblesse.

L'abus est nécessaire. Il faut bien sûr que celui qui contracte profite de la situation de dépendance de son cocontractant. En réalité, il sera caractérisé lorsqu'il existe un engagement qui n'aurait pas été souscrit en l'absence de contrainte. La deuxième et la troisième condition se rejoignent donc : l'abus de dépendance sera donc souvent caractérisé par la contrainte imposant au cocontractant de conclure le contrat

Enfin quatrième condition : l'abus doit avoir conféré un avantage excessif à celui qui a abusé de la dépendance de son cocontractant. Un contrat équilibré ne devrait donc pas pouvoir être annulé. Cette dernière condition a été ajoutée à la dernière minute pour objectiver l'appréciation de l'abus. Un contrat équilibré même conclu en état de dépendance ne peut donc être annulé même s'il est parfaitement inutile. La personne âgée qui remplace l'ensemble des portes et fenêtres en bon état par des huisseries neuves mais au prix juste ne peut invoquer ce texte. Elle peut cependant agir en nullité sur le fondement de l'abus de faiblesse sanctionné par l'article L. 122-8 du Code de la consommation ; mais celui-ci suppose que l'infraction ait eu lieu dans le cadre d'un démarchage à domicile.

67. À l'exception de l'état de dépendance, les transformations les plus notables des conditions de validité du contrat sont ailleurs. Essentiellement par ajout, en matière de capacité et de représentation et par rupture lorsque l'on envisage le remplacement de la cause et de l'objet par le contenu du contrat.

B. CAPACITÉ ET REPRÉSENTATION

68. En matière de capacité, l'ordonnance ne reconduit pas exactement les solutions antérieures qui avaient été dégagées par la jurisprudence par interprétation des anciens articles 1305 et 1311 du Code civil¹⁰⁹. En

109. J.-J. LEMOULAND, « Consentement et capacité, le charme discret de l'utilitarisme », *in Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 87. V. aussi, R.-N. SCHÜTZ, « Capacité civile et gestion du patrimoine de l'enfant », *in L'enfant* (dir. M. Boudot), *Université d'été facultatis*

schématisant un peu, selon la jurisprudence classique, les actes d'administration conclus par l'incapable étaient sanctionnés par la rescision pour lésion et les actes de disposition, au moins les plus graves, par la nullité relative.

Dans le droit nouveau, comme par le passé, selon l'article 1148, l'incapable peut passer seul les actes courants autorisés par la loi ou l'usage ; mais le texte ajoute « *pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales* ». Dans le cas contraire, l'article 1149 prévoit que les actes usuels faits par le mineur pourraient être rescindés pour simple lésion et l'article 1150 renvoie pour les majeurs aux différents régimes de protection.

Tous les actes autres que ceux autorisés à l'incapable sont nuls sans plus distinguer selon leur gravité comme le faisait le droit ancien. Le tempérament, c'est que, quelle que soit la gravité de l'acte, le cocontractant de l'incapable peut paralyser l'action en nullité s'il démontre que l'acte était utile à la personne *et* exempt de lésion (art. 1152).

En pratique, la combinaison des articles 1149 et 1152 devrait aboutir, contrairement au droit ancien, à la validité de tous les actes conclus par une personne protégée, y compris ceux que son représentant n'aurait pas pu passer seul¹¹⁰.

69. Les règles de capacité sont suivies d'un paragraphe nouveau consacrant un droit commun de la représentation¹¹¹, absent jusqu'ici du droit français. Il s'agit de règles générales souvent inspirées du mandat, mais distinctes de ce dernier. Elles sont applicables en l'absence de dispositions spécifiques, quelle

juris Pictaviensis, 4 juillet – 8 juillet 2016, Université de Poitiers, Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, 2017, p. 111, spéc. n° 20 et s.

110. Le nouvel article 1151 du Code civil offre au cocontractant un second moyen de paralyser la nullité s'il démontre que l'acte « *a profité* » au mineur. Cette fois ce ne sont plus les conditions de la conclusion du contrat qui sont appréciées mais ses conséquences pour le mineur.

Par ailleurs, pour le cas où la nullité est prononcée, le nouvel article 1352-4, reprenant la règle de l'ancien article 1312, dispose que « *les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* ». À l'avenir, le cocontractant aurait donc le choix entre contrecarrer la nullité ou la laisser jouer et demander que le mineur restitue ce qui a tourné à son profit.

111. Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.* 2016, n° 20-21, 580 ; G. WICKER et N. FERRIER, « La représentation », *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, p. 27 ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation », *D.* 2016, p. 1942.

que soit la source de la représentation : légale, judiciaire ou conventionnelle. Nous irons vite en ne signalant que la nouveauté et les ruptures.

La nouveauté c'est l'« *interpellation* » interrogatoire relative à l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel (art. 1158).

La rupture c'est l'article 1161 qui prévient les conflits d'intérêt. Il rompt avec le droit ancien en interdisant en principe au représentant d'agir pour le compte des deux parties. C'est contraire à la pratique de donner mandat au même professionnel, en matière immobilière, ce qui était admis par la jurisprudence jusqu'à la réforme¹¹². Le texte interdit également de contracter pour son propre compte avec le représenté. La sanction est la nullité. Néanmoins dans ces deux cas de conflit d'intérêt potentiel, le représenté peut autoriser son représentant à représenter l'autre partie ou à conclure pour son compte le contrat. Il peut aussi ratifier le contrat conclu en violation de l'interdiction.

Mais la rupture la plus marquante est sans conteste l'abandon de la cause et de l'objet.

C. UN CONTENU LICITE ET CERTAIN

70. Désormais l'objet et la cause¹¹³ ont disparu comme condition de validité au profit du contenu du contrat, qui doit, selon l'article 1128 3° être licite et certain.

Selon le rapport au Président, l'éradication de la cause a été justifiée par le fait qu'il s'agirait d'une notion confuse, perçue comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité du droit français, comparée aux projets européens d'harmonisation et à de nombreuses autres législations qui l'ignorent. Le Gouvernement néglige délibérément d'évoquer les nombreux autres pays qui la consacrent (l'Espagne, la Roumanie, le Liban...). L'euro-compatibilité et la concurrence des systèmes ont donc eu raison de l'une des notions emblématiques du droit français des contrats.

Cependant dans le rapport au Président de la République, le Gouvernement dit qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter, les règles composant

112. Cass. civ. 1^{re}, 9 avr. 2015, n° 14-13501, inédit ; Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 1998, n° 96-17374, *Bull. civ.* I, n° 169 ; *RTD civ.* 1998, p. 927.

113. V. notamment G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, p. 107. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le contenu du contrat, le renouvellement de l'objet et de la cause », in *Quel renouvellement pour le droit des contrats*, p. 97.

la section sur le contenu certain et licite¹¹⁴ reprenant les solutions jurisprudentielles antérieures. Au fond, le droit des contrats demeurerait donc le même malgré l'éviction de la cause de l'obligation en tant que condition de validité du contrat. C'est une détestable méthode, dont le législateur français est malheureusement assez familier¹¹⁵, qui consiste à faire croire que tout change sans que rien ne change. Vérifions donc si les choses sont toujours là, mais sans les mots¹¹⁶.

71. Selon l'article 1163, la prestation présente ou future, objet de l'obligation, doit être, possible, déterminée ou déterminable. Remarquons d'abord l'entrée de la notion de prestation - qui n'est jamais définie - et qui est l'objet de l'obligation, objet qui n'est plus en principe une condition de validité. C'est essentiellement la condition de la détermination de la prestation qui est déjà l'objet d'interprétations doctrinales divergentes et dans une moindre mesure la notion de prestation qui n'est jamais définie dans l'ordonnance.

Pour un auteur, la prestation n'englobe pas « *la prestation monétaire* » car cela mettrait à néant la jurisprudence de 1995 alors que le rapport au Président de la République précise que la réforme en tient compte¹¹⁷. C'est oublier l'article 1164. C'est ce texte qui, nous le verrons, est censé consolider la jurisprudence de 1995 relative au prix, mais en la cantonnant expressément aux contrats cadre. On ne peut donc raisonnablement affirmer que la prestation¹¹⁸, qui constitue « *l'objet de l'obligation* », ne vise que celle en nature. La plupart des auteurs considèrent d'ailleurs que la prestation monétaire entre dans le

114. Sur les réserves que la notion suscite, V. notamment M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015, n° 3, p. 639 ; E. SAVAUX, « Le contenu 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*, p. 20.

115. Il l'a déjà utilisée à l'occasion de la transposition des directives européennes sur la responsabilité du fait des produits défectueux et sur la garantie dans la vente de biens de consommation.

116. Nous reprenons la formule de G. WICKER en l'adaptant (« La suppression de la cause par l'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557).

117. J. MOURY, « La détermination du prix dans le "nouveau" droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013, n° 1.

118. Sur la définition de la prestation, V. les longs développements de F. ZENATI-CASTAING et T. REVET qui dans une leçon relative à la nomenclature des prestations en distinguent trois : celles ayant pour objet un service, celles ayant pour objet une chose et celles ayant pour objet une somme d'argent (*Cours de droit civil des obligations, Régime*, Puf, Collection droit fondamental, 2013, p. 37 et s.).

champ de l'article 1163¹¹⁹ et qu'elle doit donc être déterminable ce qui revient sur la règle plus libérale qui semblait ressortir des arrêts de décembre 1995¹²⁰.

La doctrine est en revanche partagée lorsqu'il s'agit de préciser ce qu'il faut entendre par objet de la prestation, déterminé ou déterminable. Selon l'article 1163, alinéa 3, ce dernier est déterminable lorsqu'il « ... peut être déduit[e] du contrat ..., sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ». Pour quelques-uns, les règles de détermination de la prestation seraient notablement assouplies par la réforme car elle permettrait qu'une clause du contrat autorise l'une des parties à fixer unilatéralement la prestation et donc le prix, s'il s'agit d'une prestation monétaire¹²¹. Cette interprétation de l'article 1163 ne tient pas. La déterminabilité de la prestation par déduction du contrat implique que la détermination ultérieure résulte d'éléments contenus dans le contrat lui-même. « L'idée de déduction s'oppose nettement à celle de fixation unilatérale au stade de l'exécution du contrat¹²² ». Le rapport au Président de la République conforte cette interprétation lorsqu'il précise que « compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats, le champ de ce texte a été limité aux contrats cadre... » ; et, un peu plus loin : « ... consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, le projet autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise... ».

Le rapport au Président évoque ainsi les deux exceptions au principe de la nécessaire détermination du prix contenues dans les articles 1164 et 1165¹²³. Selon le premier de ces articles, le contrat cadre peut prévoir que le prix, sous réserve d'abus, sera fixé unilatéralement par l'une des parties ; en cas d'abus,

119. V. par ex : A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, Précis Domat, 15^e éd., 2016, n° 162 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 410 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, Puf, Themis droit, 4^e éd., 2016, n° 389 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, 6^e éd., 2016, n° 171.

120. L. ANDREU et N. TOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino Lextenso, 1^{re} éd., 2016-2017, n° 447 ; A. BENABENT, *ibid.*

121. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, 8^e éd., 2016, n° 600 ; C. AUBERT DE VINCELES, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, p. 752.

122. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 414.

123. F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service - Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil », *JCP G.* 2016, n° 23, 642.

le juge peut être saisi d'une demande de dommages et intérêts (art. 1164). Et, aux termes de l'article 1165, dans les contrats de prestations de service - ce qui vise certainement l'entreprise et le mandat¹²⁴-, à défaut d'accord entre les parties avant l'exécution et sous réserve de l'abus, le prix peut être fixé par le créancier, par l'entrepreneur ou le mandant notamment. Le juge en cas d'abus peut aussi être saisi d'une demande en dommages et intérêts.

72. Le contenu certain du contrat cache ensuite l'ancienne notion de cause objective utilisée pour contrôler l'existence de la cause.

D'abord, selon l'article 1169, est nul le contrat à titre onéreux lorsque la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire (art. 1169). Cela permettra de maintenir la jurisprudence selon laquelle la vente ou le bail, dont le prix est vil¹²⁵, est entaché de nullité. Bien entendu, la lésion n'est toujours pas une cause de rescision (art. 1168).

L'ordonnance reprend même les solutions les plus discutées en leur temps, comme celle de l'arrêt *Chronopost*¹²⁶, l'article 1170 disposant que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

124. L'ordonnance ne définit pas ce qu'elle entend par contrat de prestations de service. Or quelques auteurs ont une vision très - trop - large de cette catégorie. Prenons l'exemple du bail. Celui-ci est rangé par certains dans la catégorie des contrats de prestation de services (Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ Lextenso, 8^e éd., 2016). Son prix pourrait donc être fixé unilatéralement par le bailleur par application du nouvel article 1165. Retenir une catégorie trop large des contrats de prestations de services, comme tous ceux qui n'entraînent pas le transfert de propriété d'un bien, risquerait de réduire à l'excès le principe posé à l'article 1163.

V. pour une conception extensive de la catégorie, G. LARDEUX, « Le contrat de prestations de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016, p. 1659.

125. V. par ex : Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *RDC* 2016, n° 3, p. 435, obs. Y.-M. Laithier (vileté du prix de vente) ; Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1971, n° 70-13450, *Bull. civ.* III, n° 644 (vileté du loyer).

126. Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, et somm., p. 175, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G.* 1997, 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *Defrénois* 1997, art. 35516, n° 20, obs. D. Mazeaud. V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 16 déc. 1997, *Bull. civ.* I, n° 370 ; *D.* 1998, p. 287, note Y. Lambert-Faivre ; *JCP G.* 1998, II, 10018, rapp. Sargos ; Paris, 28 avr. 2000, *RJDA* 2000, comm., 865 (répute non écrite la clause limitative de responsabilité d'un contrat de transport rapide de produits pharmaceutiques) ; V. également, à propos d'une clause limitative dans un contrat de fourniture de logiciels, Cass. com., 13 févr. 2007, *Bull. civ.* III, n° 43 ; *D.* 2007, p. 2975, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP G.* 2007, II, 10063, note Y.-M. Serinet ; *Defrénois* 2007, art. 38624, n° 50, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2007, p. 707, obs. D. Mazeaud et p. 746, obs. S. Carval.

73. Le contenu licite qui permet le contrôle de la conformité du contrat aux impératifs majeurs de l'organisation sociale se fera sur le fondement de l'article 1162 qui dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations [...autrement dit ni par son objet], ni par son but* », qui correspond à l'ancienne cause subjective.

74. Tout changer, sans rien changer, tel serait donc l'objectif poursuivi. Mais il n'est pas sûr que ces règles spécifiques, qui risquent de figer, sans possibilité d'évolution, les solutions dégagées par la jurisprudence, permettent de remplir le même office que la notion souple de cause.

75. L'introduction dans le contenu du contrat d'un mécanisme d'élimination des clauses abusives est d'ailleurs censée compenser la disparition de la cause comme instrument de préservation de l'utilité du contrat¹²⁷.

Selon l'article 1171, « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». La règle s'inspire du Code de la consommation qui traite des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (art. L. 212-1, ancien art. L. 132-1) et de la sanction de la pratique restrictive de concurrence prohibée par le Code de commerce (art. L. 442-6, 2°). Et comme dans le Code de la consommation, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni « *sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

D'abord érigée dans le projet d'ordonnance en règle générale applicable à tous les contrats, elle a finalement été limitée au seul contrat d'adhésion, défini par l'article 1110, alinéa 2 comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées par avance par l'une des parties* ». Malgré les interrogations que suscite la délimitation exacte de la catégorie, il est certain que les contrats pré-rédigés, et souvent standardisés, que les acquéreurs, les emprunteurs, les locataires ou les maîtres d'ouvrage, y compris professionnels, n'ont que la possibilité d'accepter tels quels, constituent des contrats d'adhésion¹²⁸.

127. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G.* 2016, n° 14, 391 ; G. DURAND-PASQUIER, « Clauses excessives : le réajustement opéré par la réforme », *JCP N.* 2016, n° 13, 1113 ; S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, Conc., Cons.* 2016, n° 5, Dossier 5.

128. Sur la définition du contrat d'adhésion, V. : F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G.* 2016, n° 27, 776 ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, article 1110 du Code civil », *D.* 2016, p. 177.

Les professionnels qui considéraient le texte comme une grave menace pour la sécurité des conventions et pour l'attractivité du droit français, ont été entendus. Le domaine de l'article 1171 risque donc d'être en pratique assez réduit, la règle imposant la prééminence des dispositions spéciales sur celles générales (C. civ., art. 1105), conduisant à appliquer le plus souvent, soit le Code de la consommation, soit le Code de commerce.

Les clauses abusives sont réputées non écrites. Cette sanction s'ajoute à la nullité et la caducité seules traitées dans la section dédiée aux sanctions.

PARAGRAPHE 3. LA CONSOLIDATION DES SANCTIONS¹²⁹

76. L'ordonnance consolide les solutions dégagées par la jurisprudence en matière de nullité en rompant définitivement avec la conception classique de la nullité vue comme un état pathologique du contrat, soit mort-né, soit mal-né. Elle adopte la conception dite moderne de la nullité conçue comme un droit de critique du contrat dont « *l'une des conditions requises pour sa validité fait défaut* » (art. 1178, al. 1). Ce qui laisse sans doute une place, même si l'ordonnance n'y fait pas allusion, à l'inexistence pour les vices de sa conclusion, notamment en l'absence de consentement des parties sur les éléments essentiels du contrat¹³⁰.

L'ordonnance ne revient pas non plus dans la section consacrée aux sanctions sur celle du « *non-écrit* » prévue expressément par une disposition légale pour certaines clauses illicites alors qu'elle déclare non écrites les clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (art. 1170) et les clauses abusives stipulées dans un contrat d'adhésion (art. 1171). On peut le regretter car cela aurait été l'occasion de consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui semble désormais admettre, spécialement en matière de copropriété et de baux commerciaux, que l'action pour faire déclarer une clause non écrite est imprescriptible¹³¹.

129. M. AZAVANT, « Clarification et modernisation des sanctions : nullité, caducité et réputé non écrit », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 115.

130. V. *supra*, n° 62.

131. La jurisprudence s'oriente en effet vers un régime autonome de la clause réputée non écrite qui serait un « *mode autonome de sauvetage du contrat* » (S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006, n° 26 et s.) car contrairement à la nullité partielle, le caractère non écrit aboutit à maintenir systématiquement le contrat amputé de la stipulation illicite. Le contrat est fictivement amputé de la clause irrégulière dès son origine : la clause est, non pas entachée de nullité, mais inexistante (en ce sens : J. KULLMAN, « Remarques sur les

77. Le droit nouveau (art. 1179 et 1182) distingue la nullité absolue de la nullité relative¹³². L'une sanctionne la violation d'une règle destinée à la sauvegarde de l'intérêt général, et peut être invoquée par tout intéressé, sans possibilité d'être couverte par la confirmation. L'autre sanctionne la violation d'une règle destinée à la sauvegarde d'un intérêt privé, et est réservée à la partie, ou à la personne, ainsi protégée, avec la possibilité d'être couverte par la confirmation.

La confirmation est définie à l'article 1182 comme la renonciation à la nullité de celui qui pourrait s'en prévaloir. Elle doit indiquer l'objet de l'obligation et la cause de nullité du contrat, qui doit donc être connue à défaut d'avoir cessé - sauf la violence. La confirmation présuppose la formation du contrat, ce qui prohibe les renonciations anticipées à l'annulation. L'exécution volontaire en toute connaissance de cause lui est assimilée.

78. L'article 1183 crée pour la nullité relative une interpellation interrogatoire destinée à dissiper l'incertitude sur le sort du contrat avant, précisément, l'expiration du délai de prescription. Une partie peut impartir à celle qui pourrait invoquer la nullité de prendre parti : soit confirmer le contrat, soit en solliciter l'annulation dans un délai de six mois « *à peine de forclusion* ».

L'interpellation doit prendre la forme d'un écrit indiquant qu'à défaut d'action dans ce délai, le contrat sera réputé confirmé. Elle suppose par ailleurs que la cause de nullité ait cessé.

79. La nullité, qu'elle soit absolue ou relative, n'intervient jamais de plein droit, il faut une annulation.

Celle-ci est prononcée par une décision judiciaire, ou constatée par la convention des parties (art. 1178, al. 1). La réforme introduit donc une seconde innovation en matière de nullité, l'annulation conventionnelle¹³³. En

clauses réputées non écrites », *D.* 1999, p. 59). L'un des aspects de ce régime autonome est que l'action en constatation du caractère non écrit d'une stipulation n'est enfermée dans aucun délai de prescription. Ce régime autonome explique que, lors de la modification du statut des baux commerciaux par la loi Pinel n° 2014-626 du 18 juin 2014, le législateur ait remplacé dans les articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce, la nullité des clauses illicites par leur caractère non écrit.

132. A.-S. LEBRET, « Les nullités revisitées », *Af contrats* 2017, p. 12.

133. Cependant, le droit fiscal risque bien de dissuader les parties de recourir à cette forme de nullité en matière de contrat translatif de propriété immobilière car, selon l'article 1961 du Code général des impôts, lorsque le contrat annulé a donné lieu à la perception d'un

revanche, l'annulation par déclaration unilatérale de volonté n'est pas admise, le droit français préservant ainsi sa spécificité en refusant de laisser pénétrer l'unilatéralisme au cœur de la formation du contrat.

L'ordonnance ne contient pas de règle générale concernant la prescription de l'action en nullité. Elle est donc soumise, que la nullité alléguée soit absolue ou relative, à la prescription de droit commun de cinq ans (C. civ., art. 2224). En revanche, le nouvel article 1185 dispose que « *l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution*¹³⁴ ». Cette règle, qui consacre le dernier état de la jurisprudence¹³⁵, a pour elle la simplicité. Elle met fin aux discussions doctrinales portant sur l'admission ou non de l'exception de nullité, en présence d'une inexécution partielle¹³⁶.

Le contrat annulé est réputé n'avoir jamais existé. Cependant, si la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses, elle n'emporte l'annulation du contrat en son entier que si la ou les clauses ont déterminé l'engagement d'une ou des parties (art. 1184). Les prestations exécutées donnent lieu à restitution. Ces restitutions se font selon le nouveau chapitre qui leur est dédié dans le régime général des obligations (art. 1352 et s.).

La responsabilité extracontractuelle de celui à qui est imputable la cause de nullité du contrat peut être engagée par la partie lésée « *indépendamment de l'annulation du contrat* » (art. 1178, al. 4).

80. L'ordonnance ébauche le régime de l'autre sanction de la formation du contrat, déjà consacrée par la jurisprudence : la caducité.

Elle esquisse d'abord la notion en envisageant deux hypothèses à l'article 1186.

La première concerne la disparition d'un « *élément essentiel* » d'un contrat valablement formé. Le texte aurait dû préciser que cette disparition doit rendre l'exécution impossible ou inutile. Deux exemples illustrent cette

droit de mutation, celui-ci n'est restituable qu'en cas de jugement ou d'arrêt d'annulation passé en force de chose jugée.

134. Le projet d'ordonnance ne contenait aucune disposition relative à l'exception de nullité.
135. Cass. civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n° 11-27082, *Bull. civ.* I, n° 84 ; *RTD civ.* 2013, p. 596, obs. H. Barbier ; *RDC* 2013, p. 1310, obs. Y.-M. Laithier ; Cass. com., 13 mai 2014, n° 12-28013, *Bull. civ.* IV, n° 84 ; *RDC* 2014, p. 627, obs. M. Latina.
136. Pour le maintien de la perpétuité de l'exception en présence d'une inexécution partielle équilibrée : J.-L. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 19. Contre l'exception de nullité : L. AYNES, note sous Cass. civ. 3^e, 10 mai 2001, *D.* 2002, p. 2837.

première hypothèse : la caducité du testament en cas de prédécès du gratifié et la caducité du contrat en cas de non réalisation d'une condition suspensive.

La seconde hypothèse concerne les ensembles contractuels concourant à une même opération. La disparition d'un contrat entraîne la caducité de ceux dont l'exécution devient impossible et de ceux dont il était une condition déterminante du consentement, pourvu que la partie contre laquelle elle est invoquée ait connu l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'elle a contracté¹³⁷.

Cependant, l'article 1186 n'épuise pas toutes les causes de caducité du contrat. Ainsi, en matière de pacte de préférence et de promesse unilatérale de contracter, le refus par le bénéficiaire, soit de l'offre émise, soit de levée de l'option, provoque la caducité du pacte ou de la promesse.

81. Le régime de la caducité est embryonnaire. L'article 1187 dispose que « *la caducité met fin au contrat* », sans indiquer son mode d'accomplissement : il n'est spécifié, ni qu'elle doit être prononcée ou constatée par le juge ou par les parties, ni qu'elle intervient de plein droit.

La formule est cependant la même que pour la résolution. Mais, contrairement à la résolution, aucune autre précision sur l'étendue temporelle de la caducité n'est fournie. Néanmoins, l'article 1187, en disposant que la caducité « *peut donner lieu à restitution* » laisse entendre que la caducité n'a pas forcément d'effet rétroactif. Comme pour la résolution, le critère déterminant des restitutions doit consister dans le caractère divisible ou non des prestations échangées. Les règles posées par l'article 1229 pour la résolution pourraient donc servir de guide en matière de caducité¹³⁸.

Ces règles seront présentées avec les effets du contrat.

137. S. BROS, « Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G.* 2016, n° 38, 975.

138. V. *infra*, n° 134. Cependant, contrairement à l'article 1230 pour la résolution, l'article 1187 ne se préoccupe pas des clauses susceptibles de survivre à l'anéantissement du contrat. La Cour de cassation a jugé en 2011 que « *la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties* » (Cass. com., 22 mars 2011, no 09-16.660, *Bull. civ.* IV, n° 49 ; *RTD civ.* 2011, p. 345, obs. Fages ; *RDC* 2011, p. 826, note E. Savaux).

SECTION 2. LES EFFETS DU CONTRAT

82. Les effets du contrat constituent désormais le chapitre IV du sous-titre 1 consacré au contrat. Les nouveaux articles 1193 à 1231-7 y traitent successivement : les effets du contrat entre les parties, les effets du contrat à l'égard des tiers, la durée du contrat, la cession du contrat et enfin l'inexécution du contrat.

Les effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers - qui constituent le cœur des effets du contrat - sont pour l'essentiel confortés, avec néanmoins une rupture de taille concernant l'imprévision (paragraphe 1).

Les sections III et IV introduisent des dispositions générales sur la durée et la cession de contrat¹³⁹ (paragraphe 2).

La section V regroupe les sanctions de l'inexécution du contrat. C'est largement un nouveau droit de l'inexécution contractuelle qu'elle instaure (paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1. LA CONFORTATION DES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES ET À L'ÉGARD DES TIERS

83. La détermination des effets du contrat est faite par les nouveaux textes dans deux sections, d'abord entre les parties, ensuite à l'égard des tiers. Nous inverserons cet ordre, parce qu'il n'y a guère de nouveauté s'agissant des tiers, contrairement aux parties.

A. LES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS

84. Le Code consacre aux effets à l'égard des tiers une section bien structurée : d'abord les dispositions générales puis la réglementation du porte-fort et de la stipulation pour autrui.

85. Le nouvel article 1199 réaffirme plus précisément l'effet relatif du contrat¹⁴⁰. Il rappelle d'abord que le contrat ne crée des obligations qu'entre

139. La question a été à juste titre rapatriée *in extremis* dans le contrat après avoir longtemps figuré parmi les opérations sur obligations dans le titre IV « *Du régime général des obligations* ». Tellement tard, d'ailleurs, que le rapport au Président de la République l'oublie au début de la présentation des effets du contrat.

140. S. PELLE, « L'effet relatif et l'opposabilité du contrat, *statu quo* ? » in *Quel renouveau pour le droit des contrats* ?, p. 143.

les parties ; les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat, ni se voir contraints de l'exécuter.

L'article 1200 consacre ensuite le principe de l'opposabilité du contrat au tiers, dégagé par la doctrine et la jurisprudence sans aucun ajout :

« 1° *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.*

2° *Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour rapporter la preuve d'un fait* ».

Cependant, deux questions à cheval sur l'effet relatif du contrat et son opposabilité, sont passées sous silence par l'ordonnance.

86. La première est celle de l'action directe découverte par la jurisprudence dans les chaînes translatives de propriété qui permet à l'acquéreur final d'agir contractuellement, directement contre le vendeur initial. On peut regretter que le texte n'ait pas expressément consacré cette exception au principe qu'il pose selon lequel les tiers ne peuvent demander l'exécution du contrat. Faut-il l'interpréter comme une condamnation de cette jurisprudence ? Ce n'est pas certain car cette solution relève du droit spécial de la vente et pas du droit commun du contrat. Elle n'aurait donc pas forcément eu sa place ici¹⁴¹.

87. La seconde question non abordée concerne quant à elle le droit commun de la responsabilité. Elle consiste à savoir à quelles conditions le tiers, victime d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, peut en demander réparation au débiteur. C'est par exemple le cas du locataire qui veut obtenir réparation du dommage subi en raison des désordres résultant de la mauvaise exécution par un entrepreneur de travaux dans l'immeuble loué.

Il est acquis en jurisprudence, en dehors des actions directes dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, que la responsabilité ne peut être que délictuelle¹⁴².

Mais le tiers peut-il invoquer le manquement contractuel, en tant que tel, comme fait générateur de cette responsabilité ? Ou doit-il rapporter la preuve d'un fait générateur délictuel, envisagé indépendamment de tout point de vue

141. Certains le déplorent : V. notamment G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 549.

142. Ass. plén., 12 juill. 1991, *D.* 1991, p. 549, note J. Ghestin; *Defrénois* 1991, 1301, obs. J.-L. Aubert.

contractuel ? La Cour de cassation penche plutôt dans le premier sens¹⁴³. La doctrine opine largement dans le second. Les projets de réforme du droit des obligations ont adopté des partis différents.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations (avant-projet « *Catala* ») offre une option à la victime (art. 1342). Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage. Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362. Le projet de l'Académie des sciences morales et politiques impose la preuve d'un fait générateur de responsabilité extracontractuelle (art. 4 du projet « *réforme du droit de la responsabilité civile* » et art. 125, al. 2 du projet « *réforme du droit des contrats* »).

La question a été, de manière regrettable, abandonnée par la réforme du droit des contrats, considérant qu'elle relève de celle de la responsabilité. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile tranche en faveur de l'obligation pour la victime d'établir un fait générateur de responsabilité extracontractuelle¹⁴⁴.

88. Les articles 1201 et 1202 reprennent les anciens articles 1321 et 1321-1 du Code civil en matière de simulation en les réécrivant légèrement dans un souci de clarté mais sans remettre en cause les solutions dégagées par la jurisprudence, notamment en matière d'opposabilité de la contre-lettre aux tiers.

89. Les effets du contrat à l'égard des tiers sont surtout caractérisés par l'apparition d'un régime développé de la stipulation pour autrui¹⁴⁵ reposant sur les principes dégagés par la jurisprudence. Au lieu du seul article 1121 ancien, il y a désormais cinq articles qui définissent la stipulation pour autrui et qui en indiquent les conditions et les effets.

143. Ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. ass. plén.*, n° 9. V. cependant : Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2008, *Bull. civ.* III, n° 160 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 2011, n° 10-17691.

144. Art. 1234 : « *Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II* ».

145. Art. 1205 à 1209.

L'article 1204 sur le porte-fort est réécrit pour intégrer l'interprétation que la jurisprudence avait faite de ce texte.

Dans l'état actuel, il n'y a donc, en ce qui concerne les effets à l'égard des tiers aucune rupture avec le droit ancien. C'est moins vrai pour l'effet entre les parties.

B. LES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES

90. Les effets du contrat entre les parties sont traités par l'ordonnance en distinguant dans deux sous-sections : la force obligatoire (1) et l'effet translatif du contrat (2).

1. LA FORCE OBLIGATOIRE

91. Le principe de la force obligatoire du contrat ressort quelque peu désacralisé de l'article 1193 qui dispose assez platement que « *les contrats ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

La formulation est bien faible par rapport à la lettre solennelle de l'ancien article 1134. Mais c'est parce que la formule de l'alinéa 1^{er} selon laquelle « *les contrats (conventions) légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » figure désormais, aux côtés de l'affirmation de la liberté contractuelle et de la bonne foi, dans les dispositions liminaires (art. 1103)¹⁴⁶.

La force obligatoire du contrat ne perd donc pas en vigueur. D'autant moins que les effets du contrat se nourrissent toujours, heureusement, des suites que lui donnent l'équité, l'usage ou la loi, l'article 1194 reprenant presque l'ancien article 1135. Il n'y a cependant plus de référence « *à l'obligation d'après sa nature* ». Pour préciser les suites du contrat, on ne se réfère plus qu'à l'équité, l'usage ou la loi.

Mais la verdeur de la force obligatoire n'est évidente que si l'on s'en tient aux principes. Parce que, dans le détail, c'est une autre chose : sa portée est plus incertaine du fait d'un certain nombre d'innovations pas toutes bienvenues.

92. Une première série d'innovation se trouvent dans d'autres parties de la réforme.

Il s'agit d'abord de nouvelles causes de révocation que la loi autorise. Des cas de ruptures unilatérales sont devenus légaux avec la réforme : spécialement

146. V. *supra*, n° 8.

la résolution unilatérale pour inexécution¹⁴⁷ et la résiliation des contrats à durée indéterminée¹⁴⁸.

La force obligatoire, sans être remise en cause, est aussi indirectement malmenée par la faculté de fixation unilatérale du prix par l'une des parties dans les contrats-cadre et les contrats de prestations de services¹⁴⁹.

Enfin, la création de la nouvelle sanction de la réduction du prix, laissé en partie au pouvoir du créancier, risque d'atteindre fortement l'effet obligatoire¹⁵⁰.

93. L'article 1193 interdit au juge de réviser ou de résilier le contrat en dehors des cas où la loi l'autorise. C'est ainsi qu'en cas de fixation abusive du prix par le créancier dans les contrats-cadres et ceux de prestations de service, le juge ne peut pas réviser ce prix mais seulement octroyer des dommages et intérêts. Néanmoins l'ordonnance consacre les cas déjà existants octroyant au juge un pouvoir de révision et en crée de nouveaux : révision judiciaire de la clause fixant forfaitairement le montant des dommages et intérêts manifestement abusive ou dérisoire (art. 1231-5), remplacement de l'indice d'indexation choisi par les parties lorsque celui-ci a disparu par l'indice qui s'en rapproche le plus (art. 1167).

94. Mais l'innovation phare qui semble, à première vue, porter le plus fort coup à la force obligatoire du contrat concerne évidemment la révision du contrat pour imprévision¹⁵¹.

Depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne* du 6 mars 1876 qui concernait un contrat de bail de très longue durée, la Cour de cassation refusait de réviser le contrat pour imprévision en faisant prévaloir l'intangibilité du contrat découlant de sa force obligatoire.

147. V. *infra*, n° 131.

148. V. *infra*, n° 99.

149. V. *supra*, n° 71.

150. V. *infra*, n° 125 et s.

151. C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats, Conc., Cons.* 2016, n° 5, Dossier 6 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations*, p. 30 ; T. REVET, « Le juge et la révision du contrat », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, p. 773 et J.-F. FEDOU, « Le juge et la révision du contrat », *ibid.*, p. 382. V. aussi, M. FAURE-ABBAD, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, p. 181, spéc. n° 5 et s.

La notion d'imprévision est définie classiquement par l'article 1595 du Code civil : 1° un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, 2° qui rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie 3° qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Le contrat peut donc écarter les remèdes à l'imprévision par une clause mettant le risque de celle-ci à la charge de l'une des parties. Dans les contrats de longue durée, si une telle stipulation devient de style, l'article 1595 risquerait de rester lettre morte.

La mise en œuvre des remèdes, telle qu'elle résulte de l'article 1595, est compliquée et pas forcément claire.

La partie qui supporte l'imprévision peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Mais elle doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. Fallait-il le dire ? Il en est déjà ainsi, les parties d'un commun accord ont toujours pu renégocier leur contrat. Cette phase de renégociation conventionnelle est un préalable qui semble nécessaire pour appliquer les autres remèdes prévus. En effet, c'est « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation* » que les parties ont un choix :

- Elles peuvent d'abord « *convenir de la résolution du contrat* », à la date et aux conditions qu'elles déterminent ; là encore fallait-il le dire, c'est un cas de révocation d'un commun accord envisagé dans le nouvel article 1193.
- Elles peuvent préférer « *demandeur d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation* ». Le pouvoir de révision du juge n'est donc accordé qu'en cas de saisine conjointe, sans doute une requête conjointe. Ce qui, aux termes de l'article 4 alinéa 4 du Code de procédure civile, était déjà possible, ce texte conférant au juge une mission d'amiable compositeur. Cette deuxième voie sera cependant rarement mise en œuvre car il est peu vraisemblable que le cocontractant qui n'a pas accepté de renégocier se livre au pouvoir du juge.
- Enfin, « *à 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* ». La première question que pose cette disposition est de savoir sur quoi il doit y avoir défaut d'accord des parties : l'absence de renégociation, l'absence de résolution conventionnelle ou l'absence de révision amiable confiée au juge, ou les trois réunis, ce qui imposerait à la partie qui subit la lésion de passer par toutes les étapes pour que l'action judiciaire soit ouverte. Le texte ne dit pas non plus si le juge a le choix entre la révision ou la résolution judiciaire.

L'analyse du texte démontre qu'il s'agit d'une demi-mesure qui traduit la prudence du législateur français qui n'a pas osé consacrer franchement la révision du contrat pour imprévision. La multiplication des préalables traduit l'esprit du texte, d'ailleurs confessé par le rapport au Président de la République : « *L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier* ».

2. L'EFFET TRANSLATIF

95. Les dispositions générales régissant l'effet translatif sont formellement une véritable nouveauté. En réalité, c'est une réécriture - beaucoup plus claire - des dispositions des anciens articles 1136 à 1138, telles qu'elles avaient été interprétées par les tribunaux. Dans ces articles, les principes étaient énoncés à propos de l'obligation de donner¹⁵² - notion supprimée¹⁵³. Il s'agit désormais d'un effet légal direct attaché aux contrats translatifs de propriété, sans passer par le détour de l'obligation de donner.

Le nouvel article 1196 énonce le principe du transfert de propriété par l'effet de la conclusion du contrat, sauf exception résultant de la volonté des parties, de la nature des choses ou de l'effet de la loi. Le principe et ses exceptions sont donc maintenus.

Le transfert de la propriété emporte (en principe) le transfert des risques de la chose.

L'article 1197 attache à l'obligation de délivrance, l'obligation de conserver la chose en lui apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

96. L'article 1198 règle les conflits entre acquéreurs successifs d'une même chose :

- en faveur de celui entré en possession de bonne foi s'agissant d'un meuble corporel, même si la conclusion du contrat est postérieure à celui de l'autre acquéreur. La règle doit être rapprochée de celle de l'article 2276 du Code : « *En fait de meubles, la possession vaut titre* ».
- en faveur de celui ayant publié de bonne foi son titre le premier quand il s'agit d'un immeuble. Sur ce dernier point l'ordonnance condamne

152. Art. 1136 et s.

153. P.-Y. ARDOY, « L'effet translatif du contrat : la fin de l'obligation de donner », *in Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 127.

la jurisprudence qui, dans son dernier état, ne prenait plus en compte la bonne ou la mauvaise foi de celui ayant publié en premier¹⁵⁴.

PARAGRAPHE 2. INTRODUCTION DE DISPOSITIONS GÉNÉRALES SUR LA DURÉE ET LA CESSION DU CONTRAT

A. LA DURÉE DU CONTRAT

97. La durée du contrat, qui intéresse particulièrement les contrats à exécution successive, fait son entrée dans le Code civil (art. 1210 et s.)¹⁵⁵. Les solutions déjà dégagées par les tribunaux, notamment à partir des dispositions spéciales du bail sont pour partie généralisées.

98. La section s'ouvre sur la prohibition des engagements perpétuels (art. 1210) qui n'était pas expressément prévue par le Code civil.

En matière de louage, elle reposait sur l'article 1709 qui limite la jouissance de la chose à « *un certain temps* ». La perpétuité du bail¹⁵⁶ était en général source de nullité absolue¹⁵⁷. En matière de louage de service, la jurisprudence retenait en général une sanction différente en permettant de mettre fin au contrat à tout moment¹⁵⁸.

154. Cass. civ. 3^e, 12 janv. 2011, n° 10-10667, *Bull. civ.* III, n° 5 ; *D.* 2011, p. 851, note L. Aynes ; *RTD civ.* 2011, p. 158, obs. P. Crocq et p. 369, obs. T. Revet.

155. P.-Y. ARDOY, « La durée des contrats », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 169.

156. Un bail est rarement expressément perpétuel. Le juge est donc tenu de rechercher la perpétuité dans l'économie du contrat. Il en est ainsi lorsque sa durée est à la discrétion de l'une des parties, tel le bail ne pouvant cesser qu'à la seule volonté du preneur qui peut renouveler indéfiniment le contrat (Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1999, *Bull. civ.* III, n° 242 ; *RTD civ.* 2000, p. 568, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 3^e, 13 mars 2002, *Bull. civ.* III, n° 61 ; *RTD civ.* 2002, p. 511, obs. J. Mestre et B. Fages) ou lorsqu'au contraire il est indéfiniment engagé (Cass. com., 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 339 : clause d'un contrat de location d'une installation téléphonique prévoyant la reprise de la location pour sa durée initiale de 15 ans dès que l'installation aurait subi une augmentation égale ou supérieure à 25 %). En revanche, n'est pas considéré perpétuel le bail conclu pour la vie du preneur ou pour la vie du preneur et de ses enfants (Cass. civ. 3^e, 30 nov. 1983, *Bull. civ.* III, n° 249 ; 10 mars 2010, *Bull. civ.* III, n° 56 ; *Dr. et proc.* 2010, n° 8, suppl. « Droit des baux immobiliers », p. 20, obs. E. Savaux).

157. V. les arrêts préc.

158. V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 99-21209, inédit, *RTD civ.* 2002, p. 510, obs. J. Mestre et B. Fages.

Désormais, l'article 1211 consacre le principe général de l'interdiction des engagements perpétuels. Il prévoit que chaque contractant peut mettre fin au contrat dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. La stipulation de perpétuité est donc bien une clause illicite mais sa sanction est originale. Le contrat n'est pas rétroactivement annulé. Comme pour un contrat à durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment en respectant un préavis raisonnable (art. 1212).

99. Le droit nouveau distingue clairement les contrats à durée indéterminée de ceux à durée déterminée.

Selon le nouvel article 1211, il peut être mis fin à tout moment au contrat à durée indéterminée par chaque partie sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable¹⁵⁹.

Le contrat à durée déterminée cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé. Ce principe se déduit de l'article 1212 qui prévoit que chaque partie doit exécuter le contrat jusqu'à son terme.

100. L'article 1212, alinéa 2 précise que « *nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* ». L'article 1214 réserve cependant l'hypothèse où le contrat est renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Ainsi en est-il des statuts des baux immobiliers qui confèrent au locataire un droit légal de renouvellement (C. com., art. L. 145-8 ; C. rur., art. L. 411-46) et qui encadrent le renouvellement conventionnel et la fixation du nouveau loyer (L. 6 juill. 1989, art. 17-2 ; C. com., art. L. 145-33 et L. 145-34).

101. Enfin, l'article 1215 consacre la tacite reconduction jusqu'ici prévue uniquement pour le bail par l'article 1738. Les conditions énoncées par les deux textes ne sont cependant pas identiques. Selon l'article 1738 la tacite reconduction suppose que « *le preneur reste et est laissé en possession* ». Cette formule adaptée à la location d'un bien n'était pas transposable telle quelle. L'article 1215 retient donc une formulation plus générale : il y a tacite reconduction du contrat lorsque « *les contractants continuent d'en exécuter les obligations*¹⁶⁰ ».

159. Cette règle doit être écartée au profit de celle, spéciale, régissant les baux verbaux pour lesquels le délai de préavis est celui de l'usage des lieux (art. 1736). La Cour de cassation maintient fermement l'application de ce texte en censurant les décisions qui l'oublient pour retenir un délai raisonnable. V. par ex : Cass. civ. 3^e, 23 nov. 2010, n° 08-21634, inédit.

160. Dans les deux cas, la tacite reconduction repose sur la volonté tacite des parties. En matière de bail, V. notamment : Cass. civ. 3^e, 16 mai 1973, n° 72-11698, *Bull. civ.* III, n° 348.

On peut regretter que le texte n'évoque pas la portée de la clause du contrat qui exclut la tacite reconduction. Soit cette clause est sans effet dès lors que la continuation de l'exécution suppose la commune intention des parties de ne pas l'appliquer. Soit, au contraire, la stipulation produit l'effet prévu, les relations des parties devenant extracontractuelles. La Cour de cassation semble plutôt pencher pour la seconde solution¹⁶¹.

102. L'article 1215 ajoute que les effets de la tacite reconduction sont les mêmes que ceux du renouvellement. Selon l'article 1214 alinéa 2, le renouvellement - et donc la reconduction tacite - donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée¹⁶².

Là encore, les statuts des baux immobiliers dérogent pour la plupart à cette règle en prévoyant que le contrat est tacitement reconduit pour la durée légale minimale (par ex : L. 6 juill. 1989, art. 10, al. 3 ; C. rur., art. 411-50).

De manière plus originale, en matière de baux commerciaux, l'article L. 145-9 du Code de commerce prévoit qu'à l'arrivée du terme, si aucune des parties ne donne congé ou ne demande le renouvellement, le bail se prolonge au-delà du terme. Il devient alors à durée indéterminée, chaque partie pouvant donner congé ou proposer le renouvellement à tout moment selon des modalités fixées par le statut. La tacite reconduction est alors remplacée par la tacite prolongation.

103. À côté du renouvellement et de la tacite reconduction, qui donnent naissance à un nouveau contrat, la réforme fait aussi une place à la prorogation : « *Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration* » (art. 1213). Plus précisément, la prorogation se définit comme

161. Cass. com., 17 nov. 1992, n° 90-20039, *Bull. civ.* IV, n° 356 (Contrat de fourniture d'ameublement d'un an) : « *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que le contrat du 30 mai 1980 stipulait, en son article 8, que son renouvellement ne pourrait être qu'exprès, ce dont il résulte que, sauf modification - non alléguée - de leur accord sur ce point avant la survenance du terme, la reconduction de ce contrat ne pouvait être déduite du seul comportement des parties* ». Cass. com., 6 mai 2002, n° 00-12892, inédit : « *Qu'ayant retenu que le contrat excluait expressément toute possibilité de tacite reconduction, ce dont il résultait que la poursuite de la concession était subordonnée à la conclusion d'un nouveau contrat* ».

162. En matière de tacite reconduction du bail, la jurisprudence a abouti, par application de l'article 1738 du Code civil à une règle semblable. Le nouveau bail est traité comme un bail verbal : il est donc à durée indéterminée et chaque partie peut y mettre fin en donnant congé selon l'usage des lieux. Cass. com., 6 juill. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 231 : « *La Cour d'appel ... a retenu à juste titre que la tacite reconduction s'appliquait, même si elle n'était pas expressément prévue, aux contrats à exécution successive conclus pour une durée déterminée* ».

l'allongement conventionnel de la durée d'un contrat à durée déterminée. Techniquement, il s'agit, par un avenant au contrat, de repousser le terme extinctif.

B. LA CESSION DU CONTRAT

104. La réforme du droit des contrats introduit des dispositions générales sur « *la cession de contrat* » (art. 1216 à 1216-3). L'article 1216 consacre la faculté pour un contractant de « *céder sa qualité de partie au contrat à un tiers ... avec l'accord de son cocontractant* ». Elle met fin au débat doctrinal entre les tenants de la reconnaissance de la cession de contrat et ses opposants¹⁶³. Elle retient une conception unitaire de cette cession en la détachant de la cession de créance et de celle de dette. C'est la qualité de partie qui est cédée : ce qui est plus que l'adjonction d'une cession de créance et d'une cession de dette.

L'article 1216 met fin aussi aux hésitations doctrinales quant à la nécessité du consentement du cédé. Celui-ci est nécessaire à l'existence de la cession de contrat. L'ordonnance consacre ainsi la solution à laquelle la jurisprudence était arrivée par des voies détournées, notamment par le recours à « *la délégation de contrat*¹⁶⁴ ».

Enfin, en imposant le consentement du cédé, l'article 1216 règle du même coup la question de l'« *opposabilité* » de la cession de contrat au cédé. Il ajoute cependant que lorsque l'accord de celui-ci est donné par avance, notamment dans une clause du contrat cédé, la cession produit ses effets à son égard à compter de la notification de la cession ou lorsque le cédé en prend acte. Aucune forme particulière n'est imposée pour cette notification.

105. On peut regretter que le texte ne dise rien de la clause de substitution de contractant, souvent insérée dans les promesses unilatérales et parfois synallagmatiques de vente d'immeuble, de fonds de commerce et de parts sociales et actions. Une partie de la doctrine en fait une institution autonome¹⁶⁵.

163. Pour la présentation de cette controverse doctrinale, V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, Sirey Université, 9^e éd., 2015, vol. 3, n° 418 et s.

164. Cass. civ. 3^e, 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 984, note M. Billiau et Ch. Jamin ; *Defrénois* 2002, art. 37558, n° 36, obs. R. Libchaber. V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-13280, inédit ; Cass. com., 9 mars 1999, n° 97-15165, inédit.

165. V. notamment E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, doct., p. 356 ; L. BOYER, « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », *JCP N.* 1988, I, 250.

L'incidence pratique de cette distinction concerne essentiellement les promesses unilatérales de vente d'immeubles et de fonds de commerce et l'application de l'article 1589-2 du Code civil qui prévoit la nullité de la cession de ces promesses lorsqu'elles n'ont pas été, soit passées par acte authentique, soit enregistrées dans les dix jours. La Cour de cassation, dans son dernier état consacrait en la matière la distinction doctrinale en écartant l'application de l'article 1589-2 du Code civil à la substitution au motif que le domaine de ce texte est limité à la « *cession* » de la promesse unilatérale de vente¹⁶⁶. Il est difficile de prédire si la distinction va ou non perdurer avec la réforme puisque la cession de contrat y est définie comme la cession de la qualité de partie, autrement dit une « *substitution* » de personne¹⁶⁷. On peut néanmoins regretter que l'ordonnance n'ait pas clairement tranché cette question.

106. Par ailleurs, le texte ne régit que la cession conventionnelle de contrat. Le nouveau droit commun ne devrait donc pas saisir les cessions légales telles celles du bail de l'article 1743 du Code civil en cas de vente de l'immeuble loué, du contrat de travail avec l'entreprise. Les tribunaux pourraient néanmoins s'inspirer de ces règles pour trancher les questions non résolues par les textes concernant les effets de ces cessions légales.

En revanche, les dispositions générales introduites par la réforme sont applicables aux cessions conventionnelles faisant l'objet de dispositions spéciales, dans la mesure où elles ne leur sont pas contraires. Ces cessions spéciales sont nombreuses : par exemple, celles du contrat de vente d'immeubles à construire (C. civ., art. 1604), de promotion immobilière (C. civ., art. 1831-3) ou de bail (C. civ., art. 1743)¹⁶⁸.

166. V. notamment, Cass. civ. 3^e, 13 juill. 1999, *D.* 2000, p. 195, note E. Jeuland et somm., p. 277, obs. O. Tournafond ; Cass. civ. 3^e, 19 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 68 ; *D.* 1997, somm., p. 341, obs. Ph. Brun ; *JCP G.* 1997, I, 4039, note M. Billiau ; *Defrénois* 1997, 1343, obs. D. Mazeaud.

167. Doutant du maintien de la distinction ; V. notamment R. BOFFA, « Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N.* 2016, n° 13, 1115 ; M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », *JCP N.* 2016, n° 40, act., 1071.

En faveur du maintien de la distinction, V. : Ch. GJJSBERS, « Faut-il “rebaptiser” les clauses de substitution après la réforme du droit des obligations ? », *JCP N.* 2017, n° 45, act., 1194.

168. Sur la cession conventionnelle du bail immobilier, V. : R.-N. SCHÜTZ, « Le droit du bail après la réforme du droit commun des contrats. En attendant celle des contrats spéciaux », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, p. 51, spéc. n° 35 et s.

107. Selon l'article 1216, alinéa 3 : « *La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ». En droit commun, la cession conventionnelle de contrat devient donc un contrat solennel. L'application éventuelle du texte au bail illustre parfaitement les difficultés de l'articulation des « *règles générales* » et des « *règles particulières* » (C. civ., art. 1105, al. 3). Le nouvel article 1216 doit-il conduire à inverser le principe et à exiger un écrit pour la validité de la cession du bail ? Deux interprétations sont possibles.

Aucune des dispositions du droit du bail réglementant sa cession n'exige d'écrit pour sa validité. On pourrait en déduire que la cession de bail obéit au principe du consensualisme, désormais énoncé expressément par l'article 1172, alinéa 1^{er}. Le principe en matière de cession de bail serait le consensualisme qui l'emporterait sur la règle de droit commun.

Mais il est aussi possible de juger que la loi spéciale du bail est silencieuse sur la question de la forme de la cession. Le nouvel article 1216 qui énonce une règle générale ne se heurte donc à aucune règle particulière et il peut s'appliquer sans difficulté à la cession du bail qui deviendrait un contrat solennel.

108. La libération du cédant à laquelle est subordonné le sort des sûretés est réglée par les articles 1216-1 et 1216-3.

Selon l'article 1216-1, « *si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir* [al. 1]. *À défaut, et sauf clause contraire, le cédant reste tenu solidairement à l'exécution du contrat* [al. 2] ». L'absence de libération du cédant était la solution à laquelle la Cour de cassation était finalement parvenue¹⁶⁹. L'article 1216-1 a donc le mérite de consacrer la solution jurisprudentielle encore discutée par certains.

De même, la nature de l'obligation qui subsiste quand le cédant n'est pas libéré n'avait jamais été clairement indiquée. Désormais, le cédant « *est tenu solidairement à l'exécution du contrat* », sauf si le cédé renonce à la solidarité *par une « clause contraire »*.

Enfin, si le cédé n'est pas libéré, les sûretés subsistent (art. 1216-3, al. 1). S'il est libéré, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur

169. Cass. civ. 3^e, 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 984, note M. Billiau et Ch. Jamin ; *Defrénois* 2002, art. 37558, n° 36, obs. R. Libchaber, préc. En se fondant sur l'article 1275 du Code civil relatif à la délégation, elle a jugé que la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire.

accord et les codébiteurs solidaires restent tenus, déduction faite de sa part dans la dette (art. 1216-3, al. 2).

109. L'article 1216-2 traite du sort des exceptions que peuvent invoquer le cessionnaire et le cédé.

Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, mais pas les exceptions personnelles au cédant (art. 1216-2, al. 1).

Le texte donne une liste non exhaustive des exceptions inhérentes à la dette : nullité (pas de distinction selon qu'elle est relative ou absolue), exception d'inexécution, résolution, compensation de dettes connexes. On peut sans doute y ajouter la prescription extinctive qui est aussi un moyen de défense. À la lettre, le cessionnaire peut donc opposer l'inexécution du contrat - y compris antérieure à la cession - pour suspendre son obligation ou obtenir la résolution.

En revanche, il n'y a ni définition, ni illustrations, des exceptions personnelles au cédant. Autrefois, on y rangeait la nullité relative fondée sur le vice du consentement ou l'incapacité. Eu égard à la définition des exceptions inhérentes à la dette, on ne le pourrait plus. Il reste la compensation des dettes non connexes et la remise de dette.

La situation du cédé est plus simple. Il peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant (art. 1216-2, al. 1). Il pourrait donc invoquer des manquements antérieurs du cédant. Une décision ancienne a ainsi jugé que le cessionnaire du bail peut se voir opposer par le propriétaire tous les moyens de défense que ce dernier pouvait invoquer contre le locataire originaire cédant¹⁷⁰. C'est désormais la solution retenue par le nouvel article 1216-2, alinéa 2.

110. On peut cependant regretter que l'ordonnance, en dehors de la question de l'opposabilité des exceptions, n'envisage pas les rapports du cessionnaire et du cédé. Notamment à partir de quel moment le cessionnaire se substitue-t-il au cédant et peut-il réclamer l'exécution du contrat au cédé et inversement à partir de quand le cédé peut-il exiger l'exécution des obligations par le cessionnaire ? Dans la suite de la libération éventuelle du cédant « *pour l'avenir* », on peut penser que c'est à compter de l'accord tripartite de cession que le cessionnaire subit et profite de tous les effets du contrat. Mais ce n'est pas vrai, dans ses rapports avec le cédé, lorsque celui-ci a consenti à la cession

170. Req., 23 mars 1870, *D.P.* 1872, 1, p. 99.

par avance. Celle-ci ne produit alors effet à son égard que lorsqu'elle lui a été notifiée ou lorsqu'il en prend acte (art. 1216, al. 2).

La jurisprudence démontre en outre que la répartition chronologique des effets du contrat cédé n'est pas absolue en présence d'une obligation à caractère continu, telle l'obligation de conservation. Ainsi en matière de bail, plusieurs décisions ont jugé que le dernier cessionnaire d'un bail commercial est tenu, envers le bailleur, des dégradations causées par ses prédécesseurs¹⁷¹. En revanche, le caractère successif de l'obligation de payer une somme d'argent - par exemple les loyers - justifie que le cessionnaire n'en soit tenu, corrélativement à la jouissance, qu'à compter de la date de la cession du contrat.

111. Enfin, les rapports entre le cédant et le cessionnaire sont aussi totalement ignorés. Cela peut s'expliquer parce que c'est aux parties de les régler dans leur convention. Cependant des difficultés peuvent surgir si elles ne le font pas, par exemple concernant la garantie éventuellement due par le cédant. Il aurait donc mieux valu que le législateur se prononce sur la question. D'autant que, contrairement au projet d'ordonnance, il n'est plus renvoyé aux « ... règles de la cession de créance et de la cession de dette en tant que de besoin » (art. 1340, al. 4 du projet).

PARAGRAPHE 3. LE NOUVEAU DROIT DE L'INEXÉCUTION

112. Le Code civil contient désormais une section consacrée à l'inexécution du contrat, pour l'essentiel consacrée à ses sanctions (art. 1217 à 1231-7)¹⁷².

Le droit nouveau ne fournit pas de définition de l'inexécution.

En revanche, il distingue les conséquences de l'inexécution due à un cas de force majeure, des sanctions de l'inexécution imputable au débiteur.

171 Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2003, n° 02-1179, *Bull. civ.* III, n° 145 ; Cass. civ. 3^e, 30 sept. 2015, n° 14-21237, *Bull. civ.* III, n° 84 ; *Dr. et proc.* 2016, n° 1, p. 10, obs. R.-N. Schütz. V. égal. pour une modification des lieux loués et un changement d'affectation : Cass. civ. 3^e, 8 oct. 2015, n° 14-13179, *Bull. civ.* III, à paraître ; *Dr. et proc.* 2016, *ibid.*

172. V. notamment : S. TERNEYRE, « La fin du contrat, l'éventail élargi des sanctions », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, p. 187 ; H. BOUCARD, « Le nouveau régime de l'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemande*, p. 153 ; V. aussi « L'inexécution du contrat » (Dossier), *Dr. et patrim.* 2016, n° 259, p. 38 et s.

A. L'INEXÉCUTION DUE À UN CAS DE FORCE MAJEURE

113. L'article 1218 alinéa 1 définit la force majeure qui entraîne l'inexécution du contrat. « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Cette disposition consacre pour l'essentiel celle retenue par la jurisprudence dans son dernier état¹⁷³, en y ajoutant toutefois qu'il faut « *un événement échappant au contrôle du débiteur* ». Cette nouvelle rédaction manifeste l'abandon de la condition d'extériorité. « *La force majeure peut naître du débiteur lui-même (et de ses auxiliaires) pourvu qu'elle soit indépendante de sa volonté, au-delà de sa sphère d'influence*¹⁷⁴ ». Le rapport au Président précise d'ailleurs que l'article 1218 « *... reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Ass. plén. 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité* ». Telle qu'elle ressort du nouvel article 1218, la formulation des caractères de la force majeure est donc nettement influencée par les projets européens d'harmonisation. « *À l'irrésistible, l'imprévisible et l'extérieur succède l'incontrôlable, l'imprévisible et l'inévitable*¹⁷⁵ ».

Le nouvel article 1218 ne fait aucune référence à la cause étrangère retenue comme cause d'exonération de la responsabilité contractuelle par l'ancien article 1147, à côté de la force majeure et du cas fortuit (C. civ., ancien art. 1148). La force majeure devient ainsi l'unique cause d'exonération de la responsabilité du débiteur de l'obligation inexécutée.

Le nouvel article 1231-1 - qui remplace les articles 1147 et 1148 - consacre cette évolution en disposant que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure*¹⁷⁶ ».

173. Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 96-13316, *Bull. civ.* III, n° 53 ; *Defrénois* 1998, p. 1051, obs. D. Mazeaud.

174. H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 3.

175. P. OUDOT, « Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop ! », *JCP G.* 2016, n° 26, doct., 769, n° 8.

176. Les articles 1218 et 1231-1 consolident aussi l'assimilation par la doctrine majoritaire et la jurisprudence des deux notions de force majeure et de cas fortuit. Contre cette assimilation : H. BOUCARD, *Rép. civ. Dalloz*, V° « Responsabilité contractuelle », n° 255

114. Les effets de la force majeure sont limités à ceux sur le contrat. Si l'empêchement est temporaire, il s'agira de suspension comme le prévoyait déjà la jurisprudence. Si l'empêchement est définitif, il y aura résolution de plein droit du contrat (pas judiciaire) ; peu importe, semble-t-il, la gravité de l'inexécution. On peut cependant regretter que le texte n'impose pas au débiteur de notifier la suspension ou la résolution du contrat au créancier de l'obligation inexécutée. En ce qui concerne les conséquences de la résolution, l'article 1218 renvoie à la section du régime consacrée à l'impossibilité d'exécuter qui est une des causes d'extinction de l'obligation (art. 1351 et s.).

Aucune disposition - à l'exception de l'article 1231-1 en matière de dommages et intérêts - ne précise si, en cas d'inexécution due à un cas de force majeure, les règles régissant les différentes sanctions sont écartées dans leur intégralité. Il va de soi que l'exécution forcée est impossible. En revanche l'article 1229 pourrait compléter utilement les articles 1351 et 1352 quant à l'étendue dans le temps de la résolution. On pourrait aussi imaginer que le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée en raison de la force majeure préfère à la résolution, la réduction du prix de l'article 1223.

B. LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION IMPUTABLE

115. L'article 1217 du Code civil contient une présentation ordonnée des sanctions. Il prévoit cinq sanctions lorsque le contrat n'a pas été exécuté ou exécuté imparfaitement :

- L'exception d'inexécution
- L'exécution forcée en nature
- Solliciter la réduction du prix
- Provoquer la résolution du contrat
- Demander réparation des conséquences de l'inexécution

Le texte précise *in fine* que les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages-intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

La question de savoir si le cumul est ou non possible concerne donc les quatre premières sanctions. Deux exemples de cumul peuvent être fournis à titre d'illustration. Un créancier met d'abord en œuvre l'exception

et s., pour qui la cause étrangère - c'est-à-dire l'empêchement - de l'ancien article 1117 serait le genre, et la force majeure et le cas fortuit de l'article 1148, deux espèces.

d'inexécution et à défaut d'exécution par le débiteur, il agit ensuite en résolution ou en exécution forcée. Ou encore, un créancier agit en exécution forcée et si celle-ci est imparfaite, il demande en même temps une réduction du prix. Les sanctions peuvent au contraire être incompatibles : il en est ainsi de l'exécution forcée et la résolution et désormais de la réduction du prix et la résolution.

116. Le texte ne dit rien, en revanche, de la possibilité d'exclure une sanction par une clause du contrat. On sait que l'ordonnance ne tranche pas la question de son caractère impératif ou supplétif à défaut de stipulations spéciales contraires. Tout au plus, dans le rapport au Président, il est indiqué que le caractère en principe supplétif des dispositions de l'ordonnance « *s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103...* ». La mesure est donc la liberté contractuelle et la force obligatoire.

Il faudra, à partir de ces deux principes, que les tribunaux déterminent dans quelle mesure les articles 1217 et suivants sont d'ordre public pour statuer sur la licéité des clauses aménageant les sanctions en cas d'inexécution imputable à l'une des parties. Ils pourront cependant recourir à l'article 1170 qui déclare non écrite toute stipulation qui prive de sa substance l'obligation essentielle. Ainsi, serait sans aucun doute jugée non-écrite une clause qui écarterait toutes les sanctions pour l'une des parties, privant ainsi de sa substance son obligation essentielle. En revanche, conformément au dernier état de la jurisprudence, la clause de renonciation à la résolution judiciaire devrait encore être considérée licite¹⁷⁷. Il faudra aussi que la jurisprudence se prononce sur l'efficacité d'une clause qui supprimerait tout recours à l'exécution forcée ou celle qui ne ferait que la moduler, par exemple en supprimant la faculté de remplacement.

Voyons maintenant les cinq sanctions exposées désormais dans le Code civil dans cinq sous-sections successives.

1. L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

117. L'ordonnance consacre l'exception d'inexécution avérée à l'article 1219 : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation alors même que celle-ci, est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ». Et elle introduit l'exception pour risque d'inexécution à l'article 1220 : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences*

177. V. *infra*, n° 133.

de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

La jurisprudence a admis l'exception d'inexécution avérée de longue date en généralisant à tous les contrats synallagmatiques¹⁷⁸ les solutions particulières des articles 1612 pour la vente et, dans une moindre mesure, 1704 pour l'échange. Son fondement a été discuté¹⁷⁹ mais son principe n'est plus contesté car elle est considérée comme « ... conforme à la justice la plus élémentaire [...]. Rien ne saurait en effet imposer à l'une des parties de s'exécuter alors que l'autre refuse de le faire¹⁸⁰ ».

Les textes nouveaux ne réservent pas expressément cette sanction aux contrats synallagmatiques ni aux rapports synallagmatiques. Or, le domaine de l'exception d'inexécution est traditionnellement discuté¹⁸¹. Elle s'applique sans conteste aux contrats synallagmatiques parfaits. Mais la jurisprudence l'a aussi appliquée aux contrats synallagmatiques imparfaits¹⁸² et à certains rapports synallagmatiques qui ne dérivent pas d'un même contrat¹⁸³. Le silence de l'article 1219 permettra à cette jurisprudence de perdurer mais il n'éteindra pas les controverses relatives au domaine de l'exception d'inexécution.

118. Les tribunaux ont admis le recours à l'exception d'inexécution sous certaines conditions qui ne se retrouvent pas toutes dans le nouvel article 1219.

L'obligation inexécutée devait en premier lieu être exigible¹⁸⁴. L'article 1219 ne le précise pas expressément mais sa formulation le suggère.

178. Req., 17 mai 1938, *DH* 1938, p. 419.

179. Sur les fondements proposés, V. : O. DESHAYES, *Rép. Civ. Dalloz*, V° « Exception d'inexécution », n° 12.

180. W. DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p. 1, spéc. n° 2.

181. V. notamment, *ibid.*

182. Pour une application de l'exception d'inexécution à un contrat synallagmatique imparfait : Cass. com., 16 juin 1981, n° 79-16204, *Bull. civ.* IV, n° 276 ; *JCP G.* 1981, IV, 318.

183. Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-12507, inédit, *Deffrénois* 2006, p. 307, obs. R. Libchaber : l'exception d'inexécution est admise lorsque « le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'inexécution de cette dernière est liée à celle de la première ».

184. Cass. civ. 3^e, 15 avr. 1980, *JCP G.* 1980, IV, 142.

Le manquement du débiteur de l'obligation inexécutée devait être suffisamment grave¹⁸⁵. L'inexécution doit en effet porter atteinte à l'économie du contrat, à son équilibre. Les juges ont aussi exceptionnellement contrôlé la proportionnalité entre les deux inexécutions en imposant au créancier de moduler sa propre inexécution proportionnellement à l'inexécution qu'il subit¹⁸⁶. L'article 1219 n'exige que la gravité de l'inexécution du débiteur, sans évoquer expressément la proportionnalité de l'inexécution du créancier qui met en œuvre l'exception d'inexécution¹⁸⁷. Cette rédaction laisse une marge de manœuvre aux tribunaux qui peuvent ou non y inclure un contrôle de la proportionnalité¹⁸⁸. Mais, en ne l'exigeant pas, ils renforcent la fonction coercitive de l'exception d'inexécution et favorisent l'exécution en nature¹⁸⁹.

Contrairement aux autres sanctions, le texte n'impose pas de mise en demeure, consacrant sur ce point la jurisprudence antérieure¹⁹⁰.

119. L'article 1220 crée un nouveau remède : l'exception d'inexécution anticipée en s'inspirant des instruments européens et internationaux d'unification¹⁹¹ et de l'article 104 du projet Terré¹⁹². Il généralise l'exception pour risque d'inexécution, qui ne figurait dans le Code civil qu'à propos de

185. V. par ex. : Cass. soc., 6 mars 1964, *Bull. civ.* V, n° 215 (le défaut de délivrance d'une seule cave, comprise dans le bail, mais dont la valeur et la superficie étaient de peu d'importance, n'a pas été jugé assez grave pour justifier la suspension de son loyer par le locataire). V. aussi, Cass. com., 30 janv. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 41 ; Cass. com., 28 avr. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 144 ; Cass. civ. 3^e, 11 oct. 1978, *D.* 1979, IR, p. 54.

186. Il a été jugé que le maître de l'ouvrage ne peut retenir le paiement du prix des prestations fournies ; ce qui sous-entend qu'il peut seulement retenir la fraction du prix correspondant aux malfaçons : Cass. civ. 3^e, 8 mai 1969, *Bull. civ.* III, n° 366.

187. Le rapport au Président dit cependant expressément que ce moyen de pression ne doit être opposé que de manière proportionnée.

188. Approuvant le silence de l'article 1219 quant à la condition de proportionnalité, V. : Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, n° 11.

189. En ce sens, *ibid.*

190. Cass. com., 10 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 327 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 fév. 2002, *Bull. civ.* I, n° 68 ; *Defrénois* 2002, art. 37558, n° 31, obs. E. Savaux.

191. Art. 9 : 201 PECL ; art. III. - 3:401 (2), (3) DCFR ; art. 7.3.4 PCCI ; art. 71 CVIM.

192. En revanche, aucun article de l'avant-projet Catala ne consacre la sanction de l'exception pour risque d'inexécution.

la vente¹⁹³. Elle permet au créancier de suspendre sa prestation de manière anticipée¹⁹⁴. L'exception d'inexécution remplit alors une fonction préventive¹⁹⁵.

Le texte subordonne l'exception pour inexécution anticipée à trois conditions qu'il ne définit pas : un risque d'inexécution « *manifeste* » dont les conséquences seraient « *suffisamment graves* » et la notification de la suspension « *dans les meilleurs délais* ».

Le risque d'inexécution signifie que l'obligation du débiteur n'est pas exigible ; il faut qu'il soit manifeste pour que l'exception d'inexécution soit justifiée. C'est la raison pour laquelle la suspension doit être notifiée par le créancier « *dans les meilleurs délais* » afin que le débiteur puisse immédiatement contester l'existence du risque d'inexécution manifeste de son obligation.

Mais contrairement aux instruments européens et internationaux¹⁹⁶, l'article 1220 n'ouvre pas au débiteur la possibilité de paralyser l'exception d'inexécution en fournissant les assurances d'une bonne exécution à l'échéance. En outre, l'article 1220 ne prévoit aucune sanction de l'omission de la notification de la suspension dans les meilleurs délais. Cette disposition inachevée risque donc d'être source de contentieux.

Enfin, contrairement à l'inexécution avérée, ce n'est plus l'inexécution qui doit être « *suffisamment grave* », mais ses conséquences¹⁹⁷. La différence de rédaction est cependant négligeable si l'on considère que la gravité de l'inexécution ne peut s'apprécier qu'à travers ses conséquences. Il ne pourrait en aller différemment que si la jurisprudence appréciait la gravité de l'inexécution au regard du comportement du débiteur indépendamment de l'étendue de ses conséquences. Mais ce n'est pas son orientation actuelle en matière d'exception d'inexécution.

193. Art. 1613 et 1653 C. civ. français ; art. 71 CVIM (droit français et espagnol pour la vente internationale).

194. A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p. 31.

195. Selon M. MEKKI c'est une « *prime à l'efficacité au service du créancier* » (« Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 37).

196. Art. III.-3 : 401 (3) DCFR ; art. 7.3.4 PCCI ; art. 72 CVIM.

197. Le texte s'inspire de l'article 104 du projet Terré exigeant « *la gravité des suites de l'inexécution anticipée* ».

2. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

120. L'exécution forcée en nature est désormais soumise aux articles 1221 et 1222 du Code civil. Le droit du créancier à l'exécution de son obligation, quelle que soit sa source, est aussi consacré par le nouvel article 1341 inséré dans la section relative aux actions ouvertes au créancier. Elle est toujours subordonnée à la mise en demeure du créancier.

Le créancier a le choix entre deux modes d'exécution en nature : une action en exécution forcée en nature contre le débiteur ou l'exécution en nature par remplacement du débiteur.

121. « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature...* » (C. civ., art. 1221). Ce principe dans le droit ancien ressortait de l'ancien article 1184 alinéa 2 qui traitait principalement de la résolution du contrat : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention [...] ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

L'ordonnance pose désormais le principe de l'exécution forcée dans un texte distinct sans distinguer selon l'objet de l'obligation. Surtout le principe posé par l'ancien article 1142 selon lequel « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêt, en cas d'inexécution de la part du débiteur* » est abandonné. Comme le souligne le rapport au Président, l'ordonnance « *... rompt avec la lettre de l'actuel article 1142 du Code civil, dont la Cour de cassation avait déjà retenu une interprétation contraire au texte...* ».

Toute obligation inexécutée peut donc en principe être sanctionnée par une action en exécution forcée. La primauté de l'exécution en nature – déjà admise par la jurisprudence- est donc consacrée par la réforme.

Deux causes peuvent cependant, aux termes de l'article 1221, paralyser l'exécution en nature qui ne peut être poursuivie « *... si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ».

122. La première cause de paralysie de l'exécution forcée - l'impossibilité de l'exécution - est classique ; elle était déjà évoquée par l'ancien article 1184. La nouveauté, c'est que désormais, on ne distingue plus les obligations de faire ou ne pas faire d'une part (C. civ., anc. art. 1142) et les obligations de donner d'autre part. L'exécution forcée ne cède qu'en cas d'impossibilité.

L'impossibilité pourra d'abord être matérielle. Elle relève de la nature des choses et appelle peu de commentaire. Elle se rencontre notamment pour les obligations de livrer une chose corporelle - bien vendu, prêté ou loué

notamment - lorsque celle-ci a été détruite. L'inexécution en nature est alors consommée. Le créancier peut uniquement agir pour obtenir des dommages et intérêts ou la résolution du contrat, assortie ou non de dommages et intérêts.

L'impossibilité pourra aussi toujours résulter du caractère fortement personnel de l'objet de l'obligation pour le débiteur. Les anciennes obligations de faire et de ne pas faire, désormais soumises au principe de l'exécution forcée en nature, seront donc concrètement plus souvent sujettes à la limite de l'impossibilité. À juste titre, l'ordonnance ne définit pas cette impossibilité, contrairement à l'avant-projet Catala pour qui l'exécution forcée en nature « *en aucun cas ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou la dignité du débiteur* » (art. 1154). Il suffit de se reporter à la jurisprudence antérieure à la réforme pour en déterminer les contours¹⁹⁸.

123. La réforme introduit une nouvelle cause interdisant le recours à l'exécution forcée en nature. Désormais, celle-ci peut aussi être écartée s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier¹⁹⁹.

Ce contrôle de proportionnalité de l'exécution forcée est destiné, selon le rapport au Président de la République, à « *éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées* » dont les plus critiquées ont été rendues en matière de contrat de construction immobilière. On peut par exemple citer un arrêt du 11 mai 2005 par lequel la Cour de cassation casse l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé de condamner un constructeur pour une différence d'altimétrie de 33 cm au motif que cela n'empêchait pas l'usage normal de la maison. Au visa de l'article 1184, la Cour de cassation considère que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible*²⁰⁰ ». Le contrôle de proportionnalité va donc affecter les demandes en démolition-reconstruction en cas de malfaçons²⁰¹.

198. Y-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », n° 14.

199. Cette restriction est l'objet d'appréciations très contrastées. V. par ex : T. GENICON, « Contre l'introduction du coût manifestement déraisonnable comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et. Patrim.* 2014, p. 63 ; D. MAINGUY, « Du "coût manifestement déraisonnable" à la reconnaissance d'un "droit d'option" », *Dr. et. Patrim.* 2014, p. 60.

200. Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21136, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *Deffrénois* 2006, p. 84, obs. H. Périnet-Marquet ; *RDI* 2005, p. 299, obs. Ph. Malinvaud et p. 307, obs. O. Tournafond.

201. Sur la question, V. : M. FAURE-ABBAD, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, p. 194, n° 18 et s.

Ce contrôle de proportionnalité ne s'applique pas en matière de ventes lorsqu'il existe un régime spécial. Le contrôle de proportionnalité est en effet prévu par l'article L. 217-9 1 alinéa 2 du Code de la consommation pour les défauts de conformité affectant les biens de consommation, mais selon des modalités un peu différentes. L'acheteur choisit en principe entre la réparation et le remplacement du bien. Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut.

124. Le créancier peut, comme par le passé, préférer obtenir l'exécution en nature par remplacement du débiteur.

Selon l'article 1222, alinéa 1, le créancier a la faculté « *après mise en demeure ... dans un délai et à un coût raisonnables, de faire exécuter lui-même l'obligation...* ». Il peut, une fois l'exécution réalisée, demander au débiteur les sommes engagées à cette fin. Cette solution tranche avec celle de l'ancien article 1144 du Code civil qui, sauf urgence, imposait au créancier d'être autorisé par le juge à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. À défaut d'autorisation, il ne pouvait obtenir remboursement des frais engagés. Il y a donc déjudiciarisation de la faculté de remplacement qui ne sera contrôlé qu'*a posteriori* par le juge²⁰², si le débiteur conteste l'inexécution ou démontre que le coût du remplacement est déraisonnable. Cette nouvelle règle est en pratique très importante en matière de bail et d'entreprise. C'est seulement s'il désire que le débiteur fasse l'avance des sommes nécessaires que le créancier doit préalablement saisir le juge (art. 1222, al. 2).

Toutefois, l'article 1222 alinéa 1 réserve le cas de la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation. Dans ce cas, il impose toujours au créancier d'obtenir préalablement l'autorisation du juge. Ce qui implicitement introduit un régime différent selon que l'inexécution est celle d'une obligation de faire ou de ne pas faire.

3. L'ACTION EN RÉDUCTION DU PRIX

125. La réforme du droit des contrats met une nouvelle sanction à la disposition du créancier en généralisant l'action estimatoire ouverte à l'acquéreur en cas de vice caché et l'usage de la réfaction du prix dans les

202. M. FAURE-ABBAD, « Article 1122, la faculté de remplacement », *RDC* 2015, p. 784.

ventes commerciales²⁰³. L'article 1223 dispose en effet que « *le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix* [al. 1]. *S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais* [al. 2] ».

La sanction de la réduction du prix est une grande nouveauté. Le Gouvernement la présente comme une « *sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution qui permet de procéder à une révision du contrat...* ». Inspirée des projets européens, la réduction du prix peut apparaître comme un moyen simple, efficace, permettant de préserver le contrat dans la mesure où l'exécution est utile au créancier.

Mais l'article 1223 est un texte mal rédigé qui fait peser de graves menaces sur la force obligatoire du contrat.

126. Analysons les conditions de cette sanction (art. 1223, al.1).

- 1° L'inexécution imparfaite. Le degré de gravité de l'inexécution n'est pas précisé. Mais c'est après tout normal puisque la réduction du prix est proportionnelle. À une inexécution légère devrait correspondre une réduction du prix peu importante.
- 2° L'option du créancier. C'est le créancier et lui seul qui « *accepte* » la réduction du prix plutôt que l'exécution forcée, la résolution ou les dommages-intérêts. Cette option n'est ouverte ni au débiteur ni au juge. Par exemple le juge ne pourrait y recourir s'il estime que l'inexécution n'est pas suffisamment grave pour accueillir l'action en résolution du créancier.
- 3° Le préalable de la mise en demeure par le créancier. C'est une ultime chance pour le débiteur de s'exécuter. Le texte ne dit pas que la mise en demeure doit informer le débiteur de la mise en œuvre de la sanction de la réduction. C'est logique, le créancier n'a pas encore « *accepté la réduction du prix* » ; il pourrait préférer une autre sanction.
- 4° Une mise en demeure restée infructueuse. Dans le cas où le débiteur remédie à l'inexécution imparfaite dans le délai octroyé, l'éventuelle sanction de la réduction du prix n'a plus de raison d'être.

203. Action estimatoire en garantie des vices cachés (art. 1644), diminution proportionnelle du prix pour défaut de contenance (art. 1617, al. 2) ou de différence de mesure d'au moins un vingtième (art. 1619, al. 5). La réduction du prix est aussi admise par l'usage en matière commerciale.

127. En ce qui concerne la mise en œuvre de la réduction, le texte distingue le cas où le créancier a déjà payé, de celui où il n'a pas encore payé.

1^{re} hypothèse : le créancier a déjà payé. Dans ce cas, l'alinéa 1 précise qu'il peut « *solliciter* » une réduction du prix.

« *Solliciter* », c'est demander à quelqu'un. On pense naturellement au juge. Mais le rapport au Président de la République indique au contraire que le texte permet au créancier de l'obligation imparfaitement exécutée d'obtenir une réduction, sans devoir saisir le juge en diminution du prix. Si la réduction proportionnelle du prix ne peut être demandée qu'à son créancier, il n'y avait pas besoin d'un texte pour le dire. C'est un exemple de modification conventionnelle du contrat (nouvel art. 1193). La question est de savoir comment ce texte sera interprété par les tribunaux qui ne suivront pas forcément l'intention des rédacteurs de l'ordonnance. Si le débiteur de l'obligation imparfaitement exécutée, créancier du prix, refuse une diminution de ce dernier, la Cour de cassation y découvrira-t-elle le fondement d'une action en révision du prix en cas d'inexécution imparfaite en considérant, en l'absence d'interdiction claire du texte, que la sollicitation peut alors être adressée au juge ?

2^e hypothèse : le créancier n'a pas encore payé. Dans ce cas, l'alinéa 2 de l'article 1223 lui permet de réduire unilatéralement le prix par notification au débiteur. C'est une révision unilatérale du contrat pour inexécution qui suscite de nombreuses interrogations et objections :

- La décision doit être notifiée dans les meilleurs délais. Ce qui est certain, c'est que la notification n'est pas une mise en demeure qui est préalable à la décision. Quelle est la sanction de l'absence de notification ? Est-ce l'inexistence de la réduction du prix ?
- La notification doit-elle motiver la réduction, c'est-à-dire expliquer en quoi l'exécution est imparfaite et justifier la proportionnalité de la réduction du prix ?
- Le texte n'évoque pas la contestation de la décision par le créancier du prix. On peut tout de même espérer que cette possibilité est implicite. Celui-ci devrait pouvoir saisir le juge pour contester la mauvaise exécution qui lui est reprochée ou la disproportion de la réduction du prix par rapport à celle-ci. S'il a gain de cause, il pourra obtenir condamnation au paiement du prix et sans doute des dommages et intérêts lorsque la réduction unilatérale du prix a été fautivement mise en œuvre.

128. Ce moyen, présenté comme simple et efficace, constitue en réalité le *summum* de l'unilatéralisme et de la justice privée. Il risque de dégénérer facilement en chicanes fragilisant le contrat²⁰⁴. Dans le contrat d'entreprise par exemple, le maître de l'ouvrage de mauvaise foi, qui n'a pas encore payé ou pas totalement les travaux au moment de leur achèvement - ce qui est fréquent - peut unilatéralement notifier à l'entrepreneur, après une mise en demeure restée infructueuse, qu'il accepte l'exécution imparfaite mais qu'il diminue proportionnellement le prix. C'est alors à l'entrepreneur d'agir en justice pour démontrer que son exécution n'était pas imparfaite et que le maître de l'ouvrage doit donc verser l'intégralité du prix.

129. Il existe cependant des limites à l'application de l'article 1223, texte général, chaque fois qu'une disposition spéciale à un contrat prévoit la diminution du prix dans une hypothèse qui peut être rangée dans la notion imprécise d'« *exécution imparfaite du contrat* » et qui prévoit des conditions de mises en œuvre différentes, incompatibles avec la règle générale. Prenons comme exemples : le droit spécial de la vente et du bail.

Dans la vente, la réduction du prix est prévue par le Code civil dans trois hypothèses pour lesquelles l'article 1223 doit être écarté : la garantie de contenance de l'article 1617 ; l'action estimatoire lorsque la chose est viciée (art. 1644) ; l'éviction partielle (art. 1637). Mais il y a aussi une hypothèse d'origine jurisprudentielle : la réfaction judiciaire du prix des ventes commerciales en cas d'inexécution partielle de l'obligation de délivrance ou en cas de non-conformité de la chose. *A priori* cette réfaction ne devrait plus s'appliquer sauf à admettre que des solutions jurisprudentielles antérieures sont des dispositions spéciales à un contrat.

Dans le bail, plusieurs dispositions spéciales devraient aussi évincer l'article 1223. La diminution du loyer peut d'abord être demandée par le locataire en cas de perte partielle de la chose par cas fortuit (art. 1722) ; à défaut d'accord entre les parties, le locataire doit saisir le juge pour que celui-ci fixe le montant du nouveau loyer en fonction de la diminution de jouissance éprouvée²⁰⁵. Ensuite, l'article 1724 oblige le locataire à souffrir, quelque inconvénient qu'elles lui causent, les réparations urgentes de la chose louée qui ne peuvent être différées. Cependant, « *si ces réparations durent plus*

204. E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, p. 786 ; P.-Y. GAUTIER, « La réduction du prix - Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G.* 2016, 947.

205. V. par ex : Cass. civ. 3^e, 2 juin 1999, n° 97-14271, inédit.

de vingt et un jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé » (al. 2)²⁰⁶. Selon l'article 1726, encore « ... si le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire ». Le texte n'a pas donné lieu à une jurisprudence connue. Il faut imaginer une éviction partielle du locataire devant, par exemple, supporter une servitude revendiquée sur le fonds loué. Enfin, l'article 1765 applique au bail à ferme la garantie de contenance de la vente (art. 1617).

4. LA RÉSOLUTION DU CONTRAT

130. Avant la réforme, la résolution était traitée dans un article unique : l'ancien article 1184. Désormais sept articles y sont consacrés.

La sous-section débute par un texte qui annonce les trois modes de résolution. Selon l'article 1224, la résolution du contrat résulte soit d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur, ou d'une décision de justice. Il s'agit de trois modes placés sur le même plan. Symboliquement cependant la résolution judiciaire est évoquée en dernier. Cependant cela n'a pas d'incidence pratique. L'article 1127 précise d'ailleurs que la résolution judiciaire peut toujours être demandée en justice. Remarquons aussi que la résolution n'est plus comme dans l'ancien droit limitée aux contrats synallagmatiques. Remarquons enfin que l'ordonnance n'a pas consacré expressément la résolution anticipée alors qu'elle a admis l'exception pour risque d'inexécution.

Les articles suivants développent ces trois modes de résolution : la clause résolutoire à l'article 1225, la résolution à ses risques et périls à l'article 1226, la résolution judiciaire aux articles 1227 et 1228. Les deux derniers articles - 1229 et 1230 - traitent des effets de la résolution.

131. Les clauses résolutoires seront désormais soumises à l'article 1225 qui, pour l'essentiel, consacre les règles élaborées par la jurisprudence avant la réforme. Ces clauses relèvent de la liberté contractuelle, sauf dispositions spéciales contraires les interdisant ou les réglementant (par exemple dans les statuts des baux immobiliers).

206. En droit commun, la clause dite de « *souffrance* » par laquelle le locataire s'interdit de réclamer une indemnité au bailleur est en principe valable, sauf si par cette clause le bailleur s'affranchit de son obligation de délivrance : V. not. Cass. civ. 3^e, 1^{er} juin 2005, n° 04-12200, *Bull. civ.* III, n° 119. Les clauses exonératoires ne peuvent concerner qu'« *une gêne normale* » (Pau, 25 mars 2004, *Loyers et copr.* 2004, n° 204, obs. Vial-Pedroletti).

Selon l'alinéa 1, « *la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». Cette formule est exigeante. Elle impose que la clause énumère spécialement toutes les obligations qui pourront être sanctionnées par la clause résolutoire²⁰⁷. La clause résolutoire qui stipulerait qu'elle s'applique à l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations par le débiteur, sans autres précisions, sera sans aucun doute jugée trop générale et perdra toute efficacité. En revanche, comme sous l'empire de la jurisprudence antérieure, la gravité de l'inexécution n'est pas requise pour que la clause puisse être mise en œuvre. Le juge ne peut donc se fonder sur une gravité insuffisante pour paralyser le jeu de la clause.

L'alinéa 2 de l'article 1225 précise que la résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse qui doit mentionner expressément la clause résolutoire. C'est une dernière chance laissée au débiteur de s'exécuter. Les parties peuvent néanmoins stipuler expressément, comme sous l'empire de la jurisprudence antérieure²⁰⁸, que la résolution résultera du seul fait de l'inexécution. C'est la pratique de la clause résolutoire de plein droit et sans sommation qui est ainsi consacrée.

L'article 1225 passe sous silence la condition de l'exercice de bonne foi de la clause résolutoire par le créancier qui était imposée par les tribunaux. Le principe général de bonne foi de l'article 1104 devrait cependant permettre à la jurisprudence de maintenir cette exigence.

Enfin, le créancier peut, malgré l'existence d'une clause résolutoire, choisir la voie de la résolution judiciaire, qui, selon l'article 1227, peut être demandée « *en toute hypothèse* ». Le créancier a donc une option entre les deux voies.

132. Le nouvel article 1226 consacre la résolution unilatérale du contrat « *aux risques et périls du créancier* ». Cette rupture avec l'article 1184 du Code

207. La Cour de cassation jugeait déjà avant la réforme que la clause résolutoire insérée dans un bail commercial devait, pour être efficace, énumérer spécialement toutes les obligations dont l'inexécution entraînait le jeu de cette clause, V. : R.-N. SCHÜTZ, « Les clauses résolutoires dans les baux d'immeubles », in *L'issue des baux immobiliers : du droit à la pratique*, X^e colloque de la Revue Droit et procédures, Poitiers 8 juin 2012, *Dr. et proc.* 2012, supplément cahier n° 11, p. 53-62, n° 9 et s.

208. V. par ex : Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-02020, *Bull. civ.* I, n° 27 : « ... *Sauf dispense expresse et non équivoque, une telle clause ne pouvait être acquise au créancier sans la délivrance préalable ... d'une mise en demeure...* ».

civil était encore discutée en France, bien qu'elle fût admise depuis quelques années par la jurisprudence²⁰⁹.

Comme la résolution judiciaire, la résolution unilatérale suppose une « *inexécution suffisamment grave* » (C. civ., art. 1224). Les premiers arrêts n'admettaient le bien-fondé de la résolution unilatérale que lorsque « *la gravité du comportement du débiteur* » la justifiait. Mais, dans son dernier état, la jurisprudence n'exigeait plus qu'une inexécution suffisamment grave²¹⁰. En consacrant cette solution, l'ordonnance tranche heureusement en faveur d'un alignement des conditions de la résolution unilatérale sur la résolution judiciaire. On ne voit en effet pas pourquoi le juge pourrait sanctionner une résolution unilatérale intervenue dans des circonstances où il aurait lui-même résolu le contrat²¹¹.

L'article 1226 enferme la résolution unilatérale dans un double formalisme. La partie qui désire mettre en œuvre la résolution doit préalablement mettre en demeure le débiteur de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. Cette mise en demeure doit en outre indiquer que le créancier sera en droit de résoudre le contrat si elle reste infructueuse. À défaut d'exécution du débiteur, le créancier doit notifier la résolution en indiquant les raisons qui la justifient. Cette motivation permettra au juge de contrôler le bien-fondé de la résolution en cas de contestation du débiteur.

Le débiteur peut contester à tout moment cette résolution qui est faite aux risques et périls du créancier. Son bien-fondé sera donc vérifié *a posteriori* par le juge au lieu de l'être *a priori* comme dans la résolution judiciaire. C'est alors au créancier de faire la preuve du bien fondé de la résolution. La sanction de la résolution injustifiée n'est pas précisée par l'article 1226. Certains considèrent que le juge pourrait après coup maintenir le contrat lorsque c'est encore possible²¹². D'autres estiment au contraire que le juge pourrait uniquement allouer des dommages et intérêts²¹³.

209. L'arrêt fondateur est l'arrêt Tocqueville : Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ.* III, n° 300 ; *D.* 1999, p. 197, note Ch. Jamin et somm., p. 115, obs. Ph. Delebecque.

210. Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, *JCP G.* 2007, I, 161, n° 12, P. Grosser.

211. En ce sens : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, p. 286, n° 278.

212. En ce sens, V. notamment F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*, n° 28, p. 175.

213. B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, n° 734.

133. La résolution judiciaire est régie par les articles 1227 et 1228.

L'article 1227, déjà évoqué, précise que la résolution judiciaire peut être demandée en justice en toute hypothèse, y compris donc lorsqu'il existe une clause résolutoire. La question est celle de l'impérativité de ce texte. Les parties peuvent-elles exclure le recours à la résolution judiciaire ? La jurisprudence antérieure l'admettait dès lors que la clause de renonciation était claire²¹⁴. La formule ne s'y oppose pas et le rapport au Président est en ce sens. Tout dépendra cependant de l'étendue de l'exclusion des sanctions. Si cette exclusion s'accompagne de l'insertion d'une clause résolutoire et qu'elle n'exclut pas la résolution unilatérale, elle sera sans aucun doute valable. Si ce sont tous les modes de résolution et l'exécution forcée qui sont exclues, c'est moins sûr !

L'article 1228 consacre le régime de la résolution judiciaire dégagé par les tribunaux à partir de l'ancien article 1184 du Code civil. Le juge conserve, comme sous l'empire des dispositions anciennes, un large pouvoir d'appréciation puisque, saisi d'une demande de résolution, il peut selon les circonstances - notamment selon la gravité de l'inexécution - écarter la résolution au profit d'une autre sanction : exécution forcée, délai de grâce ou dommages et intérêts.

134. Les deux derniers articles consacrés à la résolution traitent de ses effets.

L'innovation consiste dans l'abandon de la rétroactivité de principe. « *La résolution met fin au contrat* » (art. 1229, al. 1), soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception de la notification pour la résolution unilatérale, soit à celle fixée par le juge (ou, à défaut à celle de l'assignation).

Quant aux restitutions, il faut distinguer. Si les prestations échangées n'étaient utiles que par l'exécution complète du contrat, les parties doivent se restituer intégralement ce qu'elles ont perçu. C'est dans cette hypothèse, qu'il y a au sens strict résolution. Si les prestations ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution, il n'y a pas lieu à restituer pour la période antérieure à la première prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie²¹⁵. Il y a alors simplement résiliation. La règle, déjà esquissée en matière de restitutions - notamment à

214. Cass. civ. 3^e, 3 nov. 2011, n° 10-26203, *Bull. civ.* III, n° 178; *RDC* 2012, p. 402, obs. Y.-M. Laithier.

215. L'article 1229 vise, à tort, « *la dernière prestation...* ».

propos de bail - par quelques décisions antérieures²¹⁶, est délicate à mettre en œuvre, mais elle est bonne. Les effets de la résolution doivent en effet être fixés sur le fondement de l'idée que la fin du contrat causée par l'inexécution ne doit pas laisser subsister un déséquilibre provenant de l'exécution d'obligations sans contrepartie. La résiliation du contrat aboutit alors à des restitutions soumises aux articles 1352 à 1352-9 (art. 1229, al. 4).

Selon l'article 1230, deux séries de clauses échappent toujours à la résolution. Les premières sont celles relatives au règlement des différends : clause de compétence juridictionnelle et clause compromissoire. C'est une consécration de la jurisprudence antérieure²¹⁷. Les secondes « *sont celles destinées à produire effet même en cas de résolution* ». La formule est pour le moins ouverte. L'article en donne cependant deux exemples : les clauses de confidentialité et les clauses de non-concurrence, contredisant la jurisprudence qui considère que ces dernières ne survivent pas à la résolution du contrat²¹⁸. Le texte passe en revanche sous silence les clauses indemnitaires, telle la clause pénale qui traditionnellement survit à la résolution²¹⁹ et la clause limitative de responsabilité qui curieusement n'y survivrait pas²²⁰. L'article 1230 devrait permettre de dépasser ces solutions contradictoires car les clauses pénales comme celles limitatives de responsabilité sont « *destinées à produire effet même en cas de résolution* ». Néanmoins, il sera prudent que les parties stipulent que ces clauses peuvent accompagner la résolution pour éviter toute discussion²²¹.

216. Cass. civ. 3^e, 30 avr. 2003, *Bull. civ.* III, n° 87; *JCP G.* 2003, I, 170, n° 2, obs. Constantin; *JCP G.* 2004, II, 10031, note Ch. Jamin; *RTD civ.* 2003, spéc. p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages; *Defrénois* 2003, art. 37810, n° 91, obs. E. Savaux; *RJDA* 2003, n° 694; *JCP E.* 2003, 1665, n° 2, obs. J. Monéger; *Ann. Loyers* 2003, p. 750, note Ch. Atias; *Rev. loyers* 2003, p. 407, note B. Humblot-Gignoux; *JCP E.* 2004, 30, note M. Keita.

217. Cass. com., 12 nov. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 136 (clause compromissoire); Cass. civ. 2^e, 11 janv. 1978, *Bull. civ.* II, n° 13 (clause attributive de compétence).

218. La solution jurisprudentielle selon laquelle les clauses de non concurrence ne survivent pas à la résolution (V. par ex : Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ.* I, n° 118; *RTD civ.* 1996, p. 906, obs. J. Mestre) est donc condamnée.

219. V. notamment Cass. civ. 3^e, 15 fév. 2005, n° 04-11223, inédit; Cass. civ. 3^e, 12 janv. 1994, *Bull. civ.* III, n° 118; *Defrénois* 1996, art. 35845, n° 65, obs. D. Mazeaud; Cass. com. 22 mars 2011, *Bull. civ.* IV, n° 49; *RTD civ.* 2011, p. 345, obs. B. Fages; *RDC* 2011, p. 826, obs. E. Savaux.

220. Selon un arrêt inédit de la chambre commerciale de la Cour de cassation (5 oct. 2010, n° 08-11630, *RDC* 2011, p. 431, obs. T. Génicon).

221. En ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, p. 280, n° 272.

5. LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS CONTRACTUELS

135. Dans la veine de l'avant-projet Catala, le Gouvernement considère que les dommages-intérêts contractuels constituent une branche de la responsabilité civile à côté de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. Elle rejette ainsi la conception développée à la fin du 20^e siècle par une partie de la doctrine, et reprise dans le projet Terré, selon laquelle la prétendue responsabilité contractuelle est un faux concept car dans les textes du Code civil les dommages-intérêts contractuels n'assurent pas une réparation du dommage mais une exécution forcée par équivalent de l'obligation inexécutée²²². La doctrine majoritaire demeurait cependant attachée à la fonction de réparation des dommages-intérêts²²³. La responsabilité contractuelle est une responsabilité originale mais bien réelle²²⁴. Sa particularité, par comparaison avec la responsabilité délictuelle, c'est « ...qu'elle n'est pas une source initiale d'obligation ; elle constitue une sorte de prolongement de l'obligation préexistante qui est issue du contrat²²⁵ ».

136. Selon le rapport au Président, « la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilités sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait générateur, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent

-
222. Les principaux tenants de cette conception sont Denis TALLON (V. notamment : « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223), Ph. REMY (V. notamment : « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323), M. FAURE-ABBAD (*Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Travaux de la Faculté de Droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, 2003), P. REMY-CORLAY (V. notamment : « Exécution et réparation : deux concepts », in « Exécution du contrat en nature ou par équivalent », *RDC* 2005, p. 13), Ph. Stoffel-Munck (« Exécution et inexécution du contrat », in « La réforme du droit français des contrats en droit positif », *RDC* 2009, p. 333), J.-P. Gridel et Y.-M. Laitier (« Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : états des lieux », *JCPG.* 2008, I, 143).
223. V. notamment : P. JOURDAIN, « Réflexion sur la nature de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, p. 65 ; E. SAVAUX - en réponse à l'article de Ph. REMY -, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999, p. 1 ; Ph. BRUN, « La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », *RDA* 2013, n° 7, 60.
224. En ce sens : J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, p. 198.
225. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, p. 169, n° 178.

fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière civile, et que la présente ordonnance ne modifie pas. Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile... ». Ce parti pris sur la nature de la responsabilité contractuelle explique que les articles consacrés aux dommages et intérêts contractuels sont pour l'essentiel les anciens articles renumérotés en attendant la réforme du droit de la responsabilité. Les anciens articles 1145 à 1153-1 deviennent ainsi les articles 1231 à 1231-7 du Code civil.

137. Au-delà de la renumérotation, il y a néanmoins « *quelques ajustements formels* » selon le rapport au Président. L'ordonnance modifie en effet le style de quelques articles, en le modernisant, mais sans toucher au fond. Mais contrairement aux dires du rapport au Président, il y a aussi quelques réels changements.

D'abord le nouvel article 1231 reprend les anciens articles 1145 et 1146 mais en faisant disparaître la référence aux obligations de donner, de faire et de ne pas faire et en introduisant le standard du raisonnable. Désormais, sauf inexécution définitive, les dommages et intérêts ne sont dus qu'après une mise en demeure de s'exécuter « *dans un délai raisonnable* ».

Ensuite c'est seulement la force majeure qui exonère de sa responsabilité le débiteur (art. 1231-1) alors que dans le droit ancien c'était d'une part la cause étrangère (art. 1147) et d'autre part la force majeure ou le cas fortuit (art. 1148). La force majeure est désormais, comme on l'a vu, définie à l'article 1218.

Enfin les articles relatifs à la clause pénale (art. 1226 à 1233 anciens) et celui relatif aux clauses fixant forfaitairement les dommages-intérêts (art. 1152 ancien) sont fondus dans un article unique : l'article 1231-5. La clause pénale qui par définition doit garantir l'exécution de l'obligation - en général par la fixation d'un forfait élevé de dommages-intérêts - est dissoute dans les clauses fixant le montant des dommages-intérêts. Sans changement de fond, l'article 1231-5 reprend, dans ses alinéas 1 et 2, les dispositions de l'article 1152 en réaffirmant le principe d'intangibilité de la clause tempérée par la faculté pour le juge de réviser la clause manifestement excessive ou manifestement dérisoire. Son alinéa 3 est presque un décalque de l'ancien article 1231 qui prévoit la faculté pour le juge de diminuer la peine - devenue la pénalité dans le nouveau texte - lorsque celle-ci a été exécutée en partie, « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* ».

Dans le projet de réforme de la responsabilité civile, une sous-section composée d'un article unique - l'article 1284 - est consacrée aux clauses

pénales. Mais au regard du régime instauré par ce texte qui est calqué sur l'actuel article 1231-5, la notion de clause pénale est dénaturée puisqu'elle recouvre toutes les clauses fixant des dommages-intérêts. Cela ressort de l'alinéa 2 selon lequel « *le juge peut, même d'office, modérer ... la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement ... dérisoire* ». Dans la prochaine réforme annoncée, la clause pénale risque donc de devenir faussement le genre recouvrant toutes les clauses fixant forfaitairement le montant des dommages et intérêts.

USEK, février- mars 2017



Table des matières

INTRODUCTION.....	5
SECTION PRÉLIMINAIRE. PRINCIPES DE MISE EN OEUVRE DE LA RÉFORME.....	16
PARAGRAPHE 1. L'APPLICATION DANS LE TEMPS DES DISPOSITIONS NOUVELLES.....	16
PARAGRAPHE 2. L'ARTICULATION DU DROIT COMMUN DU CONTRAT ET DU DROIT SPÉCIAL.....	19
SECTION 1. LA FORMATION DU CONTRAT.....	21
PARAGRAPHE 1. RÉNOVATION DE LA CONCLUSION DU CONTRAT.....	22
A. Les négociations	24
1. <i>Liberté et bonne foi dans les négociations</i>	24
2. <i>Devoir d'information</i>	27
B. L'offre et l'acceptation	30
1. <i>Consécration de solutions jurisprudentielles acquises</i>	30
2. <i>Règlement de questions sans réponse jurisprudentielle certaine</i>	33
C. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale	36
1. <i>Définitions du pacte de préférence et de la promesse unilatérale</i>	36
2. <i>La sanction en cas de conclusion du contrat avec un tiers</i>	39
PARAGRAPHE 2. LA TRANSFORMATION DE LA VALIDITÉ DU CONTRAT.....	42
A. Le consentement des parties	42
1. <i>L'existence du consentement</i>	43
2. <i>L'intégrité du consentement</i>	44
B. Capacité et représentation	46
C. Un contenu licite et certain	48
PARAGRAPHE 3. LA CONSOLIDATION DES SANCTIONS.....	53

TABLE DES MATIÈRES

SECTION 2. LES EFFETS DU CONTRAT	57
PARAGRAPHE 1. LA CONFORTATION DES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES ET À L'ÉGARD DES TIERS	57
A. Les effets du contrat à l'égard des tiers	57
B. Les effets du contrat entre les parties	60
1. <i>La force obligatoire</i>	60
2. <i>L'effet translatif</i>	63
PARAGRAPHE 2. INTRODUCTION DE DISPOSITIONS GÉNÉRALES SUR LA DURÉE ET LA CESSION DU CONTRAT	64
A. La durée du contrat	64
B. La cession du contrat	66
PARAGRAPHE 3. LE NOUVEAU DROIT DE L'INEXÉCUTION	71
A. L'inexécution due à un cas de force majeure	72
B. Les sanctions de l'inexécution imputable	73
1. <i>L'exception d'inexécution</i>	74
2. <i>L'exécution forcée en nature</i>	78
3. <i>L'action en réduction du prix</i>	80
4. <i>La résolution du contrat</i>	84
5. <i>Les dommages et intérêts contractuel</i>	89

Achévé d'imprimer
en août 2017
Kaslik, Liban

