

LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS EN FRANCE

5^E JOURNÉES FRANCO-ALLEMANDES

.....

Sous la direction de Reiner Schulze,
Guillaume Wicker, Gerald Mäscher, Denis Mazeaud

.....

Collection dirigée par Bénédicte Fauvarque-Cosson



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS
EN FRANCE
5^{èmes} JOURNÉES FRANCO-ALLEMANDES

Droit comparé et européen
Volume 20

LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS
EN FRANCE

5^{èmes} JOURNÉES FRANCO-ALLEMANDES

Sous la direction de

Reiner SCHULZE , Guillaume WICKER, Gerald MÄSCH ,
Denis MAZEAUD



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

Publié avec le concours du Centre du droit européen (CEP) de l'Université de Münster en collaboration avec l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP) de l'Université de Bordeaux et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

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

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

SOMMAIRE

PARTIE I PROPOS INTRODUCTIFS

Avant-propos

Denis MAZEAUD 9

La réforme du droit des obligations en France – Propos introductif d'un point de vue extérieur

Reiner SCHULZE 11

La réforme, de la doctrine à l'ordonnance

Hélène BOUCARD 27

PARTIE II LE PROCESSUS DE FORMATION DE L'ENGAGEMENT

Rapport français – Le processus de formation du contrat

Bertrand FAGES 41

Commentaire allemand – Le processus de formation du contrat dans le projet d'ordonnance de la Chancellerie – quelques commentaires

Günter REINER 53

PARTIE III LA DÉTERMINATION ET LA RÉVISION DU CONTENU DU CONTRAT ET LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU JUGE

Rapport français – Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat

Nicolas FERRIER 73

Commentaire allemand – La détermination et la révision du contenu du contrat et le renforcement du rôle du juge : commentaire allemand

Gerald MÄSCH 95

PARTIE IV LA SUPPRESSION DE LA CAUSE ET LES SOLUTIONS ALTERNATIVES

Rapport français – La suppression de la cause et les solutions alternatives

Guillaume WICKER 107

Commentaire allemand – « La cause » dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015

Marc-Philippe WELLER 139

PARTIE V LE NOUVEAU RÉGIME DE L’INEXÉCUTION DU CONTRAT

Rapport français – Le nouveau régime de l’inexécution contractuelle
Hélène BOUCARD

153

Commentaire allemand

Beate GSELL 171

PARTIE VI LE NOUVEAU RÉGIME DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

Rapport français – Le nouveau régime des obligations conditionnelles
Mathias LATINA

181

Commentaire allemand – Les conditions : quelques remarques d’un point de vue allemand

Oliver REMIEN 199

PARTIE VII LA CONSÉCRATION DE LA CESSION DE DETTE

Rapport français – La consécration de la cession de dette

Yves PICOD 207

Commentaire allemand – La reprise de dette : une perspective allemande

Mathias LEHMANN 223

PARTIE VIII LA REMISE DE DETTE

Rapport français – La remise de dette dans l’avant-projet de réforme

Nathalie PICOD 235

PARTIE IX RAPPORT DE SYNTHÈSE

Un regard d’outre-atlantique

Benoît MOORE 261

PARTIE I

PROPOS INTRODUCTIFS

AVANT-PROPOS

Denis MAZEAUD *

Deux siècles, pas moins et même un peu plus, que notre Code civil est resté figé quant à celui de ses livres consacré au droit des obligations, et plus précisément dans ses dispositions relatives au droit des contrats. Oh, bien sûr, un alinéa a bien été ajouté en 1975, afin d'autoriser le juge à réviser les clauses pénales manifestement excessives, et, quelques années plus tard, quelques dispositions ont été intégrées pour appréhender le commerce électronique et adapter le droit des contrats aux échanges virtuels, mais ce sont plusieurs centaines d'articles qui sont demeurés complètement inchangés depuis deux siècles.

Certes, le droit des contrats n'est pas resté immuable. Grâce à l'œuvre considérable de la Cour de cassation, il a même profondément évolué et malgré l'immobilisme du Code, notre droit contemporain des contrats a subi une profonde mutation qui a affecté toutes les phases du processus contractuel.

La Cour de cassation a ainsi complété le Code civil qui ne contenait aucune règle relative à la rencontre des consentements. Le régime des pourparlers, de l'offre, de l'acceptation, de la date et du lieu de formation du contrat est désormais régi par des arrêts rendus depuis plusieurs décennies. Il en va de même pour les questions relatives à la validité du contrat dont la Cour de cassation a sensiblement modifié le régime, que ce soit quant à l'erreur sur la substance, le silence dolosif, la violence économique, la cause objective ou la cause immorale. Au stade de l'exécution du contrat et de son inexécution, la Cour a fait preuve d'innovation en réécrivant le texte du Code civil qui excluait l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire, en créant l'exception d'inexécution, en refusant la révision

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

judiciaire pour imprévision, en élaborant la théorie des risques, en édifiant le régime des clauses de responsabilité, notamment.

Mieux encore, la Cour de cassation a fait émerger des principes qui irriguent tout le processus contractuel, telle la bonne foi que le Code civil cantonnait lors de la seule phase de l'exécution. Elle a par ailleurs renforcé sensiblement la force du pouvoir unilatéral dans le contrat, en admettant que le prix pouvait, sous réserve d'abus, être en principe fixé par un seul des contractants et que la résolution du contrat puisse être le produit d'une simple notification.

Mais si le droit français des contrats n'est donc pas resté figé depuis deux siècles, il s'est développé en dehors du code civil, soit dans le Recueil des arrêts de la Cour de cassation, soit aussi dans des codes satellites, tels le code de la consommation et le code de commerce, qui comportent d'importantes règles contractuelle en ce sens qu'elles constituent le droit courant des contrats, celui qui s'applique au quotidien et qui régit les rapports contractuels les plus fréquents. Aussi, en raison de cet éparpillement des règles contractuelles, le droit des contrats est-il devenu difficilement accessible. De plus, en raison de sa source jurisprudentielle, qui a jailli à flots continus depuis des décennies et des décennies, il est relativement imprévisible, car exposé aux revirements de jurisprudence. L'impératif de sécurité juridique indispensable en matière contractuelle ne pouvait se satisfaire d'une telle situation qui tranche singulièrement avec la grande tradition française de la codification, supposée dotée des qualités d'accessibilité, de prévisibilité et de sécurité.

Aussi importait-il de mener une œuvre de recodification de notre droit des contrats, ne serait-ce que pour que le Code civil, supposé constituer l'écrin du droit commun, redevienne son fidèle reflet. Une rénovation du Code s'imposait, par ailleurs, pour que le Code français des contrats, à l'heure où l'idée d'une Europe contractuelle fait son chemin et progresse année après année, soit modernisé et supporte la concurrence de codes plus récents.

C'est à cette double entreprise de codification et de modification de notre code civil que, depuis 10 ans, des projets se sont attelés. Le dernier d'entre eux, qui devrait, selon toute vraisemblance, aboutir à une réforme effective en 2016, a été conçu par le ministère de la justice. Ce sont ses principaux aspects qui ont été étudiés et critiqués lors de cette nouvelle journée franco-allemande organisée par nos collègues Reiner Schulze et Guillaume Wicker, et parrainée par l'Association Henri Capitant.

LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS EN FRANCE PROPOS INTRODUCTIF D'UN POINT DE VUE EXTÉRIEUR

*Reiner SCHULZE**

I. LE BICENTENAIRE ET LE CENTENAIRE

1. Le jubilé de 2004 et les projets de réforme

En 2004, les juristes français ont porté leur regard sur les deux siècles durant lesquels le Code civil a non seulement fondé le cœur de leur droit privé, mais également imprégné le style du droit français dans son ensemble, et ce de façon majeure¹. Le bicentenaire du Code civil marque l'histoire du droit français et, au-delà, il célèbre la création d'une communauté de droits nationaux qui ont largement adapté le contenu et le style de ce Code civil, en l'occurrence en Europe, en Amérique du Nord et du Sud, en Afrique et en Asie. Cependant, en 2004, les juristes français n'ont pas seulement porté leur attention sur le grand passé de leur Code civil. Bien plus, ils se sont tournés vers les défis de son avenir. Ce tournant vers de nouveaux défis a eu lieu en même temps que l'évolution du droit national dans un contexte international. Un colloque qui s'est tenu à Paris, dans l'année précédent le 200^{ème} anniversaire², a d'ailleurs pointé du doigt les missions et les perspectives qui découlent de la comparaison du Code français aux nouveaux principes de la « Commission Lando »³ dans le domaine du droit

* Professeur à l'Université de Münster.

¹ *Le Code civil 1804-2004 - Livre du Bicentenaire*, Lexis Nexis/Litec, 2004.

² *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003.

³ *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, dir. O. LANDO et H. BEALE, Kluwer Law, 2000; *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law, 2003.

des contrats⁴. Dans l'année suivant le bicentenaire, le groupe de réflexion autour de Pierre Catala a présenté son avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription⁵. Quelques temps plus tard a suivi le projet de la Chancellerie inspiré du précédent⁶, puis, au cours de l'année 2009, un autre projet de chercheurs, lequel a pris en considération l'évolution résultant de l'influence européenne sous plusieurs aspects⁷. Les discussions sur ces projets ont alors conduit au Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures du 27 novembre 2013⁸.

2. Le jubilé de 1996 et la modernisation du droit des obligations

Le Code civil allemand, le « *Bürgerliches Gesetzbuch* » (*BGB*), est presque de 100 ans plus jeune que le Code civil français. Mais il semble avoir vieilli plus vite que son équivalent français, en tous cas pour une grande partie du droit des obligations. Déjà, lors de son centenaire en 1996, la discussion sur la réforme de son droit des obligations était en plein essor. Une commission mandatée par le ministère de la justice avait d'ailleurs parlé d'une réforme fondamentale⁹. En 1994, le projet de réforme du droit des obligations avait été approuvé, sur le principe, lors de la journée allemande des juristes, la grande réunion des diverses catégories de spécialistes du droit en Allemagne¹⁰.

Toutefois, le législateur allemand n'avait pas, dans un premier temps, repris ces propositions, bien que certaines faiblesses du droit des obligations, y compris du droit des contrats, étaient évidentes. Par exemple, le point de départ des dispositions du *BGB* concernant la résolution et les dommages-intérêts était « l'impossibilité » de la prestation alors que, dans la pratique, le fondement le plus important pour les dommages-intérêts était une construction jurisprudentielle que le *BGB* n'avait pas prévue : la « *positive*

⁴ V. à ce sujet, dans cette revue, G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives ».

⁵ *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à M. Pascal CLÉMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 sept. 2005.

⁶ V. à ce sujet, dans cette revue, G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives ».

⁷ *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.

⁸ *Projet de loi (adopté par l'Assemblée Nationale en nouvelle lecture) relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, 31 oct. 2014, internet : <http://www.senat.fr/leg/pjl14-076.pdf>.

⁹ Bundesministerium der Justiz (éd.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I à III, 1981-1983.

¹⁰ *Gutachten und Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*, vol. I, II, 1994 (Abteilung Zivilrecht).

Vertragsverletzung », c'est-à-dire la violation positive du contrat. De même, pour de nombreux autres aspects, la jurisprudence a complété et modifié le Code civil par le biais d'une « *richterliche Rechtsfortbildung* », donc d'un perfectionnement juridique de la part des juges. Celui-ci concerne en particulier les clauses générales telle que le § 138 *BGB* relatif aux « bonnes mœurs » et le § 242 à propos de « *Treu und Glauben* » (la bonne foi). À partir de là, la doctrine et la jurisprudence ont enrichi, au cours du 20^{ème} siècle, le droit civil allemand, par exemple au regard de la responsabilité précontractuelle (la dite « *culpa in contrahendo* ») et l'adaptation du contrat lors de « troubles du fondement de l'acte juridique » (comparable à la « théorie de l'imprévision » en droit français). Les actions en garantie du droit de la vente du *BGB* correspondaient déjà peu avec le droit général des obligations dans sa forme originelle et encore moins avec ses modifications postérieures au cours du 20^{ème} siècle. Des matières importantes qui se sont développées après la formation du *BGB* étaient réglées dans des lois spéciales, en dehors du Code civil (notamment les dispositions relatives aux « *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* », c'est-à-dire aux « conditions générales de vente », qui concernent les contrats d'adhésion) et le nombre croissant des dispositions sur la protection des consommateurs. Par conséquent, un siècle après la publication du *BGB*, le droit des obligations qui, dans une certaine mesure, a constitué le cœur du droit civil allemand en tant que deuxième livre du code civil, était éparpillé dans un désordre de catégories et de normes de la législation initiale, de nouvelles théories, de notions et de nouveautés introduites plus tard par le législateur lui-même à l'intérieur du Code civil ou dans des lois spéciales complémentaires.

Une impulsion de l'« extérieur » – de l'entourage européen – a été nécessaire pour que le législateur allemand se décide finalement à réformer le deuxième livre du *BGB* et à redonner au droit des obligations dans son ensemble sa place au sein du Code civil. La transposition de la directive sur les garanties dans la vente de biens de consommation¹¹ constituait l'occasion pour moderniser le droit des obligations par la loi entrée en vigueur en 2002¹². Cette directive ne concernait directement que le droit de la consommation, mais sa seule transposition pour les contrats de vente à la consommation aurait eu pour conséquence l'application de principes valables uniquement pour ces contrats (notamment les nouveaux principes de la directive communautaire) et très différents de ceux régissant les autres

¹¹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO n° L 171 du 07/07/1999 p. 0012 – 0016.

¹² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Loi relative à la modernisation du droit des obligations) du 26 nov. 2001, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2001, partie I, n° 61, pp. 3138 et suiv. – Pour ce qui suit R. SCHULZE, « Nuevos rasgos del Derecho privado en Europa », dans : 100 Años de la Revista de Derecho Privado, dir. S. DIÁZ ALABART, 2014, pp. 139-166.

contrats de vente. Le législateur a évité un tel fractionnement du droit de la vente en reprenant les principes de la directive pour l'ensemble du droit de la vente (ainsi par exemple également pour les contrats de vente entre entreprises) ; cependant non pas en tant que droit impératif mais en tant que droit supplétif. La réforme ne s'est pas non plus limitée au droit de la vente dans son ensemble mais elle a visé à structurer l'ensemble du droit des obligations suivant ces nouvelles approches. Le législateur allemand a donc généralisé les principes de la directive communautaire non seulement pour le droit de la vente mais aussi pour l'ensemble du droit des obligations (y compris le droit général des contrats) et a fait disparaître la scission entre le droit de la vente et le droit général des obligations¹³. En ayant recours à cette « grande solution »¹⁴, le législateur allemand n'a pas simplement atteint une meilleure incorporation du droit de la vente dans le droit des obligations dans son ensemble, mais a aussi obtenu une intégration du droit de la consommation dans le système général du Code civil¹⁵.

3. Les Codes civils nationaux dans le contexte international

Dès à présent, ces brèves observations concernant les projets de réforme, pendant et après le jubilé des codes civils français et allemand, montrent que l'évolution du droit civil national ne s'opère pas de façon complètement détachée du contexte international. À la fin du 19^{ème} siècle, Friedrich Nietzsche a d'ailleurs lui-même décrit cette apogée de l'État-Nation comme « *Zeitalter der Vergleichung* »¹⁶, soit comme l'« âge de la comparaison ». Dans le concours des nations, la comparaison pouvait servir à ce que chacun puisse améliorer son droit national par l'expérience des autres. Aujourd'hui, la comparaison a pris une signification encore plus

¹³ Concernant les différences entre le droit de la vente (imprégné par le droit romain du marché) d'un côté et le droit général des obligations de l'autre côté avant la modernisation : T. CHIUSI, « Modern, alt und neu: Zum Kauf nach BGB und römischem Recht », *Jura*, 2003, pp. 217 et suiv.; W. ERNST, vor § 433 point 1, §§ 434-445 points 15, 23, dans *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. III, Mohr Siebeck, 2013.

¹⁴ À propos de ce concept et des discussions concernant cette approche voir H. DÄUBLER-GMELIN, « Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform : Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2001, pp. 2281 et suiv.; *Das neue Schuldrecht*, dir. J. SCHMIDT-RÄNTSCH, J. MAIFELD, A. MEIER-GÖRING et M. RÖCKEN, Bundesanzeiger, 2002; *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, dir. R. SCHULZE et H. SCHULTE-NÖLKE, Mohr Siebeck, 2001.

¹⁵ S. LORENZ, « Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2007, pp. 1 et suiv. ; F. GRAF VON WESTPHALEN, « Drei Jahre Schuldrechtsreform – Versuch einer (vorläufigen) Bilanz », *Betriebs Berater (BB)*, 2005, p. 1 et suiv.

¹⁶ F. NIETZSCHE, « Menschliches, Allzumenschliches : Erster Band », dans *Nietzsche, Werke – Kritische Gesamtausgabe*, dir. G. COLLI et M. MAZZINO, IV^e partie, 2^{ème} vol., de Gruyter, 1967, p. 40 et suiv.

importante dans la mesure où les échanges internationaux, l'économie transfrontalière et en particulier l'intégration supranationale dans les « régions du monde » telles que l'Europe, exigent des règles communes ou tout au moins harmonisées, non pas uniquement au niveau technique mais également dans le domaine juridique, afin de faciliter le commerce transfrontalier. En même temps, l'évolution technologique, et en particulier la « révolution digitale », encourage non seulement le commerce transfrontalier, mais aussi la communication générale dans une dimension globale et, par ce biais, l'échange « spontané » des expériences et concepts juridiques. Cela conduit donc à un rapprochement « spontané » des droits de différentes traditions.

Les conséquences de la mondialisation et, dans un cadre régional, de l'eupéanisation concernent aussi les droits français et allemands des obligations. Les projets français de réforme et la modernisation du droit allemand des obligations ne doivent donc pas être vus comme des phénomènes isolés mais intégrés dans les évolutions internationales qui les mettent en rapport entre eux et avec le changement de droit civil dans beaucoup d'autres pays. Seuls deux aspects de ces évolutions internationales peuvent être esquissés dans les exemples suivants : la tendance actuelle à la recodification en Europe et le changement du droit des contrats qui a été déterminé au niveau mondial par le droit international de la vente et qui s'est poursuivi dans plusieurs projets européens.

II. RECODIFICATION

1. Le nouveau débat autour de la codification

Avant les discussions sur la réforme du droit des obligations en Allemagne et en France, un débat général concernant le rôle de la codification avait déjà commencé dans les systèmes juridiques modernes. Ce débat ne se limitait pas à l'Allemagne et à la France mais était également en discussion dans d'autres pays, en raison de la perte d'influence de la codification (et en particulier des Codes civils) en faveur de lois spéciales et de l'évolution du droit par la jurisprudence. Les caractéristiques et les causes de cette évolution ont été différemment interprétées, et l'appréciation de ses conséquences a donné lieu à des controverses¹⁷. Ainsi, la notion de

¹⁷ À ce sujet par ex. *La codification*, dir. B. BEIGNIER, Dalloz, 1996 ; *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*, dir. C. LARROUMET et al., Les colloques du Sénat, 2004 ; *Codification, Décodification and Anti-Codification of Civil Law*, dir. L. ZHANG et F. GAO, University of Political Science and Law Press, 2008.

« décodification » résumait cette tendance internationale dans beaucoup de contributions sur ce débat.

Faire suivre la « recodification » à la « décodification » n'est pas resté qu'une simple proposition académique dans ces débats. Bien plus, la « recodification » du droit allemand des obligations par la loi de 2002 a été l'une des réponses législatives à la « décodification » dans le domaine du droit des obligations. La modernisation du droit des obligations en Allemagne n'a cependant été qu'une des nombreuses réactions des législateurs en Europe aux défis pour le droit civil à la fin du 20^{ème} siècle et au début du 21^{ème}. La réforme allemande s'est inscrite dans le cadre d'une vague de codifications et recodifications du droit civil, et en particulier du droit des contrats, pendant ces deux dernières décennies dans de nombreux pays européens.

2. La vague de codification

La vague de codifications et de recodifications¹⁸ a débuté aux Pays-Bas avec le projet d'un nouveau code civil dont les différentes parties sont entrées successivement en vigueur. Les livres relatifs au droit général des biens et ceux concernant la partie générale du droit des obligations ainsi que quelques titres sur les contrats spéciaux sont entrés en vigueur en 1992¹⁹. En Europe centrale et de l'est, est apparue, dans les années 90, la possibilité et la nécessité d'accompagner la transformation en une économie de marché du renouvellement du Code civil. Par exemple, l'Estonie et la Lettonie ont modifié profondément leur droit civil ; puis la Lituanie a réintroduit un en le modernisant son Code civil datant d'avant la seconde guerre mondiale. En Russie, un nouveau Code civil est entré en vigueur en 1994. Dans les parties occidentales de l'Europe, ont suivi aux nouvelles codifications aux Pays-Bas, non seulement la modernisation du droit des obligations en Allemagne et les projets de réforme en France, mais également des discussions et des projets relatifs à la réforme du droit des obligations ou du droit des biens globalement dans d'autres pays, de l'Écosse²⁰ en passant par la Suisse²¹, et

¹⁸ Un aperçu à ce sujet dans *The Law of Obligations in Europe : A New Wave of Codifications*, dir. R. SCHULZE et F. ZOLL, Sellier, 2013.

¹⁹ Plus de détails à ce sujet E. HONDIUS et A. KEIRSE, *Does Europe Go Dutch? The Impact of Dutch Civil Law on Recodification in Europe*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 303 et suiv.

²⁰ H. Mac QUEEN, *The Law of Obligations in Scots Law*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 213 et suiv.

²¹ À ce sujet *Schweizer Obligationenrecht 2020/Code des obligations suisse 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Projet relatif à une nouvelle partie générale*, dir. C. HUGUENIN et R. HILTY, Schulthess, 2013 ; E. HONDIUS, « Towards a New Swiss Law of Obligations : Bewährtes ist zu behalten – Neuem ist Raum zu schaffen », *European Review of Private Law (ERPL)*, 2014, p. 1 et suiv.

jusqu'en Espagne²². En Pologne, on travaille également à la préparation d'une recodification de grandes parties du Code civil²³. La République tchèque²⁴, la Hongrie²⁵ et la Roumanie²⁶ ont, au cours des dernières années, élaboré un nouveau Code civil ; et la Russie a conduit une nouvelle réforme de son droit des obligations²⁷.

Presque dans toute l'Europe, un soutien aux projets de codification et de recodification pour le droit civil, et en particulier pour le droit des obligations, doit être reconnu. Le nombre des États qui ont réalisé de tels projets s'est accru ces dernières années. L'analyse précise des causes, des méthodes et des objectifs spécifiques de cette orientation législative nécessiterait de faire l'objet d'un examen particulier et complet. Il semble en tous cas que, tant le besoin de codes modernes adaptés à l'économie de marché dans les pays en transition d'Europe de l'Est, que l'ajustement à de nouveaux défis dans les pays de l'Ouest d'Europe sont des facteurs pertinents et que le vœu d'une modernisation du droit des obligations joue un rôle important lors des projets de codifications. Si l'on considère plus en détails ces propositions de réforme du droit des obligations, il semble probable que l'une des raisons de la réforme consiste en la transformation profonde du droit des contrats dans un contexte international.

²² N. FENOY PICÓN, *The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 397 et suiv.

²³ À ce sujet M. ROMANOWSKI, *Position of the Law of Obligations in Polish Law in the Context of a Reform of the European Law of Obligations*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 67 et suiv. ; F. ZOLL, *Contract Law in the Draft of the New Polish Civil Code: Formation of Contract, Performance and Non-performance of Obligations*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 93 et suiv.

²⁴ *Občanský zákoník* (adopté le 03.02.2012, entré en vigueur le 01.01.2014) ; À ce sujet M. SELUCKÁ, *Contract Formation and Non-performance in Czech Civil Law*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 51 et suiv. ; L. TICHÝ, *Czech and European Law of Obligations at a Turning Point*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 27 et suiv.

²⁵ *Polgári törvénykönyv* (Adopté le 11.02.2013, entré en vigueur le 15.03.2014) ; À ce sujet Z. NEMESSANYI, « Contract Formation and Non-performance in the Changing Hungarian Civil Law », dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, pp. 123 et suiv.

²⁶ *Cod Civil* (adopté le 24.07.2009, entré en vigueur le 10.07.2011) ; *Nouveau Code civil roumain : Noul cod civil. Traduction commentée*, dir. D. BORCAN, M. CIURUC, M.-E. LAPORTE-LEGEAIS et M. MOREAU, Dalloz, 2013 ; À ce sujet C. ALUNARU, *Contract Formation and Non-performance in Romanian Law*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 387 et suiv. ; L. BOJIN, *The Law of Obligations in Romania*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 377 et suiv. ; M. DUTU, *Le Nouveau Code civil roumain : Tradition. Modernisation. Intégration*, Éd. universitaires européennes, 2011.

²⁷ À ce sujet N. Y. RASSKAZOVA, *Russian Law of Obligations: Structure, Positioning and Connection with Supranational Law*, dans : *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 139 et suiv. ; A. RUDOKVAS, *Contract Formation and Non-performance in Russian Civil Law*, en *The Law of Obligations in Europe*, 2013, p. 153 et suiv.

III. TRANSFORMATION EN DROIT DES CONTRATS

I. Droit international de la vente

Dans le domaine du droit des contrats, la recherche a déjà reconnu – de façon relative – les défis qui ont résulté de l'internationalisation émergente et finalement la « mondialisation ». Des travaux comparatifs, en particulier le « *Recht des Warenkaufs* »²⁸, ont préparé le terrain pour le droit de la vente internationale de marchandises. Après les conventions (peu fructueuses) de La Haye sur le droit de la vente²⁹, une nouvelle étape dans l'évolution du droit des contrats³⁰ a commencé par la signature de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (la CVIM)³¹.

Ce droit de la vente internationale est entre-temps entré en vigueur dans 83 pays³² à travers le monde. L'on pourrait alors être tenté de parler d'une « success story »³³, cependant, le succès de la Convention ne peut se mesurer qu'à la seule considération la fréquence de son utilisation dans la pratique contractuelle internationale. À cet égard, l'image renvoyée est sensiblement différente suivant que l'on adopte le point de vue des Etats signataires ou celui des acteurs des secteurs économiques. Plus significatif, sous l'angle de l'analyse de l'évolution du droit des contrats, devrait être le fait que la CVIM inspire l'évolution du droit national des contrats dans un nombre croissant d'États. Par exemple, la CVIM a largement influencé la structure et les contenus du nouveau droit chinois des contrats et, par là même, le droit des contrats du pays le plus peuplé du monde avec la plus grande économie. De manière similaire, pendant la procédure de transformation en une économie de marché, dans le cadre de la codification ou de la recodification de leur droit des contrats et des obligations, plusieurs

²⁸ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs : Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 2 volumes, Mohr, 1936 et 1958.

²⁹ *Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, La Haye, 1^{er} juill. 1964 ; *Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels*, La Haye, 1^{er} juill. 1964.

³⁰ À ce sujet et pour ce qui suit *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, dir. F. FERRARI, Sellier, 2008 ; I. SCHWENZER et P. HACHEM, *The CISG – A Story of Worldwide Success*, en : *CISG Part II Conference*, dir. J. KLEINEMANN, Stockholm Centre for Commercial Law, 2009, p. 119 et suiv. ; R. SCHULZE, « The CESL's Innovative Features – A Brief Overview », *Contratto e impresa / Europa*, 2013, p. 485 et suiv.

³¹ *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, 11.04.1980.

³² http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

³³ I. SCHWENZER et P. HACHEM, « The CISG – A Story of Worldwide Success », dans : *CISG Part II Conference*, dir. J. KLEINEMANN, Stockholm Centre for Commercial Law, 2009, p. 125.

pays européens se sont inspirés de la CVIM³⁴. En Europe de l'Ouest, le projet pionnier de modernisation de codes civils nationaux – le nouveau Code civil des Pays-Bas – reprenait plusieurs aspects de la convention de La Haye sur le droit de la vente et de la CVIM. Il n'est pas surprenant dans ce contexte que la CVIM constitue également une des sources d'inspiration de la modernisation du droit des obligations de 2002 en Allemagne³⁵.

Si l'on considérait les influences de la CVIM sur les droits nationaux pris isolément, il en résulterait un panorama très diversifié. La nature et l'ampleur de l'ingestion des concepts issus du droit international de la vente sont différentes selon les pays ; et les modèles de la CVIM se mélangent déjà avec des particularités des traditions nationales et de chacun des systèmes juridiques. Cela étant précisé, apparaissent cependant quelques traits caractéristiques significatifs de l'influence de la CVIM sur toute une série de droits nationaux. La reconnaissance du principe de la liberté de la forme des contrats (article 11 CVIM) et la mise en place de dispositions relatives à la formation du contrat sur le principe du consentement des parties (article 14 et suivants CVIM), sans exigences supplémentaires telles la « *consideration* » en Common law ou la « cause » en droit français, en sont des exemples. L'avant-projet de réforme du droit des contrats s'inscrit alors dans cette démarche³⁶. Caractéristique est aussi le principe retenu de l'exécution *in natura* (« *specific performance* »), à la différence de la Common law (avec la restriction, toutefois, de l'article 28 CVIM). Le concept unitaire, plus connu du juriste français, de la non-exécution ou de la contravention du contrat (article 45, 61 CVIM), au sens large, a constitué une innovation importante en droit allemand des obligations. Néanmoins, la « contravention essentielle » (art. 25 CVIM) n'a pas été reprise dans le droit allemand des obligations, alors même qu'elle l'a été dans bien d'autres droits nationaux. Au titre des concepts spécifiques à la CVIM ayant influencé les droits nationaux, figurent également la résolution du contrat et les dommages-intérêts, tous deux admis indépendamment de la faute de l'autre partie (article 45, 49, 61, 64; 47 et suivants CVIM), ainsi que le plafonnement des dommages-intérêts par le critère de la prévisibilité (article 74, 2^{ème} phrase CVIM). En outre, la structure et la technique juridique de la CVIM semblent également exercer une influence importante sur les réformes des droits nationaux. Cela concerne, par exemple, l'exposé sous forme de résumés du contenu du droit des contrats dans une partie spécifique du Code civil et l'agencement de ce contenu, à la suite de

³⁴ *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, dir. F. FERRARI, Sellier, 2008.

³⁵ *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, dir. F. FERRARI, Sellier, 2008.

³⁶ À ce sujet dans ce volume G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », M.-P. WELLER, « La cause dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations 2013 ».

dispositions générales, en une partie sur la conclusion du contrat, suivie par une autre sur les droits et obligations des deux parties. La confrontation des obligations de l'une des parties aux moyens dont dispose l'autre partie en cas de contravention (comparaison art. 30/45 et suiv. ; 53 et suiv. ; 61 et suiv. de la CVIM) et la présentation de ces moyens suivant une liste, incluant l'exécution ultérieure, la résolution du contrat, la réduction du prix et les dommages-intérêts (art. 45 et suiv., 61 et suiv. du droit commun européen de la vente, nommé ci-après « DCEV »), sont aussi représentatives.

Ces règles se retrouvent dans les droits nationaux influencés par la CVIM, mais rarement en suivant exactement cette présentation. Cela se traduit plutôt de manière diverse, en fonction des traditions et les conceptions nationales de chacun des législateurs. La formation d'un droit international de la vente unique n'a donc pas eu pour conséquence – et n'aura d'ailleurs pas pour conséquence – la perte par les droits de la vente des Codes civils nationaux de leur propre identité. Cependant, ce droit international de la vente, à côté de chacun des Codes civils, est devenu une partie du droit national dans une grande majorité des pays européens (y compris en France et en Allemagne). Cela constitue une invitation à mesurer en permanence les mérites et les faiblesses du droit national traditionnel par rapport à cette référence internationale intégrée dans les systèmes juridiques propres. La CVIM appelle également à reconsidérer la question de savoir si, au regard d'une législation future, un rapprochement des pays par l'élaboration d'un droit commun rendrait véritablement les droits nationaux des contrats plus attractifs, tant sur le plan du choix de la loi applicable en droit international privé que sur celui d'un éventuel rôle de modèle pour la législation d'autres pays. Il semble que, à l'instar du législateur allemand lors de la modernisation du droit des obligations en 2002, le législateur français ait pris en compte cette considération dans son projet actuel de réforme du droit des obligations.

2. *Le droit européen des contrats*

Le droit international de la vente n'a pas profondément influencé que les seuls droits nationaux, mais également le droit supranational en Europe. Le droit européen des contrats s'est développé depuis les années 80, en premier lieu dans des projets académiques comme les « Principes du droit européen des contrats » (PDEC)³⁷ du groupe de travail autour du comparatiste en droit Ole Lando, et dans le projet de l'Académie des

³⁷ *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, dir. O. LANDO et H. BEALE, Kluwer Law, 2000; *Principles of European Contract Law*, Part III, dir. O. LANDO, E. CLIVE, A. PRŮM et R. ZIMMERMANN, Kluwer Law, 2003 ; v. S. GRUNDMANN, « Europäisches Schuldvertragsrecht-Struktur und Bestand », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2000, p. 14 et suiv.

Privatistes Européens autour de Giuseppe Gandolfi³⁸. Essentiellement, les principes du droit européen des contrats de la « Commission Lando », à l'exception des études juridiques comparatives particulières, reprennent largement le modèle de la CVIM. À côté des projets académiques, une législation croissante de l'Union européenne s'est développée, au cours de ces dernières années, dans le domaine du droit des contrats.

Une étape décisive de l'évolution de l'acquis communautaire dans ce domaine a été franchie par la publication de la directive sur les garanties dans la vente de biens de consommation. Ses dispositions concernant les obligations du vendeur et les moyens dont dispose l'acheteur en cas de contraventions contractuelles ont visé des principes posés par la CVIM, ces derniers sont donc connus et acceptés dans la plupart des pays de l'Europe suivant la conception retenue par la directive³⁹. Les principes développés par la CVIM pour les contrats entre entreprises ont été transposés en droit des contrats européens de consommation.

Sur les deux plans – celui des projets académiques et celui de la législation de l'UE – le modèle de la CVIM a contribué au développement du droit européen des contrats. Cette influence s'est manifestée dans le projet académique d'un cadre commun de référence, inspiré par le Plan d'action de la Commission européenne pour un droit européen des contrats plus cohérent⁴⁰ développé à partir de 2003. Ce projet a conduit à une synthèse des recherches en droit comparé (comme les principes de la Commission Lando) ainsi qu'à des recherches relatives à l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats⁴¹.

Sur la base de ce projet d'un cadre commun de référence et d'autres études (y compris des Principes du Droit européen du Contrat⁴² d'un groupe de chercheurs français) a finalement été élaborée la proposition de la Commission européenne pour un droit européen de la vente⁴³. Par cette proposition, le législateur européen se préoccupe, pour la première fois en matière de droit des contrats, d'une codification qui doit entrer en vigueur en

³⁸ *Code Européen des Contrats – Avant-Projet*, dir. G. GANDOLFI, Giuffrè, 2004.

³⁹ P. SCHLECHTRIEM, *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, (2002) *Oxford U Comparative L Forum* 2 at ouclf.iuscomp.org; R. SCHULZE, « The CESL's Innovative Features – A Brief Overview », *Contratto e impresa/Europa* 2013, p. 485, 491 et suiv.

⁴⁰ COM(2003) 68 final, JO 63 du 15/03/2008, p. 0001-0044.

⁴¹ En particulier Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Service (Contract II)*, Sellier, 2009.

⁴² La contribution de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée (éd.), *Projet de Cadre Commun de Référence, Principes Contractuels Communs*, Société de Législation Comparée, 2008.

⁴³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final.

tant qu'alternative à côté des droits nationaux de la vente. Cette évolution du droit européen des contrats au cours des décennies précédant le DCEV ne traduit pas uniquement l'influence de la CVIM au niveau européen. Elle a surtout défini ses propres priorités et s'est tournée vers de nouveaux défis qui n'étaient pas prévisibles lors de la signature de la CVIM en 1980, ou qui sont spécifiques au cadre européen (ou alors qui doivent être relevés dans ce cadre). Ces fonctions innovantes du droit européen des contrats – en comparaison avec la CVIM et beaucoup de droits nationaux – concernent de nombreux aspects du droit des contrats. Elles ne se limitent pas à répondre à la question du rôle nouveau du commerce électronique présent dans les directives sur le commerce électronique⁴⁴ et sur les contrats à distance⁴⁵. Ces directives n'avaient pas prévu de dispositions relatives à la distribution des produits numériques dans le système du droit de la vente tel que prévu maintenant dans le DCEV qui précise, probablement pour la première fois à l'échelle mondiale, la question de l'intégration.

Qui plus est, si l'on prend en considération tant les projets académiques que l'acquis communautaire, on constate que les approches innovantes du droit européen des contrats visent pratiquement toutes les phases du « cycle de vie » du contrat. Cela commence tout d'abord par les dispositions générales relatives à la bonne foi et à la « coopération des parties contractuelles » (article 1 :201 PDEC ; article 2 et 3 DCEV), puis la responsabilité en cas de négociations contraires à la bonne foi (article 2 :301 et suivants PDEC) et, ensuite, les obligations d'information lors de la conclusion des contrats (notamment article 6 et suivants de la directive relative aux droits des consommateurs, article 13 et suivants DCEV). Cela se poursuit, pour ne donner que quelques exemples, avec la prise en considération de la standardisation de la formation, du contenu et de l'exécution de contrats, en particulier au regard des transactions effectuées en grand nombre (cela concerne, en particulier les clauses abusives⁴⁶, et maintenant les articles 79 et suivants DCEV, ainsi que les clauses qui n'ont

⁴⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

⁴⁵ Pour l'instant : Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'art. 6 § 1 - Déclaration de la Commission sur l'art. 3 § 1 premier tiret, JO n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 - 0027; maintenant remplacée par la Directive 2011/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 304 du 22/11/2011.

⁴⁶ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

pas fait l'objet d'une négociation individuelle dans contrats entre professionnels de l'article 86 DCEV). S'agissant de l'exécution et l'inexécution des obligations contractuelles, s'est établi, dans le droit des contrats européen, le concept de délai de grâce et d'exécution ultérieure en tant que moyen de recours du créancier (article 3 alinéa 3, article 5 de la directive relative aux droits des consommateurs, article 110 et 115 DCEV), à côté de la « contravention essentielle » selon le modèle de la CVIM⁴⁷.

En ce qui concerne les diverses formes de la résolution du contrat et ses conséquences, le droit européen des contrats suit l'approche de la CVIM suivant laquelle la participation du juge n'est pas requise. Il va même plus loin que la CVIM qui prévoit seulement la résolution du contrat. En dehors de cela, le droit de rétractation s'est développé dans plusieurs directives qui ont mis en place un instrument juridique permettant l'anéantissement unilatéral du contrat par déclaration unilatérale de l'une des parties, c'est-à-dire sans recours au juge, dans la pratique juridique de tous les États membres de l'UE. Le DCEV prévoit, comme cela avait d'ailleurs été le cas dans les PDEC, non seulement la résolution mais également l'annulation du contrat (pour erreur, dol, violence ou exploitation déloyales) intervenant par la seule notification au contractant et sans participation du juge (article 48 et suivants DCEV). À côté de la possibilité de mettre fin au contrat, le droit européen des contrats prévoit l'adaptation du contrat aux circonstances, sous certaines conditions (article 6 :101 PECL ; article 86 DCEV). Cette question a également trouvé un écho dans le projet de réforme français, et ce, par le biais d'une approche singulière remarquable⁴⁸. Le DCEV franchit une étape supplémentaire en la matière par le biais du projet d'un régime unitaire des restitutions, tant lors de l'annulation que lors de la résolution (article 172 et suivants DCEV), qui constitue probablement un défi pour les réformes futures des droits nationaux.

IV. UNE PERSPECTIVE ALLEMANDE

Les développements qui suivent dans cette revue, sont consacrés à quelques domaines clés de la réforme du droit des obligations en France. Il n'est pas possible pour chaque aspect traité d'intégrer une analyse à

⁴⁷ V. sur cette thématique, au regard du projet français, dans cette revue, H. BOUCARD, « Le nouveau régime de l'inexécution du contrat – Exposé », et B. GSELL, « Le nouveau régime de l'inexécution du contrat – Commentaire ».

⁴⁸ V. à ce sujet, dans cette revue, N. FERRIER, « La détermination et la révision du contenu du contrat et le renforcement du rôle du juge – Exposé », G. MÄSCH, « La détermination et la révision du contenu du contrat et le renforcement du rôle du juge – Commentaire ».

l'échelle internationale. Cependant, une « perspective allemande » sera offerte par les juristes allemands pour chaque domaine concerné.

Les contributions issues de la perspective allemande se fondent sur l'expérience d'un Code civil qui a connu une grande réforme du droit des obligations, environ 100 ans après sa publication, comme celle que pourrait connaître très prochainement le Code civil français, 200 ans après sa publication. La réforme française peut reprendre, si le législateur le veut, certaines des approches innovantes développées dans le cadre européen et international, et tirer profit des expériences des autres pays pour donner à la France un droit des obligations moderne, et offrir aux pays qui s'inspirent traditionnellement du droit français un modèle pour la modernisation de leur droit des obligations.

Le projet français a, en tant que réforme récente en comparaison avec la modernisation allemande de 2002, la chance de pouvoir exploiter les développements qui ont eu lieu depuis le début de notre siècle, et également de faire des avancées là où les réformes antérieures ont laissé des lacunes. Pour ne donner qu'un seul exemple : un des défis manifestes qui se pose dans la pratique moderne du droit des contrats est la multiplicité des formes de la « formation du contrat en plusieurs étapes » avec utilisation d'instruments tels que la « *letter of intent* » et d'autres déclarations préparatoires, souvent avec un caractère unilatérale⁴⁹. Le projet de la « Commission Lando » a pris en considération cette thématique (article 2 :107 et article 2 :211 PDEC)⁵⁰ mais de façon insuffisante. Le législateur allemand n'a pas envisagé ces questions en 2002, et il appartient désormais à la réforme française du droit des obligations de les développer, en particulier avec l'article 24 de l'avant-projet. Indépendamment de la question de savoir si la présente rédaction de cette disposition dans l'avant-projet est convaincante, elle illustre le fait que cette réforme relativement « tardive » ouvre à la France l'opportunité de pouvoir jouer un rôle pionnier dans certains domaines, si elle ne recule pas face à l'innovation.

Une vision optimiste de l'évolution future du droit des obligations en Europe – et au-delà de l'Europe d'ailleurs – est possible, où l'évolution du droit supranational et les réformes des droits nationaux s'encourageraient et s'enrichiraient mutuellement. Dans les dernières décennies, les principes du droit international de la vente et les innovations du droit européen sont devenus des sources d'inspiration et des points de repères communs pour les

⁴⁹ R. SCHULZE, « Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law », *European Review of Private Law* 2005, p. 841, 852 et suiv. ; M. DEMOULIN, E. MONTERO, *La conclusion des contrats par voie électronique*, dans : *Le Processus du Formation du Contrat*, dir. M. FONTAINE, L.G.D.J., 2002, p. 771 et suiv. ; S. VAN ERP, *Contract als Rechtsbetrekking*, Tjeenk Willink, 1990.

⁵⁰ Équivalent à art. II.-1:103 al. 2 ; art. II.-4:211 Draft Common Frame of Reference.

droits nationaux. Ils ont inspiré et influencé les projets de codification et de recodification. Cependant, ces projets nationaux développent leurs propres conceptions et mettent en œuvre des approches innovantes qui peuvent devenir des modèles pour les autres pays et pour l'ensemble des droits supranationaux. Ainsi, dans la vague de codifications et de recodifications de la fin du 20^{ème} siècle, le Code civil des Pays-Bas l'a, par exemple, démontré par l'intégration du droit de la consommation, ce qui a été un modèle pour d'autres projets, y compris la modernisation allemande du droit des obligations. D'un point de vue allemand, l'on souhaite, une décennie après la modernisation de 2002, que les projets de réforme de nos voisins, et en particulier, de notre voisin de l'autre côté du Rhin, permettent d'atteindre deux objectifs : un certain rapprochement des droits nationaux dans le cadre de l'intégration européenne et de la mondialisation ; et une édification de droits nouveaux qui, au regard des questions non résolues lors de la modernisation du droit des contrats et du droit des obligations, pourraient stimuler également le droit allemand.

LA RÉFORME, DE LA DOCTRINE À L'ORDONNANCE

Hélène BOUCARD*

1. Longtemps, la réforme du droit français des obligations a été un vœu pieux. Souhaitée dès le centenaire du Code civil, annoncée lors de son bicentenaire, cette réforme ne voyait pourtant pas le jour. Contrairement à l'Allemagne qui a opéré son *aggiornamento*, la France ne parvenait pas à moderniser son Code.

2. Certes, la Cour de cassation a tôt pris des libertés avec les textes, opérant une adaptation par interprétation sans que le législateur intervienne autrement que de façon ponctuelle. Le droit des obligations, pour l'essentiel inchangé dans le Code, s'est renouvelé grâce aux évolutions jurisprudentielles. Il ne semblait donc y avoir aucune urgence à le réformer, chacun s'accommodant de ce *statu quo*. Lequel revient pourtant à une décodification car le droit vivant des obligations se trouve hors du Code civil, dans le *Bulletin* des arrêts de la Cour de cassation¹.

3. Cependant depuis vingt ans, de nouvelles incitations à la recodification proviennent de l'Union européenne et de la concurrence mondialisée.

D'une part, les premières velléités de réforme naissent de la transposition nationale de directives européennes. Elles portent sur le droit spécial des contrats, précisément la vente, modèle sur lequel s'est historiquement construite la théorie française du contrat. La transposition de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, puis celle de la directive du 25 mai 1999 relative à certains

* Professeur à l'Université de Poitiers, Équipe de recherche en droit privé.

¹ Sur laquelle v. par ex. P. REMY « Le processus de dé-codification », in J.-P. DUNAND et B. WINIGER (ed.) *Le Code civil des français dans le droit européen* Bruylant 2005 p. 197 s.

aspects de la vente et de la garantie des biens de consommation, sont des occasions manquées par la France de renouveler son droit de la vente et, au-delà, des obligations. Si la directive de 1985 est incorporée par voie législative dans le « grand » Code, civil, la directive de 1999 est transposée par voie d'ordonnance dans le « petit » Code, de la consommation. Entre autres raisons, outre que ces directives européennes marquent, du point de vue français, une régression de la protection du consommateur, les avant-projets ambitieux présentés par les professeurs Ghestin² puis Viney³, suscitent d'âpres discussions qui révèlent au pouvoir politique l'absence de consensus académique.

D'autre part, la nécessité d'une réforme du droit commun du contrat s'accroît sous l'effet d'une concurrence accrue des droits nationaux. D'abord, le *Bürgerliches Gesetzbuch* trouve une nouvelle jeunesse grâce à la loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001⁴. Rivalité franco-allemande oblige, il convient que notre propre Code soit rajeuni. Ensuite, après le Québec en 1991, les Pays-Bas en 1992 et la Fédération de Russie depuis 1994, l'Europe connaît une vague de recodifications nationales⁵ ; la France encourt donc un risque d'isolement. Enfin, la concurrence internationale des systèmes juridiques s'exacerbe⁶. Depuis 2003, les fallacieux rapports *Doing Business* affirment l'inefficacité économique de la tradition juridique continentale. Une étude d'impact récente du Gouvernement français prétend d'ailleurs que l'ancienneté de notre droit des obligations nuit à la compétitivité de nos entreprises⁷.

² V. J. GHESTIN « L'avant-projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux : une refonte partielle du Code civil », *Rev. jurispr. comm.* 1988 p. 201.

³ Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive n°1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ; v. *La transposition en droit français de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente*, *Cah. dr. entr.* 2003 n° 1.

⁴ V. spéc. R. ZIMMERMANN *The New German Law of Obligations* Oxford University Press 2005, p. 30 s. ; *Code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* trad. commentée Juriscope éd. Dalloz 2010. V. par ex. C. WITZ « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.* 2002 chr. p. 3156 s.

⁵ V. R. SCHULZE and F. ZOLL (ed.) *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications* Sellier 2013.

⁶ V. H. BOUCARD « La compétition internationale des systèmes juridiques », in *Les voyages du droit, Mélanges en l'honneur de Dominique Breillat* Université de Poitiers diff. Lgdj 2011 p. 81 ; adde « Les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux », in *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?* LexisNexis 2008 p. 21, et les références citées.

⁷ Projet de loi n° 175 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures déposé au Sénat le 27 nov. 2013 ; Étude d'impact du 26 nov. 2013 p. 70 s. Adde G. CUNIBERTI « La faible attractivité internationale du droit français des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit : les relations*

L'Union européenne met pareillement en concurrence ses États membres, que ce soit pour la négociation des directives d'harmonisation et des règlements d'uniformisation, ou pour les initiatives en vue, sinon d'un Code civil européen, du moins d'un droit européen des contrats unifié dont la vente est le modèle.

4. La France prend finalement conscience de l'emprise grandissante de l'Union européenne sur son droit civil et du phénomène de compétition mondiale des droits. Si elle souhaite éviter le déclin de sa tradition juridique, il lui faut à son tour recodifier son droit des obligations. Lors du colloque du bicentenaire du Code civil en 2004⁸, le Président Chirac promet cette refonte dans un délai de cinq ans – par voie d'ordonnance.

Mais une chose est de le dire, une autre de le faire, car les divisions françaises sont autant d'entraves à une véritable recodification. Si l'initiative du processus de réforme revient à la doctrine, durant une décennie, les controverses concernant les orientations du droit des obligations mènent à l'immobilisme. Le brouhaha doctrinal né de la rivalité des avant-projets Catala puis Terré, les rendant moins audibles auprès du pouvoir politique, conduit à l'enlissement de la réforme. Depuis deux ans, ledit pouvoir politique, désormais impatient d'accomplir la réforme, choisit un procédé expéditif, la technique de l'ordonnance plutôt que le recours à la loi, qui suscite un débat symbolique si ce n'est institutionnel. L'éviction controversée du Parlement, par la voie hybride d'une ordonnance plutôt que d'une loi conditionnerait, dit-il, l'achèvement de la réforme.

I. L'ENLISEMENT DE LA RÉFORME PAR LE BROUHAHA DES INITIATIVES DOCTRINALES

5. Le brouhaha résulte de ce qu'une première initiative doctrinale, « l'avant-projet Catala », reçoit un accueil contrasté avant d'être concurrencée par une seconde initiative qui en prend le contrepied, « l'avant-projet Terré ».

privées internationales Lgdj-Lextenso éd. 2014 p. 253 s. ; C. PÉRÈS « L'étude d'impact à la lumière de la réforme par ordonnance du droit des obligations », *RDC* 2014 p. 275.

⁸ Colloque de célébration du bicentenaire du Code civil Droit In-Situ 2004.

A. – *L'avant-projet Catala*

6. Un groupe de travail constitué sous la présidence du professeur Catala réunit nombre d'universitaires, souvent membres de l'Association Henri Capitant. En septembre 2005, il remet à la Chancellerie un *Rapport pour une réforme du droit des obligations et de la prescription* (dénommé avant-projet Catala)⁹. Le parti pris par ce groupe de travail est double.

Du point de vue français, la réforme doit être efficace. Pour être aisément adoptée, elle doit susciter le consensus : être une évolution et non une révolution. Point n'est besoin de tout bouleverser ; il suffit d'actualiser les textes grâce à l'acquis jurisprudentiel. Par conséquent si les innovations ne manquent pas, il s'agit souvent d'une recodification à droit constant ou presque, par une codification de constructions prétoriennes.

Du point de vue international, européen, la réforme doit être française. Point n'est besoin de renoncer systématiquement à ce que les observateurs étrangers considèrent parfois comme une exception. Il n'est pas nécessaire que notre droit des obligations perde son identité pour (re)prendre son rang. Il suffit de le clarifier, de le moderniser dans l'esprit propre qui l'anime. Ainsi le modèle législatif français, renforcé, renouvelé, peut-il continuer de rayonner au sein et au-delà de l'Union européenne. Est ainsi conservée la théorie de la cause de l'obligation ou du contrat, rebaptisée cause de l'engagement¹⁰.

Cette « offre de loi¹¹ » faite par la doctrine au pouvoir politique est de grande qualité, même si l'on peut être en désaccord avec certaines solutions proposées¹². Cet avant-projet a l'immense mérite d'exister, la discussion peut commencer, afin de le perfectionner, l'amender. On peut espérer, enfin, que la recodification advienne.

7. Or, un groupe de travail de la Cour de cassation réuni par le président Canivet rend un rapport mitigé sur l'avant-projet Catala¹³. Encore peut-on se demander s'il est parfaitement représentatif de la doctrine de la Cour de

⁹ *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)* dir. P. CATALA, La documentation française 2005.

¹⁰ V. Exposé des motifs par J. GHESTIN, p. 25, et art. 1108, 1124 s. p. 79 ; adde G. WICKER « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », in G. MÄSCH, D. MAZEAUD et R. SCHULZE ed., *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe* Sellier 2009 p. 53.

¹¹ Selon la formule de J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT AFRIQUE et G. MORIN *Des libéralités, Une offre de loi* Defrénois 2003 préf. J. CARBONNIER.

¹² Par ex. sur les dommages et intérêts contractuels, v. H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz v. Responsabilité contractuelle*, 2014.

¹³ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007.

cassation, puisque sans grande cohérence, il critique des solutions de l'avant-projet qui s'inspirent de la jurisprudence de cette même Cour. Des auteurs se joignent à ces reproches¹⁴, ce dont on peut s'étonner quand il s'agit de participants à l'avant-projet Catala. Il est vrai que le Doyen Carbonnier est décédé avant sa publication, alors qu'il devait le couvrir de son autorité ; la disparition du Doyen Carbonnier (avant celles du Doyen Cornu et du professeur Catala) est aussi l'effondrement d'un rempart.

Il n'y a donc de consensus, ni académique, au sein de l'École, ni avec la Cour de cassation, entre l'École et le Palais. Le pouvoir politique, peu volontaire, peu éclairé, hésite. L'avant-projet Catala n'est pas adopté, et le Gouvernement élabore lui-même un avant-projet en 2008¹⁵. Avant-projet gouvernemental, il y en aura d'autres, aussitôt discuté en doctrine. En revanche, la réforme de la prescription est menée à son terme par une loi, codifiée, du 17 juin 2008.

B. – *Le contre-projet Terré*

8. Un groupe de travail, présidé par le professeur Terré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, entre en concurrence avec l'avant-projet Catala. À compter de 2009, un contre-projet (dénommé avant-projet Terré) est publié en trois volets : le contrat, la responsabilité, le régime général de l'obligation¹⁶.

Cet avant-projet Terré, de grande qualité lui aussi, prend le contrepied de l'avant-projet Catala. Forcément : sinon, l'initiative n'aurait guère de sens.

D'une part, la modernisation du droit des obligations doit être à la fois radicale et européenne. Il convient de gommer ce qui fait la singularité du droit français, sinon de le dénationaliser, du moins de le rendre plus euro-compatible : assez neutre pour qu'il soit compris de l'étranger et en

¹⁴ Certains avaient été formulés par anticipation, v. not. P. REMY « Nouveaux développements de la responsabilité civile, observations critiques sur l'arrêt *SA Planet Wattohm* (Cass. Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995) », *RGAT* 1995 p. 529 ; « Critique du système français de responsabilité civile », *Dr. et cultures* 1996 p. 31 ; « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997 p. 323 ; « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? », *RDC* 2004 p. 1169.

¹⁵ Ministère de la justice, *Projet de réforme du droit des contrats* (juill. 2008) ; v. aussi Ministère de la justice, *Projet de réforme du droit des contrats* (mai 2009) ; Ministère de la justice, *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats* (mai 2011), et Note de présentation (mai 2011).

¹⁶ F. TERRE (dir.) *Pour une réforme du droit des contrats* Dalloz 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* Dalloz 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations* Dalloz 2013.

particulier au sein de l'Union européenne. Ainsi l'avant-projet Terré s'efforce-t-il d'effacer la théorie de la cause (si ce n'est celle de l'objet), à laquelle il substitue le « *contenu du contrat* »¹⁷. Ce faisant, cet avant-projet sacrifie le modèle français et son rayonnement international à l'intégration européenne, et abandonne une des préoccupations majeures de l'avant-projet Catala.

D'autre part, celui-ci traduit une volonté constante d'indemnisation des victimes en matière de responsabilité civile ; l'avant-projet Terré se montre moins généreux envers elles, ce qui n'est pas sans évoquer les solutions du BGB, lesquelles du reste ne font pas l'unanimité en Allemagne.

9. Le consensus semble introuvable car la concurrence des avant-projets doctrinaux n'est pas synonyme de dialogue. En outre, la situation est compliquée par une autre division qui ne coïncide pas toujours avec la précédente. La doctrine française est traversée par deux courants de pensée, avec d'un côté les tenants d'un libéralisme voire ultralibéralisme du droit des obligations, et de l'autre les partisans d'un volontarisme social, d'une conception moins économiste et plus humaniste de la matière.

La réforme française du droit des obligations s'enlise. Le Ministère de la justice ne sait, ou ne veut pas choisir : tous ses avant-projets, du premier en 2008 au dernier en date, en 2015, cherchent une troisième voie, un autre équilibre. Entre-temps, une proposition de loi déposée au Sénat en 2010 en vue de réformer la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, fait long feu¹⁸.

II. L'ACHÈVEMENT DE LA RÉFORME PAR LA TECHNIQUE EXPÉDITIVE DE L'ORDONNANCE ?

10. Aujourd'hui désireux de mener promptement la réforme, le Ministère de la justice préfère au processus législatif ordinaire la technique hybride et expéditive de l'ordonnance. Ce choix suscite un conflit symbolique si ce n'est institutionnel entre le Sénat d'un côté, le Gouvernement et l'Assemblée nationale de l'autre¹⁹, clos par le Conseil constitutionnel²⁰.

¹⁷ Art. 13, 58 s., *Pour une réforme du droit des contrats*, préc.

¹⁸ V. Rapport d'information n° 558, Sénat 15 juill. 2009, A. ANZIANI et L. BÉTEILLE ; Proposition de loi n° 657 portant réforme de la responsabilité civile, Sénat 9 juill. 2010, prés. L. BÉTEILLE ; C. JUILLET « La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », *D.* 2011 p. 259.

¹⁹ V. P. DEUMIER « Le Code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014 p. 597 s.

²⁰ Pour le dossier législatif intégral, v.

http://www.assemblee-nationale.fr/simplification_droit_justice_affaires_interieures.asp.

A. – *L'alternative entre loi et ordonnance*

11. Le 27 novembre 2013, le Gouvernement dépose au Sénat un projet de loi en procédure accélérée, demandant (entre autres) au Parlement de l'habiliter à réformer le droit des obligations par ordonnance²¹. La promesse du Président Chirac serait enfin tenue, sous le quinquennat du Président Hollande.

12. À ce stade, un rappel de la Constitution du 4 octobre 1958 est utile. Au regard de ses articles 34 et 37, les « obligations civiles et commerciales » relèvent, non du domaine réservé du Parlement, mais de son domaine partagé avec le Gouvernement, dans lequel le premier pose uniquement « les principes fondamentaux » tandis que le second fixe les « règles précises ». En outre en vertu de l'article 38, le Parlement peut autoriser le Gouvernement à prendre, par ordonnance c'est-à-dire par un règlement temporaire, des mesures relevant de son domaine de compétence (d'exception). À l'expiration de la période d'habilitation, soit le Parlement ratifie l'ordonnance, et elle devient une loi ; soit il refuse la ratification et l'ordonnance, caduque, disparaît. Contrairement à la loi, la réforme par voie d'ordonnance revient donc à un processus hybride, mi-règlementaire, mi-législatif.

13. Précisément, le 15 janvier 2014, le quotidien économique *Les échos* est le premier à diffuser sur l'internet un document de travail incomplet daté du 23 octobre 2013, présenté comme l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des obligations par ordonnance²². La doctrine civiliste espérait que ce texte, écrit dans le secret du Ministère de la justice, soit enfin dévoilé – il ne l'est donc que par la presse. Hélas, c'est un texte décevant, au style souvent inélégant, aux solutions parfois mal pensées, patchwork des avant-projets Catala et Terré et dont la cohérence laisse par conséquent à désirer. On peut s'en désoler : un tel texte ne peut redonner un second souffle au droit français des obligations. D'autant qu'il morcèle la matière : conformément au projet de loi d'habilitation, l'avant-projet d'ordonnance concerne le contrat, le quasi-contrat et le régime général de l'obligation à l'exclusion de la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle.

²¹ Projet de loi n° 175 relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, Sénat 27 nov. 2013, art. 3.

²² V. récemment *Réforme du droit des contrats : le débat*, Dr. et patrimoine n° 240 oct. 2014 p. 37 s.

B. – L’antagonisme entre Sénat, Assemblée nationale et Gouvernement

14. La résistance du Sénat contraste avec l’obéissance de l’Assemblée nationale au Gouvernement.

1. Résistance du Sénat

15. Le 15 janvier 2014 encore, à la suite d’un Rapport négatif²³, la Commission des lois du Sénat refuse d’habiliter le Gouvernement à réformer le droit des obligations par ordonnance. Les membres de cette Commission, quelle que soit leur appartenance politique, s’accordent sur ce refus. Par conséquent, la demande d’habilitation ne figure plus dans le texte soumis à la lecture du Sénat les 21 et 23 janvier 2014²⁴. Lors des séances publiques, les sénateurs résistent courtoisement mais fermement à la Ministre de la justice, Madame Taubira. L’amendement du Gouvernement visant à réintroduire l’habilitation se voit rejeté à la quasi-unanimité : un seul sénateur vote en ce sens.

Les motifs du refus du Sénat, en réponse aux arguments du Gouvernement, incitent ce dernier à la prudence et à la réflexion.

Le Sénat, en sa Commission des lois puis en séance plénière, ne nie pas l’urgence d’une réforme. Il répond que cela ne suffit pas à évincer le Parlement : il a déjà montré qu’il pouvait voter des lois rapidement.

Le Sénat ne nie pas non plus que le droit des obligations est technique, ardu. Il répond que les parlementaires ne sont ni plus ni moins savants que les rédacteurs du Ministère de la justice. Par le passé, le Parlement a aussi montré qu’il pouvait voter de bonnes lois civiles, comme en matière de prescription ou de successions – sans doute est-ce là une vision optimiste des choses, quand on sait les malfaçons dont sont empreintes ces réformes.

Surtout, le Sénat souligne qu’au-delà de la technique juridique, le droit des obligations est porteur d’enjeux politiques et économiques qui imposent l’intervention du Parlement. Il en va ainsi des choix délicats, des équilibres opérés en matière de responsabilité civile, mais aussi de contrats ou de régime de l’obligation. Il y faut du temps, une mûre réflexion que seul le Parlement peut mener. En outre, l’expérience montre que les ordonnances en matière civile sont rarement de bonne facture. Or, une fois l’habilitation consentie au Gouvernement, quand l’ordonnance est soumise à la

²³ Rapport n° 288 fait au nom de la Commission des lois par T. Mohamed SOIHILI, 15 janv. 2014.

²⁴ Projet de loi n° 289 relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, Texte de la Commission des lois, 15 janv. 2014.

ratification du Parlement, il est trop tard pour la modifier en profondeur, même quand elle s'avère mal conçue et/ou mal écrite.

En peu de mots, selon le Sénat, la réforme du droit des obligations par ordonnance est un déni de démocratie.

16. Comme juriste et citoyen, on peut être partagé : les leçons de l'histoire ne se répètent pas toujours.

Le Code civil a été écrit par de grands jurisconsultes, comme Portalis, Bigot de Préameneu, Tronchet et Maleville, qui entouraient Napoléon au Conseil d'État (ou encore Merlin de Douai, plus controversé). La « purge » du Parlement par l'éviction des opposants a permis un vote en quelques mois et sans dénaturation du texte. Le Code civil n'est donc pas le fruit d'un processus démocratique ; pourtant, malgré ou peut-être grâce à cela, c'est un « beau droit » des obligations. Mais ce temps est révolu. Foyer, Carbonnier, Cornu et Catala ne sont plus ; qui seront les héritiers de Portalis et de ses pairs ?

S'il existait un consensus scientifique, alors peut-être, peut-être seulement, pourrait-on concevoir que le Gouvernement réforme le droit des obligations par ordonnance. Cela épargnerait des postures aussi vaines que l'effacement du Code civil du « bon père de famille », jugé attentatoire à « l'égalité réelle entre les hommes et les femmes »²⁵. Mais dans la mesure où ce consensus n'existe pas, n'est-il pas inévitable d'en appeler à la représentation nationale, au Parlement, pour décider de la réforme à mener ? Quoi qu'il en dise, le Ministère de la justice est parfaitement conscient de la discorde. C'est la raison pour laquelle il exclut la responsabilité civile, extracontractuelle et contractuelle, de l'avant-projet d'ordonnance : à son propos, il soumettra un projet de loi au Parlement – projet achevé semble-t-il depuis l'été 2012 mais non diffusé. Or, la comparaison des avant-projets, doctrinaux comme gouvernementaux, révèle l'absence de consensus sur bien d'autres aspects du droit des obligations²⁶.

2. Obéissance de l'Assemblée nationale

17. Pourtant sans entendre l'admonestation du Sénat, dès le 24 janvier 2014, le Gouvernement dépose le projet de loi à l'Assemblée nationale²⁷,

²⁵ Art. 26 de la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, *JORF* 5 août 2014 p. 12949.

²⁶ Pour cette comparaison, v. spéc. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations* t. 1 *L'acte juridique* Dalloz/Sirey 2012 par É. SAVAUX ; t. 2 *Le fait juridique* éd. Dalloz/Sirey 2011 par É. SAVAUX ; t. 3 *Le rapport d'obligation* Dalloz/Sirey 2013 par É. SAVAUX.

²⁷ Projet de loi n° 1729 relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, Assemblée nationale, 24 janv. 2014.

laquelle se montre autrement docile²⁸. En effet lors de la discussion en séance publique, le 16 avril 2014²⁹, chaque objection soulevée par le Sénat se voit balayée par la Ministre de la Justice, affirmant que le recours à l'ordonnance serait l'unique voie de modernisation du droit des obligations (la responsabilité étant exceptée), avant la fin du quinquennat : la réforme sera ainsi faite, ou ne sera pas. En conséquence et malgré les critiques de l'opposition, l'habilitation est concédée par l'Assemblée nationale – à une majorité qui reste indéterminée, les voix n'ayant pas été décomptées du vote à main levée³⁰.

18. Conformément à l'article 45 de la Constitution, le vote contradictoire des deux Chambres provoque la réunion d'une Commission mixte paritaire, sans nouvelle lecture préalable s'agissant d'une procédure accélérée. Sans surprise, la Commission réunie le 13 mai 2014 conclut à son échec³¹.

Le projet de loi d'habilitation est adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 30 octobre 2014³², avec les mêmes arguments *pro* et *contra*, et déposé le lendemain auprès du Sénat³³. Lequel persiste en supprimant l'habilitation, en Commission des lois les 14 et 15 janvier 2015³⁴, puis en séance publique le 22 janvier³⁵. Vaine résistance puisque le

²⁸ Lors de la réunion de la Commission des lois du 19 fév. 2014, le rapporteur du projet de loi suggère au Gouvernement de ne déposer un amendement en vue de réintroduire l'habilitation qu'en séance publique, afin de permettre au Ministre de la justice de faire valoir ses arguments, raison pour laquelle la demande ne figure pas dans le texte de la Commission soumis à la lecture de l'Assemblée nationale, v. Compte-rendu n° 43 de la séance de la Commission des lois du 19 fév. 2014 p. 19, précision omise par le Rapport n° 1808 de la Commission des lois par M^{me} C. CAPDEVIELLE, Assemblée nationale 19 fév. 2014, p. 13 s.

²⁹ Compte-rendu intégral, *JORF* n° 35 A.N. (C.R.) 17 avr. 2014, p. 2626 s.

³⁰ Texte adopté n° 324, « Petite loi », Projet de loi modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, 16 avr. 2014 ; Projet de loi n° 478 modifié par l'Assemblée nationale, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, déposé le 17 avr. 2014 et renvoyé à la Commission des lois du Sénat.

³¹ V. Résultat des travaux de la Commission mixte paritaire (n° 530) ; Rapport n° 1933 et n° 529 fait au nom de la Commission des lois par M^{me} C. CAPDEVIELLE et M. T. M. SOILIHI, 13 mai 2014.

³² V. Projet de loi n° 1952 modifié, par l'Assemblée nationale, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, déposé le 14 mai 2014 et renvoyé à la Commission des lois, p. 9 s. ; Compte-rendu intégral de la séance du 30 oct. 2014, *JORF* 2014 n° 107 [3] A.N. (C.R.). Un revirement de l'Assemblée nationale était d'autant plus improbable que le 17 sept., sa Commission des lois avait réitéré son adhésion, v. Rapport n° 2200 fait au nom de la Commission des lois par M^{me} C. CAPDEVIELLE, 17 sept. 2014, et Annexe 0.

³³ Projet de loi n° 76, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, déposé le 31 oct. 2014.

³⁴ V. Rapport n° 215 de M. T. M. SOILIHI, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 14 janv. 2015 p. 12 s. ; Texte de la Commission des lois, n° 216, 15 janv. 2015.

texte étant soumis en ultime lecture à l'Assemblée nationale, celle-ci rétablit l'habilitation le 28 janvier, au nom du « pragmatisme »³⁶.

19. Le 30 janvier, des sénateurs de l'opposition livrent un baroud d'honneur en saisissant le Conseil constitutionnel, au motif que l'habilitation ne serait pas conforme aux articles 34 et 38 de la Constitution³⁷. En vain encore : ledit Conseil déclare la constitutionnalité de la loi d'habilitation par une décision du 12 février³⁸. L'antagonisme entre le Sénat, l'Assemblée nationale et le Gouvernement est ainsi jugé plus symbolique qu'institutionnel. La loi d'habilitation est donc promulguée le 16 février³⁹. Le 25 février, le Ministère de la justice ouvre la procédure de consultation publique relative au projet d'ordonnance, enfin publié de manière officielle⁴⁰.

L'Assemblée a donc le dernier mot, comme il se doit, et avec elle le Gouvernement qui obtient l'habilitation à réformer par ordonnance le droit des contrats et quasi-contrats, et le régime général de l'obligation. Tandis que, sauf revirement, la refonte de la responsabilité civile restera entre les mains du Parlement⁴¹. Ce morcèlement du droit des obligations, entre pouvoirs exécutif et législatif, augure mal de la cohérence de sa recodification.

20. Les affres d'une réforme du droit des obligations ne sont pas l'apanage de la France ; ainsi l'*aggiornamento* allemand ne s'est pas non

³⁵ V. Projet de loi n° 53 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, modifié en nouvelle lecture par le Sénat, 22 janv. 2015.

³⁶ V. Rapport n° 2525 de M^{me} C. CAPDEVIELLE, fait au nom de la Commission des lois, enregistré le 28 janv. 2014 p. 6 s. ; Compte-rendu intégral de la séance du 28 janv. 2015, *JORF* 2015 n° 9 A.N. (C.R.) p. 457 ; Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Texte n° 467 adopté le 28 janv. 2015, « Petite loi ».

³⁷ Texte de la saisine consultable à : <http://www.ump-senat.fr/Loi-relative-a-la-modernisation-et.html>. L'inconstitutionnalité éventuelle de l'habilitation a été évoquée devant la Commission des lois du Sénat, v. Rapport n° 215 de M. T. Mohamed SOILIHI, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 14 janv. 2015 p. 12 s.

³⁸ Déc. n° 2015-710 du 12 févr. 2015, *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*.

³⁹ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, publiée au *JOFR* du 17 fév.

⁴⁰ <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html>.

⁴¹ Le projet du 25 fév. 2015, dans le Sous-Titre I relatif au contrat, reproduit en substance les actuels articles 1146 s. C. civ. concernant les dommages et intérêts contractuels (articles 1231 s., v. ci-après notre contribution, « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle »), et annonce pour le Sous-Titre II relatif à la responsabilité contractuelle, une « reprise à droit constant des articles 1382 à 1386-18 C. civ. »

plus fait sans heurt⁴². Du moins aurait-on pu souhaiter un processus de modernisation du droit français des obligations du XXI^e siècle plus digne de ses enjeux, une autre alliance du savoir juridique et du pouvoir politique.

La comparaison avec d'autres recodifications civiles est édifiante. Les plus anciennes sont exemplaires : le Québec⁴³ et les Pays-Bas⁴⁴ ont, des décennies durant, cultivé le dialogue de la doctrine (et de la pratique), du Ministère de la justice et du Parlement. Il en résulte des textes dont la qualité contribue au rayonnement international. La méthode allemande, quoique moins longue, est similaire aux précédentes. Le nouveau Code civil roumain, le plus récent, a également associé le Parlement à la Commission d'universitaires instituée par le Ministère de la justice⁴⁵. Pour la Fédération de Russie, l'initiative de la recodification, plus étroitement soumise à l'emprise présidentielle, n'échappe pas non plus à la discussion parlementaire⁴⁶.

La France, quant à elle, choisit un processus de réforme du droit des obligations aussi peu démocratique qu'il y a deux siècles et autrement plus opaque.

Poitiers, février 2015

⁴² V. R. ZIMMERMANN *op. cit.* p. 30 s.

⁴³ V. not. P.-A. CREPEAU *La réforme du droit civil canadien, Une certaine conception de la recodification (1965-1977)* Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, éd. Thémis Montréal 2003, spéc. p. 33 s. ; M.-J. LONGTIN « La réforme du Code civil : la gestion d'un projet », in *Du Code civil du Québec (Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie)* éd. Thémis, Montréal, 2005 p. 163 s. ; *adde* J.-F. NIORT « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits* 1996 vol. 24 *La codification* p. 135 s.

⁴⁴ V. A. S. HARTKAMP « La révision du Code civil aux Pays-Bas, 1947-1992 », in *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht (Zakenrecht, verbintenissenrecht en bijzondere overeenkomsten)*, *Nouveau Code civil néerlandais, Le droit patrimonial (Les biens, les obligations et les contrats particuliers)* trad. P. P. C. HAANAPPEL et E. MACKAAY, sous les auspices du Ministère de la Justice des Pays-Bas et du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990 p. XVIII s., n° 5 s.

⁴⁵ V. C. M. PREDOIU « Préface : Genèse du nouveau Code civil roumain », *Nouveau Code civil roumain* trad. commentée Juriscope, éd. Dalloz 2013 p. 14.

⁴⁶ V. S. ALEXEEV « Préface », *Code civil de la Fédération de Russie* trad. commentée, Juriscope 2005 p. 9 s., 10 ; N. Y. RASSKAZOVA « Russian Law of Obligations : Structure, Positioning and Connection with Supranational Law », in R. SCHULZE and F. ZOLL (ed.) *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, Sellier 2013 p. 139 s., 140.

PARTIE II

LE PROCESSUS DE FORMATION DE L'ENGAGEMENT

LE PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT

Bertrand FAGES*

Je voudrais commencer par remercier les organisateurs de cette manifestation et en particulier mes collègues Reiner Schulze et Guillaume Wicker de m'avoir fait l'honneur et le plaisir de m'inviter à ces 5^{èmes} journées franco-allemandes.

Le thème choisi par les organisateurs de ces journées est celui de la réforme du droit des obligations en France. Et d'emblée je veux dire mon admiration et presque ma sympathie pour nos collègues allemands qui ont accepté de se pencher sur ce thème. Car, il faut bien l'avouer, cette réforme du droit des contrats peut sembler très curieuse vue de l'étranger.

Curieuse dans son calendrier. Plusieurs projets dormaient dans les tiroirs du ministère de la justice et voilà que, subitement, on accélère ; mais sans savoir toutefois avec exactitude quand la réforme aboutira.

Curieuse dans sa méthode. Une ordonnance et non une loi comme la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* ; un mystérieux « bureau du droit des obligations » et non une commission gouvernementale bien identifiée comme à l'époque en Allemagne.

Curieuse dans son contenu qui est encore pour le moment incertain et susceptible d'évoluer. Un contenu dont nous n'avons connaissance qu'à travers un projet livré à l'état brut et contenant une série de dispositions dépourvues de toute explication. Günter Reiner, avec qui je me suis entretenu pour préparer cette conférence, m'a demandé où il pouvait trouver un exposé des motifs détaillé article par article. J'ai dû lui dire qu'il n'y en avait pas ; l'explication de la réforme n'est pas livrée avec le projet. C'est là que je me suis mis à la place de mes collègues allemands et que j'ai ressenti

* Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1.

un fort sentiment d'admiration pour leur courage à se pencher sur cette réforme.

Le sujet qu'il m'appartient de traiter, avec Günter Reiner, est non pas le thème de la formation du contrat en général – cela serait trop long – mais celui du processus de formation, c'est-à-dire la façon dont concrètement un contrat se conclut.

Sur cette question, très importante en pratique, le Code civil de 1804 est resté totalement muet. La réforme vise donc à combler ce silence. Elle introduit pour cela quatre grands blocs de dispositions qui sont indépendants de la question du consentement des parties et de la validité du contrat.

L'un concerne spécialement la conclusion du contrat électronique (article 1126 à 1126-8). Nous le laisserons de côté aujourd'hui.

Les trois autres, de portée plus générale, concernent l'offre et l'acceptation, les négociations et les avant-contrats.

C'est sur ces trois blocs de dispositions que je vous propose de m'arrêter.

I. L'OFFRE ET L'ACCEPTATION

Dans le projet d'ordonnance, les dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation viennent après celles relatives aux négociations – ce qui est logique. Mais j'ai choisi de commencer par elles car elles sont marquées d'un certain classicisme. Bien que le Code civil de 1804 n'ait rien indiqué en ce sens, il est devenu classique en effet, surtout après l'avènement du BGB, de présenter le contrat comme le résultat de la rencontre d'une offre et d'une acceptation : deux manifestations unilatérales de volonté émises par les parties chacune de leur côté, mais qui, dès lors qu'elles sont concordantes, entraînent la conclusion du contrat.

À bien des égards, ce découpage du processus de conclusion en une offre et une acceptation, entre lesquelles peuvent de surcroît s'intercaler d'éventuelles contre-propositions, est aujourd'hui dépassé. Il ne permet pas de rendre compte du dialogue constructif qui s'instaure entre les négociateurs pendant la phase des pourparlers. Et il est impropre à expliquer l'hypothèse, moins rare qu'il n'y paraît, où c'est, de façon plus diffuse, le comportement convergeant des parties qui concourt à la formation de leur contrat¹.

¹ V. not. Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1963, *Bull. civ.* I, n° 419, approuvant une cour d'appel d'avoir déduit l'existence d'un contrat entre les intéressés « du comportement même de ceux-ci » ; *adde* les arrêts étudiés par J. MESTRE, *RTD civ.* 1988.309. Rappr. art. 2.1.1 Principes d'Unidroit : « le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord ».

Il reste que chaque fois que la question se pose de savoir si un contrat a bien été conclu, la théorie de l'offre et de l'acceptation constitue une grille de raisonnement qui peut s'avérer très utile.

Voilà sans doute pourquoi, avec 115 ans de retard sur le *BGB*, le Code civil contiendra désormais onze articles relatifs à l'offre et à l'acceptation (articles 1113 à 1123).

Le premier (article 1113) dispose que « la formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, toutes deux manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties ». Il s'agit là d'un article de présentation à vocation pédagogique, comme le projet de réforme en comporte beaucoup. Son apport tient dans la précision qu'il apporte en ajoutant que « cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement de son auteur ».

Pour moi qui ai rédigé ma thèse de doctorat sur *Le comportement du contractant*, je ne peux que saluer l'utilisation de ce mot. Il y a en effet deux manières d'exprimer une volonté : soit par une déclaration, soit par un comportement. Cette présentation est plus moderne et plus juste que l'opposition classique entre manifestation expresse et manifestation tacite.

Après ce premier article introductif, le projet d'ordonnance comporte plusieurs articles relatifs d'abord à l'offre et ensuite à l'acceptation. Examinons les rapidement.

A. – *L'offre*

Sur l'offre, le projet de réforme ne modifie pas en profondeur le droit positif tel que l'avaient jusqu'à présent tracé la jurisprudence et la doctrine.

Il n'y a ainsi rien de surprenant dans la description de l'offre faite par l'article 1114 (« 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 »). On peut tout au plus regretter que cette description ne fasse pas plus clairement apparaître le fait qu'il ne peut y avoir d'offre qu'en présence d'une proposition de conclure suffisamment ferme et précise pour que son acception entraîne à elle seule la formation du contrat. En effet, les deux critères classiques dégagés par la jurisprudence et la doctrine – la fermeté et la précision – ne sont pas repris expressément par le projet de réforme. Par contre, il est dit que l'offre doit comporter « les éléments essentiels du contrat envisagé ».

L'expression « éléments essentiels » fait ici pour la première fois son entrée dans le Code civil.

Sur la rétractation de l'offre (articles 1115 et 1116)², le projet consacre, sans le dire clairement, la solution équilibrée adoptée par la jurisprudence contemporaine :

– lorsque l'offre est faite sans indication de délai, l'offrant est tenu de la maintenir pendant un délai raisonnable afin que le destinataire ait le temps de l'examiner³. Ce délai est souverainement apprécié par les juges du fond en fonction des usages et des circonstances ; il est généralement bref⁴ ;

– lorsque l'offre est assortie d'un délai, imposé par la loi ou donné par l'offrant, elle doit être considérée comme irrévocable pendant toute la durée de ce délai⁵.

Là où le projet apporte une importante clarification c'est en précisant (articles 1117) que « la révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat ».

Cet article répond à deux questions.

Première question : comment sanctionner la révocation prématurée de l'offre ? C'est une question sur laquelle la jurisprudence française n'a jamais clairement pris parti, de sorte qu'une hésitation était permise entre deux solutions : tenir la révocation pour inefficace et permettre à l'acceptant, pourvu qu'il se soit manifesté dans le délai, d'obtenir la conclusion forcée du contrat ; ou bien lui accorder uniquement des dommages-intérêts⁶.

Le projet de réforme opte nettement pour cette seconde solution. C'est selon moi une bonne chose car si l'on veut préserver une certaine souplesse dans les négociations commerciales il ne faut pas conférer à l'offre une trop forte valeur obligatoire.

² Art. 1115 : « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire ». Art. 1116 : « Elle ne peut être révoquée avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable ».

³ Cass. 3^e civ., 20 mai 2009, n° 08-13230, *Bull. civ. III*, n° 118 ; *RTD civ.* 2009.524, obs. B. FAGES : cassation d'un arrêt qui aurait dû rechercher si l'acceptation, manifestée cinq ans après l'émission de l'offre, était intervenue dans « le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre (...) non assortie d'un délai précis ».

⁴ V. s'agissant d'une offre assortie de la mention « réponse immédiate souhaitée » : Cass. 3^e civ., 25 mai 2005, n° 03-19411, *JCP G* 2005, II, 172, note P. GROSSER ; *RTD civ.* 2005.772, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1958, *Bull. civ. I*, n° 579 ; *RTD civ.* 1959.336, obs. J. CARBONNIER : « si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque ». V. depuis Cass. 3^e civ., 10 mai 1968, n° 66-13186 et n° 66-13187, 2 arrêts, *Bull. civ. III*, n° 209 ; Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, n° 07-11690, *Bull. civ. III*, n° 79 ; *Dr. et patr.* 2009, n° 178, p. 122, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G*, 2008, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. Th. GENICON ; *RTD civ.* 2008.474, obs. B. FAGES.

⁶ V. en ce sens B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., 2013, n°74.

Deuxième question : si des dommages-intérêts sont alloués sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, que peuvent-ils réparer ?

Le projet répond que ces dommages-intérêts ne sauraient aller jusqu'à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat. En cas de rétractation de l'offre, l'indemnisation est donc la même que celle existant, comme on le verra, en cas de rupture des négociations.

Enfin, le projet apporte sur l'offre une dernière précision en énumérant les cas dans lesquels celle-ci devient caduque. Il précise notamment qu'elle le devient en cas de décès de l'offrant et ceci sans faire de distinction selon que l'offre est ou non assortie d'un délai⁷. Même si cela n'est pas dit, il va de soi que l'offre est également caduque en cas de rejet par son destinataire.

B. – *L'acceptation*

Sur l'acceptation, le projet commence par une définition en indiquant que « l'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle » (article 1119).

Il poursuit en intégrant dans le Code civil quatre importantes dispositions.

Deux d'entre elles sont de portée générale.

L'une concerne le silence, à propos duquel il est dit qu'il « 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 » (article 1121). C'est là la reprise d'une solution posée en France dès la fin du XIX^e siècle⁸, que je ne vais pas commenter ici.

L'autre concerne la date et le lieu de formation du contrat. Il est dit que « le contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est parvenue » (article 1122). Cette disposition est la bienvenue. Elle met fin à une situation d'incertitude. En effet, afin de ménager aux juges du fond une certaine liberté d'appréciation leur permettant de faire dépendre la solution des intérêts en présence, la

⁷ En cas d'offre à personne dénommée et assortie d'un délai, la jurisprudence décide actuellement que l'offre se maintient au-delà du décès de l'offrant jusqu'à l'expiration de ce délai, cf. en ce sens : Cass. 3^e civ., 9 nov. 1983, n° 82-12996, *Bull. civ.* III, n° 222 ; *RTD civ.* 1985.154, obs. J. MESTRE ; Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997, n° 95-16461, *Bull. civ.* III, n° 223 ; *D.* 1999.9, obs. Ph. BRUN ; *Defrénois* 1998, p. 336, obs. D. MAZEAUD. Par contre, il n'y a pas maintien de l'offre après le décès de l'offrant lorsque celle-ci n'est pas assortie d'un délai, cf en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 13-16529, *JCP* éd. G 2014, n°960, note J. ANTIPPAS.

⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1870, *DP* 1870, 1, 257 ; *S.* 1870, 1, 341 ; *GAJ civ.*, n° 146 : « en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ».

Cour de cassation n'a jamais tranché par un grand arrêt de principe en faveur de la théorie dite de l'émission ou de la théorie dite de la réception. Elle a semblé pencher plutôt pour la théorie de l'émission⁹. Mais sans jamais de grande certitude¹⁰.

Sur ce point, le projet prend clairement parti en faveur de la théorie de la réception, selon laquelle le contrat n'est véritablement formé qu'au moment où l'acceptation est parvenue à l'offrant. Plus réaliste que la théorie de l'émission, cette théorie part du principe que pour qu'un contrat soit conclu il faut que l'offrant ait eu, sinon une connaissance effective de la volonté de l'acceptant, du moins la possibilité de la connaître. C'est elle que retiennent les PECL (article 2 : 205 (1)) ainsi que dans le commerce international la CVIM (article 18, § 2) et les Principes d'Unidroit (article 2.1.6 (2)).

S'agissant de l'acceptation, deux autres dispositions plus spéciales sont à relever.

La première concerne l'acceptation des conditions générales. Il est dit à l'article 1120 que « les conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à sa connaissance et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet ».

Cette disposition est conforme à la jurisprudence actuelle. Et même si elle demeure très générale et tient dans un seul article, elle a l'avantage de faire entrer dans le Code civil la question, très importante en pratique, de l'acceptation des conditions générales.

Cette disposition est également conforme à la position traditionnelle du droit français qui, ayant cantonné dans le droit de la consommation le contrôle des clauses abusives contenues dans les contrats d'adhésion conclus entre les professionnels et les consommateurs, peut se contenter sur le terrain du droit commun de règles beaucoup plus légères, qui visent principalement les conditions générales utilisées entre professionnels dans le cadre de leurs relations commerciales. Le problème est que cette position traditionnelle est abandonnée par le projet d'ordonnance qui entend insérer dans le Code civil une disposition permettant que soit « supprimée par le juge » toute clause qui crée un déséquilibre significatif (article 1169).

Enfin, une seconde disposition a pour objectif de poser quelques principes généraux au sujet des délais de réflexion et/ou droits de rétractation qui peuvent être éventuellement prévus par la loi ou les parties

⁹ Cass. com., 7 janv. 1981, n° 79-13499, *Bull. civ.* IV, n° 14 ; *RTD civ.* 1981.849, obs. F. CHABAS.

¹⁰ V. ainsi récemment, plutôt en faveur de la théorie de la réception, Cass. 3^e civ., 17 sept. 2014, n° 13-21824, *L'essentiel Droit des contrats*, nov. 2014, n° 169, obs. M. LATINA.

(art. 1123)¹¹. Elle a le mérite de servir d'ancrage, dans le Code civil, à l'ébauche d'une théorie générale applicable à ces délais et droits qui se sont multipliés ces dernières années sans grande cohérence dans le Code de la consommation (rapp. § 355 BGB).

Voilà pour l'offre et l'acceptation. J'en viens maintenant au thème des négociations précontractuelles.

II. LES NÉGOCIATIONS PRÉCONTRACTUELLES

Les négociations précontractuelles (que l'on appelle également en français les pourparlers) n'ont pas été envisagées par le Code civil. Mais comme cette étape est devenue essentielle dans la pratique contemporaine du droit des contrats, il est heureux que le projet de réforme lui consacre des dispositions spécifiques. Il y a là une vraie modernisation du droit français des obligations. Elle réjouira tous les comparatistes pour lesquels cette gestion constitue un intéressant champ d'étude et de comparaison.

Ces dispositions sont rédigées de façon concise et claire et elles sont bien calibrées : il ne fallait pas en faire plus, il ne fallait pas en faire moins.

Que faut-il retenir de ces nouvelles dispositions ?

D'abord que toutes les étapes de la négociation précontractuelle sont encadrées par deux principes fondamentaux.

Le premier est celui de la liberté contractuelle auquel le projet rend un double hommage en proclamant que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant » (article 1102) et en indiquant plus concrètement que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres » (article 1111).

Le second est celui de la bonne foi qui est ici expressément consacré au stade de la formation du contrat (article 1103 : « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ») et explique que à la fois l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations « doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi » (article 1111).

Ces deux principes de liberté contractuelle et de bonne foi ne sont pas toujours faciles à concilier. Mais c'est tout l'art et le talent de la jurisprudence que d'essayer d'y parvenir.

Ce qu'il faut ensuite retenir du projet de réforme est que « la conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle » (article 1111, al. 2).

¹¹ Art. 1123: « Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai. Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir ».

Cette disposition laisse curieusement de côté le cas où c'est l'initiative même des négociations qui est fautive (comp. article 1111). L'essentiel est qu'elle consacre le fondement extracontractuel de la responsabilité encourue du fait des négociations.

En droit français, hormis l'hypothèse où les parties se sont contractuellement obligées à négocier en concluant ce que l'on appelle un accord de principe, la faute commise dans la conduite ou la rupture des pourparlers entraîne une responsabilité de nature purement délictuelle. Doctrine et jurisprudence françaises n'ont jamais été séduites par la proposition de Ihering de rattacher la *culpa in contrahendo* à une sorte de convention implicite créant un rapport d'obligation dans le cadre duquel on applique le régime de la responsabilité contractuelle (cf. aujourd'hui § 311, alinéa. 2, *BGB*). La réforme inscrit ce refus en toutes lettres dans le Code civil. Sur cette question, le droit français est donc davantage aligné avec le droit communautaire que ne l'est le droit allemand¹².

S'il consacre la nature extracontractuelle de la responsabilité encourue, le projet de réforme ne dit rien, en revanche, des cas dans lesquels il y aura, ou non, faute dans la conduite ou la rupture des négociations. Cette question – et c'est bien ainsi – est laissée à l'appréciation de la jurisprudence laquelle a déjà dégagé ces dernières années des lignes directrices relativement prévisibles. La seule précision expressément apportée par le projet de réforme consiste à dire que « celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle » (article 1112). Sans aller jusqu'à dire que toute information échangée au cours des pourparlers est par nature confidentielle, cette disposition est de nature à renforcer la confidentialité des négociations. Elle n'empêche cependant pas de stipuler des clauses à cet effet.

Enfin, la dernière chose importante à retenir s'agissant des négociations est que les dommages-intérêts qui seront éventuellement alloués « ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat » (article 1111, al. 3). Le projet consacre ici une jurisprudence que les juristes français connaissent sous le nom de jurisprudence *Manoukian* laquelle, depuis 2003, refuse l'indemnisation de l'intérêt positif¹³.

¹² V. en matière de conflit de juridictions, CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-334/00, *Tacconi*, *Deffrénois* 2003, p. 254, obs. R. LIBCHABER, rendu en matière de conflit de juridictions en application de la Conv. de Bruxelles du 27 sept. 1968, devenue depuis Règl. n° 44/2001/CE, 22 déc. 2000. V. en matière de conflit de lois, art. 12 Règl. Rome II.

¹³ Cass. com., 26 nov. 2003, n°s 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *GAJ civ.*, n° 142 ; *RTD civ.* 2004.80, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ». V. depuis Cass. 3^e civ., 28 juin 2006, n° 04-20040, *JCP G* 2006,

J'en viens maintenant au troisième gros bloc de dispositions concernant le processus de formation du contrat, à savoir celles relatives aux avant-contracts.

III. LES AVANT-CONTRACTS¹⁴

À l'heure actuelle, le Code civil ne contient aucune disposition relative aux avant-contracts. Sur ce point, le projet de réforme réalise donc encore une fois un ajout.

Mais cet ajout reste relativement mesuré car loin d'avoir cherché à appréhender l'ensemble des avant-contracts, le projet s'est limité à deux figures particulières : la promesse unilatérale et le pacte de préférence. Il a laissé de côté la promesse synallagmatique de contrat ainsi que cet autre avant-contrat qu'est l'accord de principe.

Et encore faut-il ajouter, au sujet de la promesse unilatérale et du pacte de préférence, que le projet n'a pas cherché à codifier l'ensemble des règles jurisprudentielles en vigueur. Il s'est tenu à un double objectif : définir ces deux avant-contracts et garantir leur efficacité.

A. – *Définition des deux avant-contracts*

Le projet d'ordonnance est, dans son ensemble, émaillé de très nombreuses définitions, ce qui est regrettable d'un point de vue méthodologique : d'abord parce que la fonction d'un code n'est pas de servir de dictionnaire juridique¹⁵, ensuite parce que l'art de la définition est difficile et risqué. S'agissant de la promesse unilatérale et du pacte de préférence, qui sont deux figures juridiques très utilisées en pratique, et cela dans des domaines et selon des modalités très variables, le recours à des définitions présente de surcroît l'inconvénient d'enfermer ces avant-contracts dans des moules juridiques rigides qui ne correspondent pas nécessairement aux attentes ou aux usages des acteurs de la vie des affaires.

Dans le projet, le pacte de préférence est défini comme « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de

II, 10130, note O. DESHAYES ; *RTD civ.* 2006.754, obs. B. FAGES ; Cass. 3^e civ., 7 janv. 2009, n° 07-20783, *RDC* 2009, p. 480, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2009.113, obs. B. FAGES.

¹⁴ Je remercie la revue *Droit & patrimoine* de m'avoir permis de reprendre ici l'essentiel d'un article publié dans son n°240, oct. 2014, p. 42, sous le titre « La promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations ».

¹⁵ V. plus généralement sur la place des définitions, G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges J. VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77 ; M. DEVINAT, « Les définitions dans les codes civils », *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n°s 1-2, mars-juin 2005, p. 519.

traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter » (article 1125). Bancale et grammaticalement curieuse (d'un côté une partie non dénommée, de l'autre « son » bénéficiaire), cette définition oublie de dire que le pacte porte nécessairement sur un contrat déterminé. Elle est de surcroît imprécise (que veut dire « traiter avec lui » ?) et en décalage avec les variantes que connaît la pratique. En droit positif – et c'est une bonne chose –, l'absence de définition du pacte de préférence permet actuellement d'englober sous cette qualification générique des hypothèses aussi différentes que l'octroi d'une simple priorité (parfois appelée « droit de premier refus ») ou l'organisation d'un véritable mécanisme de préemption permettant au bénéficiaire d'acquiescer aux mêmes conditions que celles préalablement négociées avec un tiers. Il n'est pas certain que ce dernier cas de figure, pourtant très usuel en matière de titres sociaux, entre bien dans la définition retenue dans le projet.

La définition de la promesse unilatérale retenue dans le projet est la suivante. Elle est « le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, 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 » (article 1124). De façon très heureuse, les rédacteurs du projet se sont écartés du projet « Catala » qui définissait la promesse unilatérale comme celle par laquelle une partie promettait à une autre « de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat ». Comme nous l'avions souligné à l'époque, ce terme d'« exclusivité » n'était pas approprié à toutes les situations et notamment aux promesses d'achat de biens meubles consenties à une pluralité de bénéficiaires¹⁶.

Il faut également saluer le fait que, en cours d'élaboration du projet, répondant peut-être à certaines critiques¹⁷, les rédacteurs ont ajouté à leur définition l'idée que pour parfaire le contrat il « ne manque que le consentement du bénéficiaire ». C'est dire inversement que, dès l'origine, le promettant donne son consentement définitif au contrat¹⁸.

La définition retenue n'en reste pas moins perfectible.

Quitte à enfermer la promesse unilatérale dans une définition, mieux vaut partir de la situation du bénéficiaire pour bien faire ressortir, en la

¹⁶ B. FAGES, « Autour de l'objet et de la cause », in *La réforme du droit des contrats, Projets et perspectives*, RDC 2006, p. 37 et s.

¹⁷ V. ainsi P. PUIG, « Négociation et avant-contrat », in *La réforme du droit des contrats, Journal des sociétés*, avr. 2014, n° 118, p. 16 et s., spéc. p. 19 ; B. FAGES, « La promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations », *Droit & patrimoine*, n°240, oct. 2014, p. 42, spéc. p. 43.

¹⁸ Cass. 3^e civ., 8 sept. 2010, n° 09-13.345, Defrénois 2010, p. 2123, note L. AYNÈS, *JCP G* 2010, 1051, note G. PILLET, *RDC* 2011, p. 57, obs. Th. GENICON, *RTD civ.* 2010, p. 778, obs. B. FAGES.

nommant, l'option qui lui est consentie et qui est la raison d'être de la promesse¹⁹. Voilà d'ailleurs pourquoi certains auteurs français parlent de « pacte d'option »²⁰, tandis que la pratique des affaires, très pragmatique, raisonne toujours en se plaçant du côté du titulaire de l'option, auquel on aura, selon les cas, consenti un *call* (option d'achat) ou un *put* (option de vente) – deux termes anglais si expressifs et usuels qu'ils tendent, en matière de sociétés, à occulter la dénomination de « promesse », y compris dans les contrats soumis au droit français.

Dès lors, on peut regretter que la définition retenue dans le projet, qui part du promettant, ne place pas l'option et le bénéficiaire au centre de la définition. C'est dommage car une telle présentation aurait été en ligne avec les autres dispositions du projet, lesquelles, précisément, viennent conforter l'efficacité du droit d'option consenti au bénéficiaire.

B. – *Efficacité des deux avant-contrats*

Point très positif, le projet d'ordonnance entend garantir l'efficacité des deux avant-contrats, en commençant par celle de la promesse.

Tout de suite après la définition, deux alinéas disposent que, d'une part, « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis » et, d'autre part, que « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul » (article 1124).

Ces deux précisions sont les bienvenues. La seconde qui, dans un contexte jurisprudentiel peu propice aux nullités, est de nature à dissiper tout doute sur la sanction encourue. Et surtout la première qui contredit directement une jurisprudence initiée par la troisième chambre civile en matière immobilière dans un célèbre arrêt du 15 décembre 1993²¹ et

¹⁹ V. B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 55 : « Elle est la convention conférant à l'une des parties (appelée bénéficiaire) une option lui permettant de conclure à des conditions déterminées un contrat avec une autre (appelée promettant) qui, de son côté, donne déjà son consentement définitif à ce contrat ».

²⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., n° 110.

²¹ Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Bull. civ.* III, n° 174, *JCP G* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD, *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. MESTRE ; Cass. 3^e civ., 28 oct. 2003, n° 02-14.459, *RDC* 2004, p. 270, obs. D. MAZEAUD ; Cass. 3^e civ., 25 mars 2009, n° 08-12.237, *Defrénois* 2009, p. 1270, obs. R. LIBCHABER, *Dr. & patr.* 2009, n° 183, p. 84, obs. L. AYNES, *RDC* 2009, p. 995, obs. Y.-M. LAITHIER ; Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Gaz. Pal.* 4 août 2011, n° 216, p. 15, note D. HOUTCIEFF, *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. 186, note L. LEVENEUR, *D.* 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD, *D.* 2011, p. 1460, note D. MAINGUY, *Defrénois* 2011, art. 40023, p. 1023, note L. AYNES, *JCP E* 2011, 1670, note Y. PACLOT, *RLDC* 2011/85, p. 3, Éditorial J. MESTRE, *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. B. FAGES.

malheureusement suivie par la Chambre commerciale en matière de droits sociaux²².

Les critiques qu'encourt cette jurisprudence sont connues. En concluant la promesse unilatérale, le promettant ne s'engage pas à maintenir une offre pendant un certain délai : il consent définitivement à un contrat dont tous les éléments sont déterminés et dont la formation ne dépendra plus, désormais, que de la levée de l'option. Son consentement est donc acquis dès la conclusion de la promesse ; point n'est besoin de le réitérer, point n'est permis de le reprendre. Aussi n'y a-t-il pas lieu, lorsque l'option est régulièrement levée, de s'arrêter sur la circonstance que le promettant se serait entre-temps rétracté. Il n'y a alors qu'une chose à faire : tenir cette rétractation pour inefficace et, si le bénéficiaire le demande, constater judiciairement que le contrat est formé. La solution retenue par le projet mérite donc d'être saluée.

L'efficacité du pacte de préférence est, quant à elle, affirmée dans une disposition précisant que « lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu » (article 1125, alinéa 2). Hommage est donc ici rendu à une solution déjà admise par un arrêt de Chambre mixte du 26 mai 2006²³. Mais ceci avec une notable inflexion qui pourrait risquer de modifier les équilibres existants. Dans le projet, contrairement à ce qu'exige la Cour de cassation, le bénéficiaire désireux d'obtenir une mesure de substitution n'a pas à rapporter la preuve que le tiers connaissait son intention de se prévaloir du pacte : il lui suffit de démontrer qu'il en connaissait l'existence.

Conscient d'avoir fait pencher la balance en défaveur du tiers, le projet, dans une disposition dont la rédaction n'est guère heureuse, reconnaît à ce dernier la faculté d'interroger le bénéficiaire sur l'existence du pacte en lui indiquant qu'à défaut de réponse il ne pourra plus solliciter sa substitution ou la nullité du contrat (article 1125, alinéa 3 et 4).

²² Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526, *Rev. sociétés* 2012, p. 22, note B. FAGES.

²³ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1072, note H. LE NABASQUE, *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

LE PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT DANS LE PROJET D'ORDONNANCE DE LA CHANCELLERIE : QUELQUES COMMENTAIRES

Günter REINER^{*}

INTRODUCTION

Conformément à mon rôle de commentateur, je me limiterai à quelques observations du point de vue du droit allemand. Il n'est pas utile que je dresse une image complète du processus de formation de l'engagement, ni en droit allemand, ni surtout selon le projet d'ordonnance de la Chancellerie¹, puisque mon collègue le professeur Bertrand Fages s'en est acquitté avec une clarté parfaite. Mes commentaires suivront l'ordre de son rapport, en abordant successivement l'offre et l'acceptation, les négociations et les avant-contracts.

I. L'OFFRE ET L'ACCEPTATION (ARTICLES 1113 À 1123)

1. Remarque préalable

M. Fages évoque le caractère artificiel du découpage du processus de conclusion du contrat en une offre et une acceptation (à l'instar du droit allemand, article 145 à 156 du *BGB*). Dans les contrats qui donnent lieu à des pourparlers, on assiste plutôt à une convergence progressive des

^{*} Université Helmut Schmidt, Hambourg. L'auteur remercie Michelle CUMYN, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec), pour les discussions, pour sa relecture attentive du manuscrit et pour ses conseils sur le fond comme sur la forme.

¹ Ministère de la Justice, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* de février 2015 (ci-après : le projet d'ordonnance).

positions des parties. Par ailleurs, certains contrats sont signés par les parties quasiment en même temps, notamment lorsqu'ils sont conclus par l'entremise d'un tiers, un notaire par exemple. Il est probable, dans cette hypothèse, que la volonté contractuelle des parties se forme en même temps, bien que cela ne soit pas nécessairement le cas dans la mesure où les déclarations orales précédant l'écrit peuvent aussi constituer des manifestations de volonté.

Il me semble néanmoins que les règles sur l'offre et l'acceptation ne sont pas surannées et que leur introduction dans le Code civil français ne manque pas d'intérêt. De telles règles figurent également dans les principes Unidroit 2010², les Principes du droit européen des contrats³, le projet de cadre commun de référence⁴ et le Code civil du Québec⁵, l'une des sources d'inspiration des principes Unidroit⁶.

Ainsi, malgré le caractère dynamique des pourparlers, il existe toujours bien un moment précis où il y a « conclusion » du contrat⁷. Ce moment survient précisément lorsque les volontés des parties de s'engager se rencontrent pour la première fois, c'est-à-dire lorsque la manifestation de la volonté de l'acceptant parvient à l'offrant, dont la volonté correspondante a déjà été manifestée auparavant. Si les pourparlers devaient se poursuivre au-delà de ce moment, ce serait en vue d'une éventuelle « modification » du contrat, le fait de sa conclusion n'étant plus en jeu. Ainsi, les catégories de l'offre et de l'acceptation permettent de trancher l'avant et l'après de la conclusion définitive du contrat et de faire valoir les effets de la distinction entre la « manifestation de la volonté de s'engager » et « l'invitation à entrer en négociation » (*invitatio ad offerendum*, cf. l'article 1114, ci-dessous sous 3.b)).

En outre, même si la volonté contractuelle des parties s'est manifestée simultanément, l'encadrement de l'offre et de l'acceptation par les articles 1113 à 1123 ne devient pas sans objet *in toto*. En effet, ces règles ne se limitent pas à résoudre les questions issues du fait que les manifestations de

² Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé, éd. 2010 (art. 2.1.1 à 2.1.14).

³ Principes du droit européen du contrat (PDEC), version révisée de 1998 (et 2002), en anglais appelés *The Principles of European Contract Law (PECL)* (art. 2 :201 à 2 :208, 2 :211).

⁴ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, projet de cadre commun de référence préparé par le Study Group on a European Civil Code et le Research Group on EC Private Law (Acquis Group), en traduction française disponible sous l'adresse http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf (art. II-4 :201 à 4 :208, II-4 :211).

⁵ C. civ. du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janv. 1994 (art. 1388 à 1397).

⁶ Cf. l'étude d'impact du projet de loi « relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », NOR : JUSX1326670L/Bleue en date du 27 nov. 2013, p. 73.

⁷ V. l'art. 1122 (« date et lieu de formation du contrat ») du projet d'ordonnance.

volonté sont temporellement décalées. C'est pourquoi les Principes du droit européen des contrats⁸ et le projet de cadre commun de référence⁹ prévoient l'application des règles relatives à l'offre et à l'acceptation « avec les adaptations appropriées », « [q]uand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation »¹⁰ - une clarification qui pourrait servir de modèle pour le législateur français¹¹.

2. La manifestation de la volonté de s'engager (article 1113)

Une première observation d'ordre terminologique concerne l'article 1113. D'après le premier alinéa de cette disposition, « [l]a formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, toutes deux manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties ». Voilà le reflet sensible de la « déclaration de volonté » (*Willenserklärung*), catégorie phare de la Partie Générale du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), où elle trouve sa place dans la section consacrée aux actes juridiques¹².

À l'instar de la déclaration de volonté du droit allemand, la manifestation de la volonté de s'engager du projet de réforme comporte un élément subjectif, la volonté de créer des relations juridiques (*Rechtsbindungswille*), et un élément objectif, sa communication, appelée « manifestation », le nom de « déclaration » (*Erklärung*) étant apparemment réservé à sa manifestation *expresse*. Cela découle en tout cas de l'alinéa 2 de l'article qui précise que « [c]ette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement de son auteur »¹³. La mention de la « manifestation de volonté » figure encore à d'autres endroits du projet d'ordonnance, à savoir dans l'article 1119 alinéa 1 (« L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié [...] ») et dans l'article 1214, où il est question de la « prorogation du contrat » (« Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté [...] »)¹⁴.

⁸ Art. 2 :211 des PDEC.

⁹ Art. II-4 :211 du DCFR.

¹⁰ Dans sa version (originale) anglaise, l'art. II-4:211 du DCFR (« Contracts not concluded through offer and acceptance ») est rédigé comme suit : « The rules in this Section apply with appropriate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance ».

¹¹ V. ci-dessous sous 2. concernant l'application analogue, au-delà même du processus de formation du contrat, à d'autres manifestations de volonté.

¹² Art. 104 et s. Pour plus de détails cf. Cl. WITZ, « Contrat ou acte juridique ? », dans : F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris 2009, p. 51 à 53 (avec d'autres références).

¹³ Pour un emploi analogue de la notion de « déclaration » cf. l'art. 1155 (« dépassement de pouvoirs ») où le texte parle « du comportement ou des déclarations du représenté ».

¹⁴ On pourrait ajouter l'art. 1367 al. 1 où il est question, dans le contexte de la « preuve par écrit », de la signature qui « manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte » (mes italiques).

Cette référence terminologique apparente au droit allemand ne va pourtant pas aussi loin, en n'instaurant pas un régime général applicable à *toutes sortes* de manifestations de volonté autonome, ni même d'ailleurs à l'ensemble des « actes juridiques », autre notion évocatrice du droit allemand, que l'on retrouve dans les articles 1174 (concernant les « actes juridiques » sous forme électronique¹⁵), 1301 (concernant les « actes juridiques » du gestionnaire d'affaire) et dans les articles 1360, 1364 et 1367 (concernant la preuve).

Malgré ce constat, il ne paraît pas exclu d'appliquer, le cas échéant, les dispositions sur la manifestation de la volonté de conclure un contrat¹⁶ par analogie à d'autres manifestations de volonté, par exemple à la résiliation ou à la rétractation d'un contrat.

3. Les éléments essentiels du contrat (article 1114)

a) Le contenu obligatoire de l'offre

Selon la première phrase de l'article 1114, « [l']offre comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et peut être faite à personne déterminée ou indéterminée »¹⁷. Comme le précise M. Fages dans son rapport, la notion d'éléments essentiels fait ici (et dans l'art. 1124 al. 1 en relation avec la promesse unilatérale), pour la première fois, son entrée dans le Code civil. Que sont donc ces éléments essentiels ?

Le texte du projet d'ordonnance ne le dit pas¹⁸. Ce sont certainement les éléments *caractéristiques* du contrat (la prestation, la contreprestation dans un contrat commutatif). L'identité du cocontractant pourrait également être considérée comme un élément essentiel, sans lequel il ne serait pas possible d'attribuer un effet quelconque au contrat. Est-il vraiment nécessaire que ce soit *au moment* de la manifestation de l'offre que ces éléments essentiels soient *déterminés*? Je ne le crois pas.

Ce qui paraît indispensable pour le fonctionnement du contrat, c'est qu'il soit possible d'en déterminer les éléments essentiels au moment de sa formation, voire de son exécution. Pour cela, il suffit que l'offre prévoie les

¹⁵ Il émane d'une simple comparaison du libellé de l'art 1174 al. 1 (« Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique » [...]) avec le titre du paragraphe sous lequel se situe l'article (« Dispositions propres au *contrat* conclu par voie électronique [...] », mes italiques) que « l'acte juridique » n'est rien d'autre qu'un synonyme de « contrat ».

¹⁶ Par ex. les dispositions sur la libre rétractation de la manifestation de volonté ou sur l'exigence qu'elle parvienne au destinataire (art. 1115 et 1122, voir ci-dessous sous 4.).

¹⁷ Cf. l'art. 1388 du C. civ. du Québec : « Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. »

¹⁸ Le C. civ. du Québec ne définit pas non plus les « éléments essentiels du contrat ».

critères à partir desquels l'identité du cocontractant et le contenu du contrat seront déterminés. Sur ce principe, il ne peut pas y avoir de doutes sérieux.

Si tel est le cas, l'exigence des « éléments essentiels » formant le contenu de l'offre, selon l'article 1114, devrait être comprise comme se rapportant à la détermination des éléments caractéristiques (et des parties) du contrat ou au mode de fixation de ces éléments, afin qu'ils puissent être déterminés dans le futur (cf. par ex. l'art. 1165 qui suppose clairement la possibilité d'une détermination du prix ultérieure par la référence à un indice). Les Principes contractuels communs présentés par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée en 2008 sont plus clairs à cet égard (« Le contrat est conclu dès lors que les parties sont parvenues à un accord sur ses éléments essentiels »¹⁹), car la formule « accord sur ses éléments essentiels » couvre la possibilité d'un accord sur les critères de leur détermination.

Une autre question est celle de savoir s'il suffit que l'offre (et/ou le contrat) laisse la détermination des « éléments essentiels » à la libre détermination de l'une des parties, ou si elle doit prévoir des critères objectifs. En ce qui concerne le choix du cocontractant, l'article 1114 nous donne lui-même la réponse : l'offre peut être faite « à personne [...] indéterminée », ce qui veut dire que la détermination du cocontractant est laissée au choix de ce dernier. Une offre au public, effectuée par exemple au moyen d'un automate, demeure possible. La situation est moins évidente pour ce qui a trait au contenu obligationnel du contrat. À cet égard, on constate une certaine réticence du droit français (cf. l'art. 1592 du Code civil en matière de vente) à admettre la détermination potestative, réticence que le projet d'ordonnance tempère pour les contrats-cadre et les contrats à exécution successive (art. 1163), ainsi que pour les contrats de prestation de service (art. 1164).

b) L'offre ne fixant pas les éléments essentiels et l'invitation à entrer en négociation

« [À] défaut » de fixation des « éléments essentiels », il y a, comme le veut la deuxième phrase de l'article 1114, « seulement invitation à entrer en négociation ». Or, cette phrase prête à confusion, sans apporter d'élément neuf par rapport à la phrase précédente (ci-dessus sous a)), puisque la qualification d'invitation à entrer en négociation n'entraîne pas de conséquence juridique particulière. Il vaudrait donc mieux la supprimer.

Certes, l'invitation à entrer en négociation est la communication en vue de la conclusion d'un contrat sans volonté de s'engager, ce qui, déjà, exclut la possibilité qu'il puisse s'agir d'une offre qui, par définition, contient cette

¹⁹ Art. 2 :203 al. 1, première phrase des Principes contractuels communs.

volonté (art. 1113 al. 1, voir plus haut sous 2.). De la première phrase de l'article 1114 (voir ci-dessus sous a)), il résulte qu'une manifestation de volonté qui ne permet pas de déterminer les éléments essentiels ne constitue pas non plus une offre – vraisemblablement parce qu'il ne peut pas y avoir volonté de s'engager sérieusement tant que les contours de cet engagement demeurent incertains au point de ne pas pouvoir faire l'objet d'une ordonnance d'exécution.

On comprend pourtant mal pourquoi toute communication en vue de la conclusion d'un contrat qui ne comprend pas les éléments essentiels du contrat envisagé constituerait une *invitatio ad offerendum*. L'absence des « éléments essentiels » est loin d'être caractéristique de l'*invitatio ad offerendum*, puisque l'annonce publique et la présentation de biens sur un étalage en constituent des exemples typiques. D'un autre côté, on peut très bien imaginer, par exemple, une offre de vente expédiée par courrier électronique qui, à la suite d'une panne de transmission, ne parvient au destinataire qu'en partie, avec l'indication de la chose, mais sans celle du prix. On ne voudrait pas, pour autant, requalifier cette offre en invitation à entrer en négociation.

4. Le principe de la libre rétractation de l'offre (article 1115)

Selon l'article 1115, « [l'offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire ». Cette disposition suscite deux remarques, l'une sur le fond et l'autre sur la terminologie :

1°) En ce qui concerne le fond, la règle ressemble à une version simplifiée (et limitée à une seule sorte de déclaration de volonté – l'offre) de l'article 130 alinéa 1 du *BGB*, qui se lit comme suit :

« Une déclaration de volonté qui doit être émise à l'égard d'une autre personne, mais qui est faite en son absence, devient efficace au moment où elle lui parvient. Elle n'est pas efficace lorsqu'une révocation parvient à l'autre personne antérieurement ou en même temps. »²⁰

L'article 1115 du projet d'ordonnance vise la rétractation de l'offre, sans parler du moment où elle devient efficace. Pourtant, la rétractation ayant le caractère d'*actus contrarius* se définit par l'acte qu'elle empêche de prendre effet. Il s'ensuit que l'article 1115 contient implicitement la règle voulant que l'offre prend effet lorsqu'elle parvient à la connaissance de son destinataire.

Le recours à la connaissance du destinataire de l'offre est-il toujours approprié ? On peut en douter dans les cas où l'offre est faite en son

²⁰ Traduction selon LARDEUX, PEDAMON, LEGAIS, WITZ, *Code civil allemand : traduction commentée*, Juriscope/Dalloz 2010, p. 50.

absence²¹. Si, dans ces cas, le législateur allemand a choisi, non pas le moment de la prise de connaissance de la « déclaration de volonté » par le destinataire, mais le moment où cette déclaration « lui parvient », c'est qu'il a opté pour la conception objective et à la fois normative de l'« arrivée » (*Zugang*), une solution qui permet de trouver une voie de compromis entre la sécurité juridique de l'offrant et celle du destinataire, tout en tenant compte des particularités du cas d'espèce.

Selon la formule de la jurisprudence et de la doctrine allemandes, « l'arrivée » au sens de l'article 130 du *BGB* suppose (1) l'arrivée réelle de la déclaration dans la sphère du destinataire (par ex. sa boîte aux lettres physique ou électronique) et (2) la possibilité pour le destinataire d'en prendre connaissance dans des « circonstances normales », ce qui implique généralement l'ajout d'un délai supplémentaire²².

D'ailleurs, le projet d'ordonnance ne paraît pas cohérent relativement aux conditions de l'arrivée des deux « manifestations de volonté » nécessaires à la conclusion du contrat. Si, selon la première phrase de l'article 1122, « [l]e contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant », cela signifie que l'acceptation est soumise à la conception objective de « l'arrivée » plutôt qu'à sa conception subjective, liée à la « connaissance ». Les raisons pour lesquelles l'offre et l'acceptation devraient recevoir un traitement différent sur ce point sont difficiles à concevoir. Il serait préférable, à mon avis, de supprimer la formule « la connaissance de » à l'article 1115, afin d'en harmoniser le texte avec celui de l'article 1122.

2°) En ce qui concerne la terminologie, les dispositions du projet d'ordonnance relatives au contrat²³ semblent opérer une distinction entre la « rétractation » (article 1115, 1123 al. 2), d'un côté, et la « révocation » (article 1116, 1123 al. 1), de l'autre. La nature de cette distinction est difficile à saisir. L'usage du verbe « rétracter » dans l'article 1115 et du verbe « révoquer » dans l'article 1116 (« maintien de l'offre », ci-dessous 5.) pourrait suggérer que la rétractation désigne l'*actus contrarius* d'une offre (ou plus généralement d'une manifestation de volonté) qui n'a pas encore pris effet (voir plus haut sous 1°), tandis que la révocation (interdite, voir ci-après sous 5.) d'une offre (ou d'une manifestation de volonté) survient lorsqu'elle est déjà arrivée auprès de son destinataire.

Pourtant, la comparaison des alinéas 1 et 2 de l'article 1123 qui pose, comme l'évoque M. Fages dans son rapport, quelques principes généraux sur les « délais de réflexion » et/ou les « délais [droits] de rétractation », ne

²¹ V. ci-dessous sous 6. concernant la notion d'absence.

²² Cf. par ex. l'arrêt de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof – BGH) du 8 janv. 2014, IV ZR 206/13, sous II.1. ; J. ELLENBERGER, dans : PALANDT, *BGB*, 74^{ème} éd., Munich 2015, § 130, note 5.

²³ I.e. le Sous-titre I (« Le contrat ») du Titre III (« Des Sources d'obligations »), art. 1101 à 1231-7.

permet pas de confirmer cette analyse. Elle inspire plutôt l'idée que la « rétraction » (prononcée avant l'expiration du délai) emporte ici l'anéantissement d'une manifestation de volonté (l'acceptation) qui a déjà pris effet (al. 2), alors que la conclusion d'un contrat qui comporte un « délai de réflexion » ne peut pas prendre effet avant l'expiration du délai (al. 1).

La notion de « rétraction » paraît donc ambiguë – une ambiguïté qu'elle partage avec le terme allemand *Widerruf*, qui ne désigne pas seulement le rappel d'une « déclaration de volonté » avant son arrivée chez le destinataire (art. 130 al. 1, voir plus haut sous 1°), mais aussi l'exercice du droit de rétractation du consommateur (art. 355 du *BGB*)²⁴.

5. Le maintien de l'offre (article 1116)

Le texte de l'article 1116, d'après lequel « [l'offre] ne peut être révoquée avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable », risque de donner lieu à deux malentendus :

1°) L'expression « ne peut être révoquée » suggère que la révocation de l'offre avant son terme ne serait pas possible, en ce sens qu'elle serait privée d'effet, ce qui reviendrait à la solution allemande de l'article 145 du *BGB* selon lequel « [q]uiconque offre à autrui de conclure un contrat est lié par son offre à moins qu'il ait exclu cet assujettissement »²⁵.

Or, cette impression est trompeuse, puisqu'il résulte clairement de l'article 1117 que cette révocation peut avoir lieu : « La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur [...]. » Si la révocation de l'offre était inefficace, en n'empêchant pas la formation d'un contrat²⁶, cet acte ne donnerait pas lieu à la responsabilité extracontractuelle de l'offrant, mais bien à sa responsabilité contractuelle – et on s'imagine mal quelle sorte de dommage une déclaration inefficace pourrait causer à l'autre partie. Il aurait donc été préférable, pour assurer la cohérence de

²⁴ Pour le fonctionnement du droit de rétractation du consommateur allemand selon l'art. 355 du *BGB* qui est analogue à celui de l'art. 1123 al. 2 de du projet d'ordonnance (suppression d'une déclaration initialement efficace) cf. Ch. GRÜNEBERG, dans : PALANDT, *BGB*, op. cit., § 355, note 3 : « *widerrufliche Willenserklärung [...] zunächst gültig* » (traduction : « déclaration de volonté rétractable [...] initialement valable »). Pour une étude plus approfondie des effets de la rétractation du consommateur cf. G. REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, AcP 203 (2003), 1, 26 et s.

²⁵ Traduction selon LARDEUX, PEDAMON, LEGAIS, WITZ, op. cit., p. 54.

²⁶ V., clairement dans ce sens, l'art. 1105-4 du projet CATALA du 22 sept. 2005 : « [...] lorsque l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, ni sa révocation prématurée ni l'incapacité de l'offrant [...] ne peut empêcher la formation du contrat ».

l'article 1116 avec l'article 1117, qu'il soit formulé ainsi : « L'offre ne doit pas être révoquée... ».

Il m'apparaît aussi regrettable que l'article 1117 semble exclure que l'offre puisse être déclarée irrévocable de façon explicite par l'offrant. Pourquoi l'offrant ne pourrait-il pas renoncer à son pouvoir de révocation? Sur ce point, le législateur français pourrait s'inspirer de l'article 32 (intitulé « Révocation de l'offre ») du projet de droit commun européen de la vente²⁷ qui, après avoir exposé le principe de la (libre) révocabilité de l'offre dans son § 1, prévoit dans son § 3 lit. (a) que « la révocation d'une offre est sans effet si [...] l'offre indique qu'elle est irrévocable [...] ».

2°) Le deuxième malentendu concerne les termes « avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable ». Cette formulation peut laisser penser qu'il serait possible et même nécessaire pour l'offrant de révoquer l'offre après l'expiration du délai, afin d'éviter son acceptation à ce moment. Comme le confirme l'article 1118 al. 1 (voir ci-après sous 6), ce n'est pas le cas, l'offre devenant caduque automatiquement à l'expiration du délai.

6. La caducité de l'offre (article 1118)

L'article 1118 alinéa 1 selon lequel « [l']offre [il faudrait ajouter : non acceptée] est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable », rappelle la deuxième alternative de l'article 146 du *BGB* en lien avec l'article 147 alinéa 2 du *BGB* :

« § 146 Extinction de l'offre

L'offre s'éteint lorsqu'elle est refusée envers le pollicitant ou lorsqu'elle n'est pas acceptée envers lui en temps utile, conformément aux §§ 147 à 149. »

« § 147 Délai d'acceptation

(1) L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite de personne à personne par téléphone ou tout autre équipement technique.

(2) L'offre faite à une personne absente ne peut être acceptée que jusqu'à la date à laquelle le pollicitant doit, dans des circonstances normales, attendre l'arrivée de la réponse. »

La comparaison de l'article 1118 du projet d'ordonnance avec ces textes du *BGB* révèle une lacune qu'il serait sans doute souhaitable de combler : l'article 1118 ne prévoit pas le cas de la réfutation de l'offre par le

²⁷ Annexe I de la proposition de règlement « relatif à un droit commun européen de la vente » (DCEV) présentée par la Commission Européenne le 11 oct. 2011, COM (2011) 635 final (en anglais : Common European Sales Law – CESL).

destinataire avant l'expiration du délai (cf. la première alternative de l'article 146 du *BGB*).

En revanche, l'omission, dans le projet d'ordonnance, d'une distinction entre l'offre faite à une personne présente et celle faite à personne absente, me semble présenter l'avantage de la simplicité par rapport aux règles du *BGB*. Il faut alors considérer que le « délai raisonnable » au sens de l'article 1118 est réduit à zéro quand les deux parties se retrouvent face à face ou plus précisément, pour tenir compte de l'idée derrière cette distinction (cf. la deuxième phrase de l'al. 1 de l'art. 147 du *BGB* traitant la communication téléphonique), quand elles communiquent de façon directe sans recourir à des déclarations matérialisées (lettres, enregistrements, etc.) pouvant être consultées ultérieurement.

7. *L'accord partiel (articles 1119 et 1120)*

L'article 1119 a déjà été évoqué plus haut (sous 2.) à propos de la « manifestation de volonté » qu'il consacre dans son alinéa 1. L'alinéa 2 de cette disposition d'après laquelle « [l']acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle » a également retenu mon attention, parce qu'il évoque la possibilité d'une concordance imparfaite des deux manifestations de volonté. L'hypothèse d'un accord partiel a fait l'objet de développements intéressants en droit allemand.

L'article 1119 alinéa 2 reprend la même idée que l'article 150 alinéa 2 du *BGB* selon lequel « [t]oute acceptation assortie d'additions, de restrictions ou d'autres modifications vaut comme un refus lié à une nouvelle offre »²⁸. En droit allemand, on admet toutefois que dans la mesure où le désaccord des parties ne porte que sur les éléments non essentiels du contrat, les règles d'interprétation des articles 154 et 155 du *BGB*, régissant le « dissentiment apparent » et « caché » (*offener Einigungsmangel*, *versteckter Einigungsmangel*), ont préséance²⁹. Cela conduit à des solutions différentes selon que la volonté des parties, présumée ou hypothétique, est de ne pas conclure de contrat en l'absence d'un accord sur ces éléments, ou, au contraire, de conclure un contrat partiel comprenant les points sur lesquels ils sont parvenus à un accord et donnant lieu, le cas échéant, à une interprétation supplétive pour en fixer les points demeurés en suspens. Or, la conséquence « mécanique » de l'article 1119 du projet d'ordonnance serait de priver l'accord partiel des parties de tout effet, indépendamment de l'importance que les points objet du désaccord revêtent pour les contractants, ce qui ne me paraît pas être la solution appropriée.

²⁸ Traduction selon LARDEUX, PEDAMON, LEGAIS, WITZ, op. cit., p. 54.

²⁹ V. par ex. J. BUSCHE, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, 6^{ème} éd., Munich 2012, § 150, note 5.

Dans le cas spécial des conditions générales divergentes (*battle of the forms*), le projet d'ordonnance dans son article 1120 (alinéa 2) prévoit la solution opposée – de façon tout aussi « mécanique »³⁰. Par exemple, si une clause de réserve de propriété prévue dans les conditions générales du vendeur ne se retrouvait pas dans les conditions générales de l'acheteur, la conséquence de l'application de l'article 1120 alinéa 2 apparaît d'emblée inacceptable, car la suppression de la clause de réserve de propriété entraînerait un transfert immédiat de la propriété, allant à l'encontre de la volonté du propriétaire.

8. Les conditions générales et les autres clauses externes (article 1120)

Il me reste une dernière remarque au sujet de l'article 1120. Selon son alinéa 1, « [l]es conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à sa connaissance et si elle les a acceptées ». Par sa fonction, cette disposition correspond au mécanisme de contrôle de l'insertion (*Einbeziehungskontrolle*) des conditions générales (*Allgemeine Geschäftsbedingungen* – *AGB*) établi par les alinéas 2 et 3 de l'article 305 du *BGB* qui constitue l'un de deux piliers du contrôle judiciaire des clauses abusives en droit allemand.³¹ Par son champ d'application, l'article 1120 du projet d'ordonnance va plus loin que le *BGB*, car le devoir de porter les clauses générales à la connaissance de l'autre partie n'est prévu en droit allemand que pour les professionnels à l'égard des consommateurs (art. 310 al. 1 du *BGB*).

Il y aurait lieu de se demander pourquoi l'article 1120 alinéa 1 du projet d'ordonnance et l'article 310 alinéa 3 no. 2 du *BGB* font porter l'obligation de divulgation sur les conditions générales et non pas sur les clauses externes

³⁰ Pour le traitement différencié (selon l'intention des parties) du cas des conditions générales divergentes en droit allemand cf. par ex. J. BASEDOW, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, 6^{ème} éd. 2012, § 305, notes 103 – 107 (lui-même s'exprimant en faveur d'une application des art. 154, 155 du *BGB*, note 106).

³¹ Le deuxième pilier est le contrôle du contenu (*Inhaltskontrolle*) des conditions générales (*AGB*) et même, lorsqu'un professionnel contracte avec un consommateur, de toutes sortes de clauses préétablies (art. 305c et s., 310 al. 3 no. 2 du *BGB*). Ce contrôle comprend notamment la disposition générale faisant appel au principe de bonne foi de l'art. 307. Contrairement au droit français et dépassant ainsi les impératifs de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » les règles du *BGB* relatives au contrôle du contenu des conditions générales s'appliquent – au moins en partie – également en dehors du rapport professionnel/consommateur, et notamment au commerce B2B. Mais le professionnel ne se retrouvera pas pour autant sans protection sous le régime du droit français face au contenu des clauses (générales ou individuelles) que l'autre partie lui aura imposées. Cf. les sanctions des art. 1167 et s. du projet d'ordonnance en cas de « contrepartie illusoire ou dérisoire » ou de « clause privant de sa substance l'obligation essentielle » (à ce sujet voir plus bas la contribution de N. FERRIER).

auxquelles renvoient les contrats d'adhésion³². Le contrat d'adhésion est une catégorie que le projet d'ordonnance connaît tout à fait. Il le définit dans son article 1108 alinéa 2 comme le contrat « dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties », mais il ne revient sur cette catégorie qu'à l'article 1193 qui prévoit une règle d'interprétation (contrôle du contenu) ; pour le contrôle de l'insertion des clauses externes, cette catégorie n'est pas retenue. Or, le but de l'obligation de divulgation me semble être de protéger une partie contre le risque de se faire opposer une clause qu'elle n'avait pas devant les yeux lors de la conclusion du contrat. Ce risque est le même, que la clause externe soit utilisée une seule fois ou qu'elle soit utilisée plusieurs fois, comme ce doit être le cas pour qu'elle puisse être qualifiée de « condition générale »³³.

II. LES NÉGOCIATIONS PRÉCONTRACTUELLES

Jetons maintenant un coup d'œil au deuxième bloc de règles concernant le processus de la conclusion du contrat, qui visent « les négociations ». Je vais me limiter ici à l'analyse du « principe de liberté des négociations précontractuelles » de l'article 1111³⁴ et laisser à l'écart le « principe de confidentialité » de l'article 1112³⁵, qui ne fait pas l'objet de règles explicites dans le *BGB*, mais qui serait vraisemblablement couvert par l'obligation générale de bonne foi (article 242 du *BGB*) et par la concrétisation que connaît ce principe lors de la phase précontractuelle aux articles 241 alinéa 2 et 311 alinéa 2 no. 2 du *BGB*³⁶.

³² Cf. dans ce sens l'art. 1435 al. 2 du C. civ. du Québec : « Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause [i.e. la clause externe] est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère [...] ».

³³ La notion de « conditions générales » n'est légalement définie ni dans le projet d'ordonnance ni dans le C. civ. actuellement en vigueur, pas plus que dans le Code de la consommation. La directive 93/13/CEE (op. cit.), qui ne la contient que dans les considérants introductifs, ne la définit pas non plus. Toujours est-il qu'elle semble identifier la notion de « clauses contractuelles rédigées en vue d'une utilisation généralisée » à la notion de « clauses contractuelles générales » (cf. les al. 2 et 3 de l'art. 7 de la directive).

³⁴ Ainsi est libellé le titre de l'art. 11 de l'avant-projet de la Chancellerie du 23 oct. 2013, qui, à l'exception du titre, correspond à l'art. 1111 du projet d'ordonnance.

³⁵ Voici le titre de l'art. 12 de l'avant-projet correspondant à l'art. 1112 du projet d'ordonnance.

³⁶ Les derniers articles ont été insérés dans le code en 2002 à l'occasion de la grande réforme du droit allemand des obligations. L'art. 311 alinéa 2 no. 2 du *BGB* évoque, en particulier, comme déclencheur d'un « rapport d'obligation » assorti d'une obligation de loyauté « toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat [y compris l'échange d'informations confidentielles], à l'occasion de laquelle l'une des parties [...] confie [à l'autre], dans la perspective d'une relation contractuelle éventuelle, la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts [...] » (traduction selon LARDEUX, PEDAMON, LEGEAIS, WITZ, op. cit., p. 106).

L'alinéa 1 de l'article 1111 du projet d'ordonnance soumet (entre autres) « la rupture des négociations précontractuelles [...] aux exigences de la bonne foi ». De même, le droit allemand reconnaît (entre autres) la rupture non motivée des pourparlers comme un cas de figure relevant des articles 242, 241 et 311 alinéa 2 no. 1 du *BGB*, selon lesquels « l'engagement des pourparlers » peut créer un « rapport d'obligation » par lequel « chaque partie [doit] prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie »³⁷. L'alinéa 2 soumet « la conduite ou la rupture fautive de ces négociations » à la « responsabilité extracontractuelle »³⁸.

1°) Cela m'amène à formuler une première remarque sur le rapport entre les alinéas 1 et 2 de l'article 1111 : l'alinéa 2 ne crée pas une responsabilité nouvelle mais renvoie à la responsabilité extracontractuelle. Sans qu'il soit besoin que l'alinéa 2 le dise explicitement, la conduite ou la rupture en violation des « exigences de la bonne foi » au sens de l'alinéa 1 constitue une faute donnant ouverture à la responsabilité civile. Mais il reste possible que la conduite d'une partie ou la rupture des pourparlers soient fautives sans qu'il n'y ait de manquement à la bonne foi ou encore, ce qui devrait revenir au même, sans que la partie fautive ne soit de mauvaise foi³⁹.

2°) Il importe, dans un deuxième temps, de déterminer à quelles conditions la rupture des pourparlers doit être qualifiée de « fautive » ou de « mauvaise foi ». Le projet d'ordonnance renonce à en donner des applications concrètes. Toutefois, le projet Terré de 2009 peut nous servir d'indicateur sur la question. Il évoque, comme exemple (« notamment ») de faute précontractuelle le cas où « l'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord »⁴⁰. Sans doute la jurisprudence et la doctrine pourront-elles compléter le travail du législateur. La jurisprudence et la doctrine allemandes demandent l'accomplissement de deux conditions avant de tenir la partie qui a rompu les négociations responsable du dommage qu'elle a causé à l'autre partie, sur le fondement de la *culpa in contrahendo* (art. 280 al. 1 avec l'art. 311 al. 2 du *BGB*) : (1) le déroulement des négociations a

³⁷ Traduction selon LARDEUX, PEDAMON, LEGEAIS, WITZ, op. cit., p. 83, 106.

³⁸ LARDEUX, PEDAMON, LEGEAIS, WITZ, op. cit., p. 106. Pour la qualification extracontractuelle de cette responsabilité en droit international privé voir le considérant no. (10) du règlement (CE) N° 593/2008 « sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) » : « Les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat sont couvertes par l'article 12 du règlement (CE) no 864/2007 [Rome II]. Ces obligations devraient donc être exclues du champ d'application du présent règlement ».

³⁹ Cf. l'art. 1104 § 2 du projet CATALA (op. cit.) qui est plus clair sur ce point : « 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. » (mes italiques).

⁴⁰ L'art. 24 al. 2 du projet TERRÉ (op. cit.), p. 14 ; cf. aussi l'art. 2 :301 § 3 du PDEC : « Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre. »

laissé croire de manière légitime à la partie lésée que la conclusion du contrat était quasiment assurée, si bien qu'elle a engagé des dépenses devenues sans objet à cause de la rupture ; (2) la rupture des négociations a été effectuée sans raison compréhensible, c'est-à-dire pour des raisons sans rapport avec les intérêts en jeu⁴¹.

3°) En ce qui concerne maintenant l'indemnisation du préjudice causé par la rupture, l'alinéa 3 de l'article 1111 (comme d'ailleurs l'art. 1117, voir ci-dessus sous 5., 1°)) limite les dommages et intérêts de la partie lésée, dans la mesure où son intérêt « positif » d'obtenir les bénéfices attendus du contrat n'est pas protégé. Cette solution est en conformité avec la jurisprudence récente de la Cour de cassation, comme le souligne M. Fages dans son rapport. À mon avis, c'est une solution tout à fait cohérente. En effet, ce qu'on reproche à la partie qui a rompu les pourparlers n'est pas de s'être désistée de la conclusion du contrat. Au contraire, c'était l'expression de sa liberté contractuelle, et l'obliger – par le biais de dommages et intérêts – à placer la partie lésée dans la même situation financière que si le contrat avait été conclu contredirait cette liberté. Ce qui est reproché à la partie fautive dans le cas de l'article 1111 alinéas 2 et 3, c'est d'avoir donné l'impression à la partie lésée que la conclusion du contrat était assurée et d'avoir trahi la confiance ainsi créée. Par conséquent, les dommages et intérêts doivent placer la partie lésée dans la situation financière qui aurait été la sienne si elle avait su depuis le début que les négociations risquaient de ne pas aboutir. Suivant la terminologie allemande, c'est « l'intérêt négatif » (*negatives Interesse*) ou le « préjudice de confiance » (*Vertrauensschaden*) qui est ici protégé.

Inspiré par le *BGB* qui connaît deux cas spéciaux de l'action en dommages et intérêts pour *culpa in contrahendo* limitée à l'intérêt négatif, je crois qu'une précision serait ici souhaitable : dans l'hypothèse où les bénéfices attendus du contrat dont les négociations ont été rompues (intérêt positif) sont inférieurs au montant des frais engagés et des gains manqués correspondant à l'intérêt négatif, il faudrait limiter le montant des dommages-intérêts à celui de l'intérêt positif⁴².

⁴¹ Cf. par ex. GEHRLEIN, SUTSCHET, dans : *BeckOK-BGB*, § 311, mise à jour : 1^{er} août 2014, note 57 (avec d'autres réf.).

⁴² Cf. l'art. 122 al. 1 du *BGB* relatif à l'action contre celui qui vient d'annuler un contrat pour erreur ou transmission inexacte : « Si une déclaration est nulle aux termes du § 118 ou si elle est annulée en vertu des §§ 119 et 120, le déclarant doit, lorsque la déclaration devait être émise envers une autre personne, indemniser cette autre personne, sinon tout tiers, en raison du dommage que cette autre personne ou ce tiers subit pour avoir eu confiance dans la validité de sa déclaration, sans que la réparation du préjudice puisse dépasser le montant de l'intérêt que cette autre personne ou ce tiers avait à la validité de la déclaration » ; l'art. 179 al. 2 du *BGB* relatif à l'action du cocontractant contre le représentant sans pouvoir : « Si le représentant a ignoré le défaut de pouvoir de représentation, il est obligé seulement à réparer le dommage subi par l'autre partie du fait que celle-ci a cru à ce pouvoir de représentation, sans que la réparation puisse excéder le montant

III. LES AVANT-CONTRATS

La promesse unilatérale et le pacte de préférence, tels que les articles 1124 et 1125 les conçoivent, sont deux sortes d'accords préliminaires (avant-contrats)⁴³ avec des effets *inter partes* et certains effets envers les tiers. Je partage l'avis de M. Fages que ces deux articles ne sont pas les plus réussis sur le plan rédactionnel. En effet, ces textes soulèvent plusieurs questions dont je montrerai l'importance pratique au moyen de quelques exemples. Faute de règles analogues dans le *BGB*, conséquence du principe de la séparation stricte (*Trennungsprinzip*, par opposition à l'art. 1583 du Code civil) entre les actes juridiques créateurs d'obligations (*Verpflichtungsgeschäfte*), d'une part, et les actes juridiques opérant la disposition d'un bien (*Verfügungsgeschäfte*), d'autre part, le code allemand ne peut pas servir de guide à cet égard. Dans la pratique allemande, les diverses formes d'avant-contrats sont des contrats du premier type. Puisqu'ils produisent des effets strictement personnels entre les parties⁴⁴, l'intervention du législateur en vue d'en régir certains effets à l'égard des tiers n'a pas semblé nécessaire.

1. La promesse unilatérale (article 1124)

a) La promesse unilatérale et la promesse synallagmatique

L'article 1124 alinéa 1 définit la promesse unilatérale comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat [...] ». Une première question concerne le champ d'application des alinéas 2 et 3 de l'article 1124 : est-il limité aux promesses unilatérales, telles qu'elles sont définies dans le premier alinéa ? L'alinéa 2 prive d'effet la révocation de la promesse « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter », tandis que l'alinéa 3 prévoit que le « contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

Le Code civil connaît aussi les promesses synallagmatiques, telles que le compromis de vente. Lorsque « [l]a promesse de vente vaut vente » (l'article 1589 al. 1), la protection additionnelle des parties par les alinéas 2 et 3 de l'article 1124 serait superflue. Toutefois, les parties à une promesse de vente demeurent libres, du moment qu'elles l'établissent clairement, de

de l'intérêt que l'autre partie avait à l'efficacité du contrat ». Traduction selon LARDEUX, PEDAMON, LEGAIS, WITZ, op. cit., p. 48 et 61 (mes italiques).

⁴³ Sur l'importance pratique du sujet, voir les données statistiques contenues dans l'étude d'impact (op. cit., note 6), p. 76 : « Demandes nouvelles auprès des juridictions relatives à la seule question de l'exécution d'une promesse unilatérale de vente, d'un pacte de préférence ou d'un compromis de vente : En 2012 : 2995 ».

⁴⁴ Cette observation inclut la « préemption » (*Vorkauf*) des art. 463 et s. du *BGB*.

soumettre la conclusion du contrat définitif à l'accomplissement d'une formalité, par exemple la signature de l'acte notarié ou le paiement du prix⁴⁵. Dans ce cas, l'une pourra-t-elle se prévaloir de la protection des alinéas 2 et 3 si l'autre viole la promesse bilatérale en contractant avec un tiers qui en avait connaissance ?

b) La promesse unilatérale et l'option financière

Malgré la définition très large que donne l'article 1124 de la promesse unilatérale (alinéa 1), on a du mal à s'imaginer comment cette disposition pourrait s'appliquer à l'un des principaux cas de figure de l'option, l'option financière. Certaines options financières prévoient un règlement en espèces (*cash settlement*) : ce sont des contrats uniques aléatoires. La levée de l'option ne conduit pas à la conclusion d'un deuxième contrat, comme le suppose l'alinéa 1 de l'article 1124 du projet d'ordonnance : elle conduit seulement à la naissance d'une obligation de payer.

L'application de l'article 1124 aux options financières qui prévoient une exécution en nature (*physical settlement*) n'est guère plus évidente. Certes, dans ce cas, on aura affaire à *deux* contrats distincts, le contrat qui crée l'option et le contrat d'acquisition ou d'aliénation (de devises, d'actions, de dettes obligataires ou d'autres valeurs au comptant sous-jacentes) qui se forme à la levée de l'option⁴⁶. Pourtant, les alinéas 2 et 3 de l'article 1124 ne sont ici d'aucune utilité. L'option et les valeurs sous-jacentes étant fongibles, le porteur de l'option n'aura normalement pas recours à l'exécution forcée en nature que lui octroierait l'alinéa 2 de l'article 1124, dès lors que le souscripteur (promettant) refuse de livrer les valeurs ou, selon le cas, d'en prendre livraison après la levée⁴⁷. Il pourra très bien se contenter de l'action en dommages et intérêts à laquelle la Cour de Cassation renvoie le bénéficiaire d'une promesse unilatérale depuis 1993⁴⁸.

De même, la règle de l'article 1124 alinéa 3, qui rompt d'ailleurs avec la conception actuelle de la promesse unilatérale comme un instrument

⁴⁵ Cf. par ex. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., 2012, par. 11176.

⁴⁶ Cf. en droit allemand, au sujet de la controverse doctrinale quant à construction contractuelle de l'option, G. REINER, *Derivative Finanzinstrumente im Recht*, Baden-Baden 2002, p. 15 et s.; M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen 2005, p. 41 à 48. Contrairement au droit français, en droit allemand l'option financière avec exécution en nature peut être interprétée facilement comme une offre d'achat (« put ») ou de vente (« call ») avec force obligatoire (art. 147 du *BGB*, v. plus haut sous I.4., 1) sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la construction de deux contrats différents.

⁴⁷ Cf. quant à l'art. 1124 al. 2, qui fait de l'exécution forcée en nature la sanction principale de l'inexécution d'une promesse unilatérale, C. AUBERT de VINCELLES, *Le processus de conclusion du contrat*, dans : TERRÉ (dir.), 2009, op. cit., p. 119, 141, concernant la disposition similaire (art. 1106 al. 2) du projet CATALA.

⁴⁸ C. AUBER de VINCELLES, op. cit., p. 119, 141 (avec d'autres références).

créant des liens strictement personnels⁴⁹, tourne à vide dans le cas des options financières puisqu'au regard de la fongibilité des valeurs sous-jacentes, il paraît exclu que le droit d'option puisse être violé du fait que le souscripteur a contracté avec une tierce personne. En fin de compte, la « violation » d'une option au sens de l'alinéa 3 ne paraît imaginable que si le contrat envisagé par la promesse est un contrat translatif de droits à l'égard de biens non fongibles. C'est pourquoi, en sus des options financières, l'article 1124 ne devrait pas s'appliquer aux promesses ayant pour objet la conclusion d'un contrat de service ainsi que de tout autre contrat non translatif.

2. Le pacte de préférence (article 1125)

1°) Le « pacte de préférence » appelle des réflexions analogues concernant la nullité ordonnée par l'alinéa 2 (première phrase, première alternative) de l'article 1125 en cas de « violation » du pacte par un contrat conclu avec un tiers. Le droit de préférence ne peut être violé que si le contrat conclu avec le tiers fait échouer ou, plus précisément encore, rend (pleinement ou partiellement) impossible l'objet de la préférence. Un tel effet horizontal n'est encore imaginable que si le contrat envisagé est translatif, c'est pourquoi l'article 1125 ne paraît pas pertinent quand le pacte de préférence porte sur autre chose que l'acquisition d'un bien ou d'un droit.

2°) De plus, on pourrait s'interroger sur le but de la nullité. Si le bénéficiaire, en cas de violation d'un pacte de préférence (conçu comme un droit de préemption), n'est pas intéressé par le contrat conclu avec le tiers et, par conséquent, s'il ne demande pas la substitution à ce contrat, le pacte devrait s'éteindre purement et simplement. En fait, les effets juridiques que génère cette situation devraient être les mêmes que si le promettant avait dûment proposé au bénéficiaire de conclure avec lui le contrat, avant de passer à sa conclusion avec le tiers. On ne voit pas quelle serait l'utilité de la nullité du contrat avec le tiers, une fois le droit de préférence éteint⁵⁰.

Bien sûr, la situation est tout autre si l'on conçoit le droit de préférence de l'article 1125 non pas comme un droit de préemption classique, mais comme le droit d'entrer en pourparlers, sans que le bénéficiaire soit lié par les conditions que le promettant a négociées avec le tiers. Dans ce cas, le droit de préférence ne s'éteint pas, dès lors que le bénéficiaire n'est pas intéressé par le contrat négocié avec le tiers. La nullité permet de faire table

⁴⁹ Cf. l'art. 1397 al. 1 du C. civ. du Québec : « Le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci [...] ».

⁵⁰ Cf. C. AUBERT de VINCELLES, op. cit., p. 143, par rapport à l'art. 31 du projet TERRÉ (p. 146) qui ne prévoit que la substitution et des dommages-intérêts comme sanctions en cas de violation d'un pacte de préférence : « La nullité du contrat conclu avec le tiers n'est pas apparue comme une sanction opportune si finalement le bénéficiaire n'est pas intéressé par le contrat conclu. »

rase de ce contrat afin que puissent reprendre les pourparlers entre le bénéficiaire et le promettant. Cela éclaire peut-être le sens à donner à la formule suivante du projet d'ordonnance « s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de *traiter* avec lui » (mes italiques). Le terme « traiter » manque de clarté, comme le souligne M. Fages dans son rapport.

Dans un troisième cas de figure, il peut arriver que le pacte de préférence prévoie les éléments essentiels du contrat envisagé par le promettant et le bénéficiaire, et que ceux-ci diffèrent des conditions auxquelles le promettant a contracté avec le tiers en violation du pacte. En supposant que le tiers connaissait l'existence du pacte, le remède approprié serait-il la nullité, ou le bénéficiaire pourrait-il demander d'être substitué au contrat conclu avec le tiers (tout en modifiant les conditions du contrat ou bien sans modification) ?

CONCLUSION

Dans l'ensemble, le nouvel encadrement juridique du processus de formation du contrat dans le projet d'ordonnance me paraît plutôt réussi. Les règles proposées rendront le droit français plus accessible, notamment pour les juristes étrangers. L'approche suivie est largement compatible avec les différents projets d'harmonisation du droit des contrats en Europe.

Les règles relatives à l'offre et à l'acceptation ainsi que le rôle important attribué à la bonne foi lors des négociations rapprocheront le Code civil du *BGB*. Le projet n'atteint pas le niveau d'abstraction qui caractérise le droit civil allemand pour ce qui a trait aux notions de « déclaration de volonté » (*Willenserklärung*) et « d'acte juridique » (*Rechtsgeschäft*), ce qui n'est pas un mal et augmente la lisibilité du texte.

Les imperfections qui ont été relevées portent sur des points de détail ; il serait souhaitable d'y remédier afin de s'assurer de la cohérence, notamment celle de la terminologie juridique, ainsi que de la bonne compréhension des solutions adoptées.

PARTIE III

LA DÉTERMINATION ET LA RÉVISION DU CONTRAT LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU JUGE

LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU JUGE DANS LA DÉTERMINATION ET LA RÉVISION DU CONTENU DU CONTRAT

Nicolas FERRIER^{*}

La question du renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat soulève une première difficulté tenant à la notion de « contenu du contrat », qui est l'une des trois conditions de validité du contrat¹, à laquelle le projet de réforme réserve une sous-section².

Si le terme est couramment employé par la doctrine, les auteurs ont souligné le caractère « extrêmement vague » d'un concept qui « ne saurait à lui seul présenter un caractère opératoire »³ et n'aurait tout au plus qu'une

^{*} Professeur à l'Université Montpellier I, directeur du Master 2 Droit de la distribution et des contrats d'affaires.

¹ Art.1127 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain ».

² Titre 3; sous-Titre 1; Chap. 2; Section 2, Sous section 3

³ A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, 2609. – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*. T. 1 : *Le contrat - Le consentement*, LGDJ, coll. Traité, 4^e éd. 2013, n° 1 et 25. Également critique : Ph. MALINVAUD, Le « contenu du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes », *D.* 2008, p. 2551 – O. TOURNAFOND, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des obligations », *Dr. patrimoine* nov. 2014, p. 26. Favorable, V. FORTI, « L'absorption de l'objet par le contenu du contrat », *Petites affiches* 31 oct. 2014, p. 20. Plus largement sur cette notion, F. ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, préf. Ch. ATIAS, PUAM, 2005.

vertu descriptive⁴. Il est toutefois admis qu'il englobe habituellement l'objet du contrat et sa cause⁵.

Mais la cause a ici disparu, au moins formellement⁶, puisqu'il est seulement fait référence au but... que le projet d'ordonnance distingue d'ailleurs du contenu⁷. Quant à l'objet, on relève là encore une ambiguïté. D'un côté, la notion d'objet du contrat n'est pas là où on aurait pu l'attendre, l'article 1161 visant l'illicéité du contenu ou du but du contrat⁸ et l'article 1162 visant seulement l'objet de l'obligation⁹. D'un autre côté, elle réapparaît là où on ne l'attendait plus, puisque l'article 1169 vise expressément la définition de l'objet du contrat pour l'exclure du contrôle des clauses abusives¹⁰.

En tout état de cause, l'examen du projet sous l'angle du contenu du contrat, qu'il s'agisse de sa détermination ou de sa révision, contribue à révéler la conception du droit des contrats, voire du contrat lui-même, adoptée par le projet d'ordonnance. En effet, à travers les solutions retenues, s'expriment ici des choix fondamentaux et un équilibre particulier entre des impératifs ou des approches contraires¹¹. En forçant le trait, et pour reprendre des distinctions connues, un arbitrage doit ainsi s'opérer entre libéralisme contractuel (le contrat est le lieu de confrontation de deux égoïsmes, où chacun défend au mieux ses propres intérêts) et solidarisme contractuel (le contrat est un lieu de coopération réciproque où chacun doit prendre en considération les intérêts de l'autre) ; entre sécurité contractuelle (le respect du contrat et des prévisions des parties) et justice contractuelle (la protection des contractants les plus faibles) ; entre unilatéralisme (admettant

⁴ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009, p. 296.

⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013 – A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Domat privé, 13^e éd. 2012 – Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, Lexinexis, 12^e éd. 2014.

⁶ Rappr. infra, G. WICKER.

⁷ Art. 1161: « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. ».

⁸ V. note précédente.

⁹ Art. 1162, al. 1^{er} : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

¹⁰ Art. 1169 al. 2: « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Sur cette question, V. infra.

¹¹ De ce point de vue, la réforme du droit des obligations par la voie de l'ordonnance ne peut se justifier par le seul fait que le projet se contenterait de s'inspirer de travaux existants, qu'ils émanent de la doctrine ou de la chancellerie. La sélection opérée au sein de ces différents travaux réalise un équilibre particulier qui aurait mérité, en lui-même, une véritable discussion. Sur le débat du recours à l'ordonnance, V. J.-L. HAROUET, G. TÉBOUL et O. TOURNAFOND, « Le droit des contrats réformés par ordonnance ? », *D.* 2014, 1099 – F. ROME, « Droit des contrats : la réforme maudite ? », *D.* 2014, 1033 – J.-B. SEUBE, « La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance », *Journ. des sociétés avr.* 2014, p. 8 – P. DEUMIER, « Le Code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, 597.

qu'un élément du contrat soit déterminé par un seul contractant) et bilatéralisme (supposant l'accord des parties); entre subjectivisme (le contenu du contrat se détermine au regard de la volonté des parties¹²) et objectivisme (le contenu est déterminé par des éléments extérieurs à la volonté¹³) ou encore, entre rôle des parties et rôle du juge (selon que le contrat reste la chose des contractants ou permet l'interventionnisme judiciaire)¹⁴.

Cette dernière opposition se révèle centrale car elle entretient un lien très étroit avec toutes les autres. Là encore, en schématisant, on peut dire que la promotion du solidarisme contractuel, de la justice contractuelle, de l'unilatéralisme et du subjectivisme favorise l'intervention du juge en ce qu'il en est d'une certaine manière le prolongement nécessaire, de sorte que son rôle révèle à rebours l'équilibre retenu.

Au-delà, la question du rôle du juge dans la mécanique contractuelle cristallise les opinions, entre défiance, liées à la prétendue incompétence du juge ou à l'insécurité juridique qu'emporte son immixtion, et confiance, le juge étant présenté comme l'allier de la partie faible dont l'intervention aurait concrètement toujours été raisonnable. L'analyse du rôle conféré au juge dans le contrat permet plus largement de mesurer la conformité de la réforme à notre tradition juridique¹⁵.

De ce point de vue, quel regard porter sur le rôle du juge dans le projet de réforme, quant à la détermination et la révision du contenu du contrat ? Le renforcement évoqué en intitulé se vérifie-t-il ? Pour y répondre, on précisera d'abord que l'hypothèse du renforcement s'appréciera par rapport aux seuls textes de droit positif. Autrement dit, la consécration ou consolidation dans le Code civil d'une solution jurisprudentielle correspondra ici à une forme de renforcement.

Ce point étant précisé, il faut observer que, d'une manière générale, l'avant-projet aurait pour objectif « non pas de refondre totalement ces matières, mais de les moderniser, en conservant l'esprit du code civil, favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques, tout en

¹² Incidemment, un déséquilibre entre les droits et obligations des contractants n'est sanctionné que s'il s'accompagne d'un vice du consentement.

¹³ Incidemment, un déséquilibre entre les droits et obligations des contractants peut être sanctionné indépendamment de tout vice du consentement

¹⁴ En transposant le triptyque connu en matière de coutume, il s'agit ici d'apprécier la manière dont le juge seconde les parties (en interprétant les standards), les supplée (en palliant leur silence), voire contredit les parties (en censurant des dispositions jugées illicites ou non conforme à la volonté réelle des parties).

¹⁵ Comp. Y. LEQUETTE, « Avant-propos, in Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? » *RDC* 2012, spéc. p. 1397, qui apprécie la conformité du projet de règlement européen sur la vente à la tradition juridique française précisément à l'aune de la place reconnue au juge.

assurant la protection des plus faibles »¹⁶. Cette double considération se retrouve notamment à propos du rôle du juge.

À certains égards, le projet reproduit les textes actuels, conservant ainsi un certain nombre de solutions. Par exemple, le juge apprécie la conformité du contrat à l'ordre public¹⁷, veille à l'exécution de bonne foi¹⁸, interprète le contrat d'après l'esprit plutôt que la lettre¹⁹ et ne peut exercer un contrôle direct de l'équilibre contractuel, notamment de l'équilibre économique²⁰.

Mais à d'autres égards, le projet consacre des solutions prétoriennes, voire adopte des solutions contraires au droit positif, qui permettent de mesurer le renforcement du pouvoir du juge, en ce qui concerne la détermination du contenu du contrat et sa révision.

I. LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU JUGE DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT

Le renforcement du rôle du juge dans la détermination du contrat se manifeste de manière positive, en lui permettant d'ajouter au contrat et de manière négative, en lui permettant de retrancher au contrat.

A. – *La détermination positive du contenu*

Si le rôle du juge est renforcé pour la détermination du contenu du contrat initial, il est curieusement diminué pour le contrat tacitement reconduit.

¹⁶ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, étude d'impact, 26 novembre 2013 ; dans l'esprit duquel s'inscrit la loi d'habilitation de réforme du droit des obligations par ordonnance (L. n° 2015-177 du 16 fév. 2015, art. 8).

¹⁷ Art. 1102 al. 2 : « ... la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public... ».

¹⁸ Art. 1103 : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

¹⁹ Art. 1188 : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt que d'après le sens littéral des termes ».

²⁰ Art. 1169 al. 2 « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation » et art. 1170 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

1. Un pouvoir de détermination renforcé pour le contrat initial

a) La détermination du prix

Selon l'article 1164 du projet : « Dans les contrats de prestations de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier à charge pour lui d'en justifier le montant.... ». Pour les contrats de prestation de service, dont la catégorie n'est pas parfaitement claire²¹, le texte semble admettre un défaut structurel de prix²², consacrant ainsi l'extension jurisprudentielle aux contrats de service d'une solution initialement dégagée en matière de contrat d'entreprise²³.

L'article ajoute « À défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché et des attentes légitimes du partenaire », ce qui peut donner lieu à deux interprétations.

Selon une première interprétation, le débiteur doit donner son consentement au prix proposé par le créancier, sans quoi celui-ci n'est pas déterminé. Le créancier n'a donc pas le pouvoir de déterminer unilatéralement le prix. En cas de désaccord, seul le juge a ce pouvoir. Le texte prévoit un mode de détermination judiciaire du prix. Selon une seconde interprétation, le prix est déterminé unilatéralement par le créancier, mais contesté par le débiteur. Cette fois, en cas de désaccord, le juge corrige le prix fixé par le créancier. Le texte prévoit un mode de révision judiciaire du prix.

²¹ V. not. A. BÉNABENT, *Les obligations*, préc., n° 149 et P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 4^e éd. 2011, n° 42, qui soulignent la difficulté de qualification selon que le contrat a pour objet un bien ou un service.

²² La formule ici employée peut, de prime abord, s'interpréter de deux manières :

- selon un premier sens, en l'absence d'accord sur le prix ou son mode de détermination (ie. défaut structurel de prix), le créancier peut fixer le prix,

- selon un second sens, en cas de désaccord sur le prix, les parties peuvent convenir que le créancier fixera le prix (ie. absence de défaut structurel de prix puisqu'il existe un accord sur une détermination unilatérale du prix).

Le domaine particulier du dispositif et sa distinction avec l'art. 1163 commande la première interprétation. Reste que n'est pas formellement réglée, dans le cadre de l'art. 1164, la question de l'abus dans la fixation unilatérale du prix, traitée seulement à l'art. 1163 qui ne s'applique pas nécessairement au contrat d'entreprise puisque seuls relèveront de l'art. 1163 les contrats d'entreprise à exécution successive. Au regard de l'esprit d'unilatéralisme et de contrôle judiciaire qui imprègnent la réforme, il y a tout lieu de considérer que la jurisprudence actuelle relative à la révision judiciaire du prix dans les contrats d'entreprises sera maintenue.

²³ A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux*, Domat privé, 8^e éd. 2008, n° 755 – F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ouvr. préc.*, n° 287. Cette consécration pose la question des textes spéciaux qui retiennent actuellement une solution contraire (Comp. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd. 2012, n° 32194). Si l'adage *specialia generalibus derogant* est ici insuffisant pour y répondre, le caractère d'ordre public des textes spéciaux, s'il est avéré, pourrait apporter une réponse.

Les enjeux sont réels. S'il s'agit d'une détermination judiciaire du prix, elle suppose seulement un désaccord entre les parties et le juge « fixe » alors le juste prix. En revanche, s'il s'agit d'une révision judiciaire, elle suppose un abus dans la fixation unilatérale du prix et le juge est alors chargé, non de vérifier l'existence d'un juste prix, mais l'absence d'un prix abusif, ce qui est plus restrictif. La différence paraît logique car lorsque les parties s'entendent pour une fixation unilatérale, on comprend que le contrôle passe seulement par l'abus ; tandis qu'en cas de désaccord sur une fixation unilatérale, on comprend que le contrôle intervienne dès qu'apparaît une contestation sur le prix proposé, conduisant le juge à fixer le juste prix²⁴.

La seconde interprétation doit, nous semble-t-il, être rejetée. En effet, si l'article 1164 s'inscrivait dans un contrôle de la détermination unilatérale du prix, la différence entre cet article qui contrôle la détermination unilatérale en cas de désaccord et l'article 1163 qui contrôle la détermination unilatérale en cas d'abus serait difficilement justifiable. Militent également en faveur de cette solution la référence à la fixation unilatérale du prix et au fait que le juge « fixe » le prix.

En tout état de cause, le juste prix est déterminé à partir d'éléments objectifs, tenant aux usages et au prix du marché – si tant est qu'une telle référence existe ou soit accessible –, ainsi que des attentes légitimes des contractants participant d'une appréciation subjective du juste prix. Le renforcement du pouvoir du juge dans la détermination du prix ne s'en trouvera que d'autant plus accru²⁵.

b) La détermination de la qualité de la prestation

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

Cette référence à la qualité à laquelle le créancier peut légitimement s'attendre est moins objective que la qualité moyenne²⁶, même s'il est précisé que l'attente légitime s'apprécie au regard d'éléments, notamment, objectifs tenant à la nature de la prestation, aux usages et à sa contrepartie. Là encore le pouvoir du juge s'en trouve renforcé.

²⁴ Comp. Ch. JAMIN, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat-cadre sans exiger la preuve d'un abus, in Droit et économie des contrats », dir. Ch. JAMIN, LGDJ, 2007, qui propose que la détermination unilatérale du prix dans un contrat à durée déterminée, que le cocontractant n'aurait pas concrètement la possibilité de refuser ou de discuter et sans qu'il n'ait de solution alternative, soit sanctionnée par une faculté de résiliation, sans qu'il soit nécessaire de discuter d'éventuel abus.

²⁵ D'autant que le texte vise « notamment », favorisant davantage encore le pouvoir du juge. Comp. PDEC, art. 6 : 106, qui se réfère au prix raisonnable.

²⁶ Comp. PDEC, 6.108.

c) La détermination des obligations implicites²⁷

L'article 1195 dispose que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Il reprend littéralement l'article 1135 du Code civil, qui est à l'origine de l'interprétation « créatrice » par le juge et illustre de manière éloquente son rôle dans la détermination judiciaire du contenu du contrat²⁸.

De prime abord, l'article 1195 ne marque donc aucune évolution en la matière. Pourtant, deux éléments contribuent à renforcer le pouvoir créateur du juge, l'un de manière directe, l'autre de manière indirecte.

α. De manière directe, le projet réalise la promotion de la bonne foi, à travers l'article 1103 qui énonce : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

Certes, dans une conception réductrice, l'exécution de bonne foi, visée par l'article 1134 alinéa 2, renvoie seulement à la manière dont s'exécutent les obligations et non au contenu de ces obligations²⁹. Mais cette conception est depuis longtemps dépassée, la bonne foi ayant permis au juge de découvrir de nouvelles obligations à la charge des parties.

Or plusieurs arguments conduisent à considérer que la portée de la bonne foi se trouve accrue dans le projet, renforçant ainsi davantage le pouvoir du juge.

Outre le contrôle des clauses abusives³⁰ et la prise en compte de l'imprévision³¹ qui illustrent le renforcement de la bonne foi³² et sa consécration au stade de la formation du contrat³³, cette promotion découle principalement du déplacement de l'article 1134 alinéa 2 dans un chapitre 1^{er} « dispositions préliminaires ».

²⁷ Le terme d'obligation implicite n'est pas expressément visé, mais figurait dans le projet de la Chancellerie de 2008. Il sera ici employé à titre exclusivement descriptif, sans perdre de vue qu'il est sujet à controverse (Comp. R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190 – M. FABRE MAGNAN, Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », *JCP G* 2008, I, 199 – D. MAZEAUD, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, *D.* 2008, 2675), ce qui n'est peut-être pas étranger à son abandon dans le présent projet.

²⁸ Ph. JACQUES, Regards sur l'article 1135 du Code civil, préf. F. CHABAS, Dalloz, n° 46, 2005 – Cl. MOULY, Retour sur l'article 1135 du Code civil, préf. D. FERRIER, Avant-propos Ch. ATIAS et R. CABRILLAC, LGDJ, t. 460, 2006.

²⁹ Rappr. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., n° 439 – L. LEVENEUR, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *RDC* 2012, p. 1449.

³⁰ V. *infra*.

³¹ V. *infra*.

³² La théorie de l'imprévision étant habituellement fondée, soit sur la cause, soit sur la bonne foi, la disparition au moins formelle de la première conduit à la rattacher à la seconde.

³³ La solution renoue avec le projet de Code civil de l'an VIII proclamant « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi ».

Pour peu que l'on accorde une valeur normative au plan d'un code³⁴, ce déplacement en tête du Titre III doit d'abord être interprété, non comme purement symbolique³⁵, mais comme la reconnaissance implicite mais nécessaire d'un « principe directeur »³⁶ de bonne foi³⁷. Or l'érection en principe directeur n'est pas neutre³⁸ car ainsi considérée, la bonne foi changerait de statut, passant de simple force d'appoint à un principe fondateur³⁹, d'autant plus fécond que ce standard est particulièrement flou et sa portée incertaine.

L'analyse paraît d'autant plus s'imposer que ce déplacement du texte rompt le lien actuel entre l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 3 de l'article 1134, puisque seul ce dernier est promu dans les dispositions préliminaires, sauf à justifier cette rupture par le domaine matériel plus grand conféré à la bonne foi : n'étant plus requise au seul stade de l'exécution, il n'y aurait plus lieu de la placer dans la continuité de 1134 alinéa 1^{er} (ie. article 1194 du projet d'ordonnance). La bonne foi n'est donc plus le simple prolongement de la force obligatoire. L'équilibre actuel entre les deux alinéas, c'est-à-dire les principes de force obligatoire et d'exécution de bonne foi, qui permet aujourd'hui de cantonner la portée de la bonne foi et donc le rôle du juge⁴⁰ serait donc modifié à la faveur de l'alinéa 3⁴¹.

³⁴ La question est discutée. V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25^e éd. PUF, coll. Thémis droit privé, n° 129 selon qui « les rubriques sont des étiquettes de rangement. Elles relèvent d'une esthétique extérieure à la loi, et non du droit » – D. RÉMY, *Légistique*, Romillat 1994, n° 116. Plus nuancé, G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », in *La codification/1, Droits* n° 24, 1996, p. 92, selon qui, si le codificateur « à droit constant » n'a aucun pouvoir normatif, il a néanmoins le pouvoir de modifier la signification d'une disposition codifiée, qu'il qualifie de pouvoir « de transdiction ». *Contra*, D. BUREAU, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.* 1994, 295 – R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, coll. Droit éthique et société, 2002. Au demeurant, si la valeur normative de la place d'un texte dans une subdivision du code et de l'intitulé de celle-ci est discutée, la valeur interprétative est admise unanimement. Sur cette question, adde. notre article, « Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification. Contribution à l'analyse critique de la codification-compilation », *RTD com.* 2005, p. 219, spéc. n° 24.

En tout état de cause, la portée nouvelle qu'il convient le cas échéant d'accorder à la bonne foi ne saurait tenir au seul intitulé du chapitre dans lequel il est inséré, car la référence aux « dispositions préliminaires » figurait déjà dans le Code civil, sans que l'on y prête conséquence.

³⁵ *Contra*. P. ANCEL, Ph. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE et S. PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, I, 213.

³⁶ En ce sens, MAZEAUD, *D.* 2014, p. 296 et *RDC* 2009, 402. Rapp. A. AYNÈS, « Dispositions préliminaires », *Journ sociétés* avril 2014, p. 12. La formule est expressément employée dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de 2013.

³⁷ V. d'ailleurs le projet de la Chancellerie de février 2009 qui prévoyait un Chapitre II relatif aux « principes directeurs ». Rapp. « Principes contractuels communs », coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, Société de législation comparée, Paris, 2008.

³⁸ Plusieurs auteurs le constatent, pour l'approuver (M. FABRE-MAGNAN, art. préc.) ou le regretter (Y. LEQUETTE et A. GHOZI – L. LEVENEUR, art. préc.).

³⁹ D. MAZEAUD, *RDC* 2009, 402.

⁴⁰ V. not. la jurisprudence affirmant que « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative

β. De manière indirecte, ensuite, le projet consolide le pouvoir d'interprétation du juge⁴², à travers un chapitre qui ne serait plus un simple « petit guide-âne » selon l'heureuse formule de Jean Carbonnier, mais un dispositif doté d'une réelle normativité⁴³. La question du renforcement du rôle du juge se pose principalement au regard de l'article 1188, pris dans chacun de ses alinéas :

L'alinéa 1^{er}, d'abord, dispose « Un contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt que d'après le sens littéral des termes » et rappelle ainsi la primauté de l'esprit sur la lettre. Mais ce faisant, un auteur s'est demandé, si le texte n'accorde pas une place plus grande à la méthode subjective⁴⁴. De fait, s'il est admis que le juge puisse aller au-delà de la lettre pour rechercher l'esprit, la formulation employée suggère qu'il pourrait aller contre la lettre. L'analyse mérite d'être nuancée car, d'une part, il est déjà admis que le juge puisse aller contre la lettre, par exemple en présence d'une clause de style qui ne serait pas conforme à la volonté réelle des parties⁴⁵ ; d'autre part, l'article 1189 consacre, curieusement dans le Code civil, la sanction de la dénaturation des clauses claires et précises.

L'alinéa 2, ensuite, dispose « lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Dans le cadre d'une interprétation objective, puisque détachée de la volonté des parties, la référence à l'homme raisonnable conduit à s'en remettre à la subjectivité du juge⁴⁶. Comme il a été relevé « La personne raisonnable, c'est le juge ! »⁴⁷.

contractuelle, mais ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations » (Cass. com. 10 juill. 2007: Bull. civ. IV, n° 188). V. infra.

⁴¹ Dans le même sens, A. AYNÈS, art. préc.

⁴² Comp. M. FABRE-MAGNAN, art. préc. « C'est également notre règle générale d'interprétation qui a été retenue, reprise d'ailleurs dans l'article 152 du projet (« le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt que d'après le sens littéral des termes »), ce qui est la définition française de la bonne foi, en opposition assez nette à la tradition anglaise où être de bonne foi suppose de s'en tenir strictement à la lettre du contrat »

⁴³ En ce sens, H. LÉCUYER, L'interprétation du contrat, Journ. sociétés avr. 2014, p. 28 – Cl. WITZ, *RDC* 09, p. 332.

⁴⁴ H. LÉCUYER, art. préc.

⁴⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*. L'acte juridique, Sirey, 13^e éd. 2008, n° 401. *Add.* Cass. civ. 3^e, 15 janv. 2014, n° 12-27716 « ayant constaté que l'acte du 19 avril 2000, intitulé « promesse synallagmatique de vente », mentionnait que « le promettant s'engage à vendre au bénéficiaire, qui accepte et s'engage à acquérir » et retenu, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que les différentes stipulations de la promesse de vente rendaient nécessaire, que l'article 11 intitulé « indemnité d'immobilisation » ne devait pas être pris dans son sens littéral mais traduisait dans la commune intention des parties un dédit propre à satisfaire la condition particulière imposée par la banque pour accorder le prêt nécessaire à l'éviction de la clause résolutoire ».

⁴⁶ Rapp. J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, n° 146 « à un certain point d'obscurité et de contradiction, la commune intention des parties ne pourra être retrouvée : c'est un pouvoir de réfection qu'exerce alors le juge ».

Et la promotion de l'interprétation subjective renforce d'autant plus son rôle qu'elle échappe en grande partie au contrôle de la Cour de cassation⁴⁸.

2. Un pouvoir de détermination diminué pour le contrat tacitement reconduit

Pour le contrat tacitement reconduit, le pouvoir de détermination judiciaire est, en revanche, restreint au regard des solutions actuelles.

Il est admis que lorsque les relations se poursuivent au terme du contrat à durée déterminée, celui-ci est, sauf clause expresse, tacitement reconduit. Or, selon la jurisprudence actuelle, la tacite reconduction donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu (outre la durée) n'est pas nécessairement le même⁴⁹, et on considère habituellement que la non-reconduction s'applique aux clauses véritablement accessoires, imposant de les distinguer des clauses essentielles. Le juge doit alors exercer son pouvoir d'interprétation en vue de préciser le contenu du contrat reconduit et distinguer ce qui est essentiel, et reconduit, de ce qui ne l'est pas.

Cette solution semble remise en cause par le projet. En effet, l'article 1216 prévoit, de manière catégorique, que la tacite reconduction « produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat » ; l'article 1215 précisant que, sauf disposition légale ou clause contraire, le renouvellement « donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ». À rebours des textes précédents du projet, le pouvoir du juge se trouve ici bridé⁵⁰.

B. – La détermination négative du contenu

S'agissant de la détermination négative du contenu du contrat par le juge, elle se traduit par la mise à l'écart de certaines clauses stipulées par les parties. Ce pouvoir se traduit déjà par la faculté de sanctionner celles portant une atteinte intolérable aux droits et libertés fondamentaux des parties⁵¹, consacrant ainsi le mouvement de « fondamentalisation » du droit des

⁴⁷ H. LÉCUYER, art. préc.

⁴⁸ D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties... », *RDC* 2006, p. 83.

⁴⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ouvr. préc.*, n° 481-1, p. 535 en note. V. par ex. Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-18779, qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si une clause de non-concurrence était ou non maintenue dans le contrat tacitement reconduit.

⁵⁰ *Contra* A. HONTEBEYRIE, « Les effets du contrat dans le projet de réforme », *Journ. sociétés avr.* 2014, p. 39.

⁵¹ Art. 1102 al. 2 : « Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».

contrats dont la jurisprudence fournit régulièrement des illustrations⁵². Il se traduit plus spécialement par l'éradication de deux types de clauses.

1. L'éviction de clauses privant de sa substance l'obligation essentielle

L'article 1168⁵³ consacre la jurisprudence qui répute non écrite la clause limitative de responsabilité contredisant la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur⁵⁴. Si les termes ne sont pas parfaitement identiques, la différence semble surtout formelle et la doctrine souvent les emploie d'ailleurs indistinctement⁵⁵. On relèvera toutefois l'abandon de la référence à la clause « vidant le contrat de son intérêt »⁵⁶ prévue dans une version précédente du projet, qui s'explique sans doute moins par l'imprécision de la notion d'intérêt que par la suppression de la notion dans l'actuel projet d'ordonnance. En tout état de cause, l'article 1168 suscitera les mêmes interrogations que celles auxquelles la jurisprudence a donné lieu, en raison de l'imprécision des termes employés.

La discussion portera d'abord sur la notion d'obligation essentielle, pour le moins imprécise⁵⁷. De fait, la qualification, qui mêle à des degrés divers des éléments objectifs tenant à la nature du contrat et subjectifs tenant à la commune intention des parties⁵⁸ semble difficilement prévisible⁵⁹ et

⁵² Du côté de la Cour de cassation, il suffit de citer l'interdiction des clauses de bail d'habitation interdisant au preneur d'héberger ses proches, prononcée au visa du respect de la vie privée et familiale (Civ 3^e, 6 mars 1996 : Bull. civ. III, n° 60 ; 22 mars 2006 : Bull. civ. III, n° 73) ; des clauses d'un bail commercial obligeant le preneur à adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail, prononcée au visa de la liberté d'association (Civ 3^e, 12 juin 2003 : Bull. civ. III, n° 125 – Cass. 3^e civ., 20 mai 2010 : Bull. civ. III, n° 118) ; l'encadrement des clauses de non-concurrence et l'exigence de contrepartie retenue, au visa de la liberté du travail (Cass. soc., 28 sept. 2011 : Bull. civ. V, n° 196). Plus largement sur cette question, V. not. S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit*, Mél. Ph. LE TOURNEAU, Dalloz 2008, p. 225 – L. MAURIN, *Droits des contrats et droits fondamentaux*, avant-propos R. CABRILLAC et préf. É. PUTMAN, LGDJ, t. 545, 2013. Adde. Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD et Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, 2061.

⁵³ « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

⁵⁴ Cass. com., 29 juin 2010 (*Faurecia II*) : Bull. civ. IV, n° 115 ; Cass. 3^e civ., 23 mai 2013, n° 12-11652 : *D.* 2013, 2142, *D.* MAZEAUD.

⁵⁵ V. not. C. AUBERT de VINCELLES, Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles, *RDC* 2008, p. 1037 – F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ouvr. préc.*, n° 618.

⁵⁶ Projet de la Chancellerie de février 2009, art. 87.

⁵⁷ C. AUBERT de VINCELLES, *art. préc.*.

⁵⁸ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *ouvr. préc.*, n° 423

⁵⁹ V. not. Les différentes contributions in Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif, *RDC* 2008, p. 979 et s.

d'autant plus délicate que la notion de cause qui servait jusqu'alors de guide pour déterminer l'obligation essentielle a disparu⁶⁰.

La discussion portera ensuite sur la définition de la substance de l'obligation. Si la notion paraît plus objective que celle « d'intérêt du contrat » elle n'est pas facile à manier. Certes, la substance du contrat est connue depuis longtemps en matière d'erreur vice du consentement. En revanche, celle de substance de l'obligation n'a été consacrée que récemment en jurisprudence par l'arrêt « les maréchaux » qui distingue les prérogatives contractuelles dont l'exercice déloyal peut être sanctionné et la substance même des droits et obligations à laquelle les juges ne peuvent porter atteinte⁶¹. Cette distinction a soulevé un important débat doctrinal, relatif en particulier à la notion de substance de l'obligation⁶².

La discussion portera enfin sur l'identification des cas dans lesquels la clause prive de sa substance l'obligation. Pour s'en tenir aux clauses de responsabilité, leur contenu peut-être variable, selon notamment qu'elles excluent ou simplement limitent la responsabilité. Et dans ce dernier cas, la limitation de responsabilité est plus ou moins grande⁶³.

Si de telles imprécisions sont inévitables, voire nécessaires selon certains pour maintenir une certaine souplesse et adaptabilité des solutions, elles conduisent à renforcer le rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat.

S'agissant en revanche de la sanction de telles clauses, elle présente un caractère automatique, excluant ici toute appréciation du juge.

⁶⁰ En ce sens, O. TOURNAFOND, art. préc., p. 36.

⁶¹ Cass. com. 10 juill. 2007 : Bull. Civ. IV, n° 188. Dans cette affaire, des actionnaires cèdent leurs parts au dirigeant de la société au terme d'un contrat prévoyant une clause de garantie de passif par laquelle chaque cédant garantit au cessionnaire toute augmentation de passif en cas notamment de redressement fiscal. La société subissant un redressement, le cédant invoque la clause de garantie. Les juges du fond le déboutent au motif qu'en qualité de dirigeant, il avait lui-même exposé la société au risque de redressement. Cassation au motif que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

⁶² V. not. Les différentes contributions in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 639 et s. Rapp. Civ. 3, 9 déc. 2009: Bull. civ. III, n° 275. En l'espèce, un bail commercial stipule que la cession n'est autorisée qu'au profit de l'acquéreur du fonds de commerce. Le preneur est mis en liquidation judiciaire et le bail est cédé à un tiers mais le bailleur s'y oppose. La cour d'appel le déboute : la clause d'agrément ne vaut que si un fonds de commerce de restauration avait effectivement existé puisque seule cette activité était admise dans les locaux. Or, un tel fonds n'a jamais pu se développer, pour des raisons que le bailleur connaissait dès la conclusion du contrat. Il était donc de mauvaise foi, ce qui rendait injustifié son refus d'agréer le successeur. Cassation. Le litige portait, selon les uns, sur une prérogative contractuelle du bailleur (D. MAZEAUD, *RDC* 2010, p. 561), selon les autres, sur la substance des droit et obligation des parties au contrat de bail (J.-B. SEUBE, *RDC* 2010, 666).

⁶³ Rapp. C. AUBERT de VINCELLES, art. préc.

2. *L'éviction des clauses abusives*

L'article 1169 alinéa 1^{er} dispose : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée », consacrant un contrôle généralisé des clauses abusives. Il s'agit là d'une évolution majeure⁶⁴, qui étend en droit commun un dispositif existant déjà en droit de la consommation (L. 132-1 C. com⁶⁵) et en droit des pratiques restrictives de concurrence (L. 442-6 C. com⁶⁶). Or ces règles spéciales soulèvent de très nombreuses interrogations, entretenues par le caractère particulièrement vague du standard du déséquilibre significatif et même accrues du fait qu'en dépit d'une formulation très proche, ces règles spéciales ne semblent pas avoir la même portée⁶⁷, puisque leur contenu, leur finalité et même leur sanction diffèrent.

Dans ces conditions, l'analyse de l'article 1169 se révèle particulièrement délicate. Elle permet toutefois d'apprécier le pouvoir du juge dans la caractérisation de la clause abusive et dans sa sanction.

a) La qualification de la clause abusive

α. Plusieurs conditions sont requises, on se contentera de présenter les points qui, dans les textes spéciaux actuels, soulèvent difficultés et révèlent ainsi en creux le large pouvoir d'appréciation du juge. L'article 1169 vise ainsi :

- « toute clause... » : l'abus doit-il s'apprécier clause par clause ou peut-il résulter d'un ensemble de clause dont aucune ne se suffirait à elle-

⁶⁴ Même si sa portée doit être relativisée dès lors que son champ d'application est cantonné aux relations autres que celles visées par les textes spéciaux, sauf à ce que ces derniers se trouvent affectés par la consécration en droit commun, ce qui au demeurant pose la question de l'articulation entre le dispositif de droit commun et les textes spéciaux.

⁶⁵ « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

⁶⁶ « I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait (...) 2°. D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ».

⁶⁷ Contrairement à ce qui paraît suggéré par le Conseil constitutionnel (déc. 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC « Considérant que, pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire... »).

seule ? La question a été débattue en droit de la concurrence, la jurisprudence adoptant aujourd'hui les deux appréciations de manière complémentaires.

- « ...qui créé... » : est visé l'objet de la clause et/ou son effet ?⁶⁸

- « ...un déséquilibre significatif entre les droits et obligations... ».

L'appréciation doit-elle être strictement objective ou des raisons plus subjectives peuvent-elles contribuer à écarter le déséquilibre ? L'équilibre peut-il être recherché dans un autre contrat liant les mêmes parties, voire dans un contrat liant l'une des parties et un tiers⁶⁹ ? Dans quelle mesure la réciprocité d'une clause suffira à écarter le déséquilibre significatif ?

En tout état de cause, seul est sanctionné le déséquilibre « significatif », c'est-à-dire d'une ampleur caractérisée, sans doute pour éviter un contrôle trop étroit de l'équilibre contractuel et, partant, une atteinte trop grande à la force obligatoire.

L'alinéa 2 de l'article 1169 exclut cependant le contrôle de l'équilibre économique⁷⁰, ce qui rapproche le dispositif du droit de la consommation et devrait l'éloigner du droit des pratiques restrictives de concurrence⁷¹.

β. En revanche, l'état de la relation entre les contractants semble indifférent, au moins formellement.

Un rapport de force défavorable n'est pas ici requis, contrairement aux textes spéciaux puisque, d'un côté, il est inhérent aux rapports professionnels-consommateurs et, d'un autre côté, il découle implicitement de l'exigence expresse d'une soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre dans les rapports entre professionnels. De manière corrélatrice, l'existence ou non d'une négociation n'est pas visée, à la différence de

⁶⁸ Comp. L. 132-1 et É. SAVAUX, L'adéquation de l'offre de lois contractuelles aux besoins des consommateurs, in. Droit européen des contrats et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ? ss. Dir. G. WICKER, Litec 2008, p. 59, qui, à propos de l'article 1122-2 de l'avant-projet Catala visant « la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif... », considère que seules pourraient être déclarées abusives celles qui ont un tel effet.

Dans le présent avant-projet, la faculté et non l'obligation accordée au juge pour éradiquer une telle clause (V. infra) pourrait conduire à considérer que peuvent être sanctionnées les clauses ayant soit pour objet, soit pour effet de créer un déséquilibre significatif.

⁶⁹ Comp. C. conso., art. L. 132-1 al. 5 : « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

⁷⁰ « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». La solution conforte l'article 1170 du projet d'ordonnance rejetant la lésion qualifiée.

⁷¹ La question est discutée. Sur ce point, v. D. et N. FERRIER, Droit de la distribution, 7^e éd. Lexisnexis, n° 324.

projets antérieurs⁷². Là encore, on peut se demander si cet élément ne devrait pas orienter malgré tout l'appréciation des juges.

La question de la prise en compte ou non de l'état de la relation entre les contractants est, on le voit, discutée. Il s'agit pourtant d'un point fondamental qui détermine la philosophie générale du traitement des clauses abusives et, au-delà, éclaire sur les finalités du droit des contrats. S'il est vrai que le Code civil est de prime abord le siège des relations égalitaires, certaines dispositions du projet d'ordonnance prennent en considération les déséquilibres relationnels⁷³. Si on renonce à tenir compte de l'état de ces relations, révélé par une différence de puissance économique ou une absence de négociation, c'est qu'il ne s'agit plus de sanctionner les abus dans un déséquilibre relationnel (lésion qualifiée) mais tout déséquilibre objectif manifeste. L'élément subjectif tenant au déséquilibre de puissance et à son exploitation ne serait alors abordé que dans le cadre de l'abus de faiblesse visé à l'article 1142⁷⁴.

b) La sanction de la clause abusive

Une faculté est laissée au juge, qui « peut » supprimer la clause, alors que la sanction présente un caractère automatique en droit de la consommation. Cette faculté renforce évidemment le rôle du juge, qui conduit à s'interroger sur son office : quand peut-il ne pas supprimer la clause pourtant qualifiée d'abusives⁷⁵ ? Et lorsque tel est le cas, peut-il

⁷² Avant-projet CATALA, art 1122-2 ; Avant-projet TERRÉ, art. 67 ; Projet de la Chancellerie de mai 2009, art. 79.

⁷³ V. l'art. 1142 consacrant l'abus de faiblesse « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse » ; et l'art. 1108 définissant le contrat d'adhésion comme « celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ».

⁷⁴ La coexistence des deux dispositifs peut être discutée :

- si l'on considère que seul l'abus de faiblesse exige un élément subjectif tenant à une contrainte, les deux textes présentent des différences : l'un exige seulement un élément subjectif, l'autre seulement un élément objectif. En effet, un déséquilibre objectif manifeste n'est pas requis dans le cadre de l'abus de faiblesse (Comp. J. GHESTIN et alii, *ouvr. préc.*, t. 2, n° 451 pour une illustration concrète tirée du *Draft common frame of reference* (DCFR) permettant d'apprécier la différence de portée entre les deux dispositifs). On peut alors se demander s'il est satisfaisant de doubler le contrôle amont d'un vice du consentement pour abus de faiblesse d'un contrôle aval pour déséquilibre significatif objectif (En ce sens, H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patrimoine* 2014, p. 50).

- si l'on considère que les deux dispositifs exigent, explicitement ou implicitement, une contrainte, les textes paraissent redondants (ce qui jouerait évidemment au détriment de l'article 77 qui exige de surcroît un déséquilibre significatif), sauf à considérer que cette contrainte n'est pas de même nature ou gravité dans l'un et l'autre cas, ce qui compliquerait davantage encore l'appréciation...

⁷⁵ Se pose, not., la question procédurale du relevé d'office, sur laquelle R. AMARO, « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats conc. consom.* 8-9 2014, n° 15.

prononcer une autre sanction ? Si oui laquelle ? La responsabilité du bénéficiaire de la clause créant un déséquilibre significatif peut-elle toujours être engagée ? Autrement dit, le déséquilibre implique-t-il en lui-même une faute ? Si l'on peut en douter, la question conduit à s'interroger, là encore,⁷⁶ sur les conditions dans lesquelles les circonstances du déséquilibre significatif doivent être prises en compte.

En tout état de cause, il n'est pas possible de modifier le contrat, autrement que par la suppression de la clause, ce qui conduit à envisager le renforcement du rôle du juge dans la révision du contrat.

II. LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU JUGE DANS LA RÉVISION DU CONTRAT

Le projet s'ouvre plus largement vers l'unilatéralisme, en consacrant la détermination unilatérale du prix dans certains contrats ou la réfaction unilatérale du prix. Ces dispositions s'accompagnent d'un renforcement du rôle du juge, chargé d'apprécier l'exercice de ces prérogatives reconnues à l'un des contractants. Par ailleurs, le projet marque une évolution en faveur de l'imprévision, qui peut conduire à une révision judiciaire, certes limitée, du contrat.

La révision apparaît ainsi comme la sanction de l'unilatéralisme et celle de l'imprévision.

A. – La révision sanction de l'unilatéralisme

La révision judiciaire vient en premier lieu sanctionner l'unilatéralisme et avant tout l'abus dans la détermination unilatérale du prix. Mérite également d'être discutée l'hypothèse d'une révision judiciaire en cas d'abus dans la réduction unilatérale du prix.

1. L'abus dans la détermination unilatérale du prix

L'article 1163⁷⁷ consacre la jurisprudence issue des arrêts de

⁷⁶ V. note 74.

⁷⁷ « Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix, en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages-intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁷⁸ selon laquelle, sauf dispositions spéciales contraires, un contrat-cadre peut prévoir que dans le contrat d'application, le prix sera fixé par une seule des parties, sous réserve d'un contrôle judiciaire de l'abus. La portée exacte de la règle prétorienne soulève toutefois de nombreuses interrogations, que l'article 1163 ne dissipe pas totalement, voire aggrave, qu'il s'agisse du domaine ou du régime du contrôle judiciaire.

a) Le domaine du contrôle

L'article 1163 ne vise pas seulement les contrats-cadre, mais également les contrats à exécution successive⁷⁹. S'il est admis depuis longtemps que le prix soit déterminé de manière unilatérale dans le contrat d'entreprise, sous le contrôle de l'abus⁸⁰, la catégorie des contrats à exécution successive, outre qu'elle n'est pas parfaitement claire⁸¹, ne correspond pas exactement à celle de contrat d'entreprise. Ainsi, le contrat de vente donnant lieu à des livraisons échelonnées pourrait faire l'objet d'une détermination unilatérale du prix puisqu'il correspond à un contrat à exécution successive, alors que la vente non conclue en application d'un contrat-cadre est actuellement exclue de la jurisprudence de 1995 et relève de l'article 1591 du Code civil qui impose un prix déterminé ou du moins objectivement déterminable⁸².

b) Le régime du contrôle

Le juge doit d'abord caractériser le prix abusif. La démarche est délicate et l'examen du droit positif révèle que très peu de décisions ont retenu le grief. On observera toutefois que l'article 1163 retient une formule plus accueillante que celle de prix « manifestement abusif » figurant dans la version antérieure⁸³, ce qui devrait théoriquement en faciliter la démonstration. Mais, l'abus semble relever d'une appréciation seulement objective, fondée sur une disproportion économique, sans considération

⁷⁸ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (5 arrêts) : D. 1996, p. 13, concl. M. JEOL et note L. AYNÈS.

⁷⁹ Rappr. Avant-projet CATALA, art. 1121-4, qui vise les contrats à exécution successive ou échelonnée.

⁸⁰ J. GHESTIN et alii, ouvr. préc., t. 2, n° 229. Un défaut structurel de prix est même possible (V. supra).

⁸¹ J. GHESTIN et alii, ouvr. préc., t. 2, n° 240.

⁸² Cette solution ne paraît pas affectée par les arrêts de 1995 (En ce sens, J. GHESTIN et alii., ouvr. préc., t. 2, n° 181, 218 et 223. – J. HUET et alii., ouvr. préc., n° 11190 – P. PUIG, ouvr. préc., Contra, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, Défrénos, 5^e éd. 2011, n° 209 qui estiment que cette jurisprudence rejaillit sur la portée de l'article 1591 C. civ., qui n'imposerait plus un prix objectivement déterminable, mais un prix déterminable même par une seule des parties.

⁸³ Projet de la Chancellerie de févr. 2009, art. 82. Le changement est opportun car on peine à admettre qu'un abus « simplement » abusif échappe à toute sanction au motif qu'il ne serait pas « manifestement » abusif...

d'une éventuelle relation de dépendance⁸⁴ ni du comportement de son auteur⁸⁵.

Une fois l'abus caractérisé, le juge est habilité à accorder des dommages-intérêts à la victime, à prononcer la résolution du contrat⁸⁶ ou, surtout, réviser le prix. Son pouvoir se trouve ainsi renforcé par rapport, tant au droit positif qu'au précédent projet de la Chancellerie⁸⁷, qui n'envisagent que les deux premières sanctions. La limite qualifiée d'infranchissable⁸⁸ de la réfaction du contrat est ainsi franchie. Et le pouvoir du juge est d'autant plus important que la révision du prix s'opère, là encore, en considération, non seulement d'éléments objectifs tenant à l'usages et au prix du marché, mais également d'éléments subjectifs tenant aux attentes légitimes des parties.

2. *L'abus dans la réduction unilatérale du prix*

L'article 1223 énonce : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ». En consacrant la réfaction unilatérale⁸⁹, le projet innove par rapport au Code civil et même au précédent projet de la Chancellerie⁹⁰, rejoignant ainsi d'autres dispositifs⁹¹. Pour s'en tenir au rôle du juge, celui-ci sera amené à intervenir en cas de contestation de la réduction unilatéralement pratiquée par le créancier, ce qui soulève deux difficultés :

La première tient à l'appréciation du caractère proportionné de la réduction par rapport à l'imperfection de l'exécution. En cas de contestation, il appartiendra aux juges de mettre en œuvre ce standard dont on peut se demander s'il conduira à contrôler le caractère injuste ou le caractère abusif du prix⁹².

La seconde tient à la sanction du caractère disproportionné de la réduction. Elle peut évidemment tenir dans la résolution, demandée soit par

⁸⁴ Favorable à une telle condition, C. OUERDANE de VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, 2629.

⁸⁵ Comp. supra, sur les clauses abusives.

⁸⁶ Est sans doute visé le seul contrat d'application et non le contrat-cadre. Rapp. M. CHAGNY, PA 12 févr. 2009, p. 65.

⁸⁷ Projet de la Chancellerie de févr. 2009, art. 82.

⁸⁸ D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres... », art. préc., p. 303.

⁸⁹ Sur cette question, Ch. ALBIGES, Le développement discret de la réfaction du contrat, In Mél. M. CABRILLAC, Litec 1999, p. 3 – K. de LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, préf. Y. PICOD, LGDJ, t. 476, 2006 – P. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit*, Mél. Ph. LE TOURNEAU, Dalloz 2008, p. 449.

⁹⁰ Regrettant cette absence dans l'ancienne version et suggérant la solution ici proposée, PH. STOFFEL-MUNCK, Exécution et inexécution du contrat, *RDC* 2009, p. 349.

⁹¹ V. not. PDEC, art. 4.401 ; Conv. Vienne sur la vente internationale de marchandises, art. 50.

⁹² Sur cette distinction, V. supra.

le débiteur lorsqu'il conteste la réduction, soit par le créancier dont la réduction de prix est qualifiée de disproportionnée. Mais peut-elle conduire le juge à réduire... la réduction unilatérale ? L'admettre revient à consacrer ici une forme de réfaction judiciaire⁹³. Or, d'un côté, celle-ci heurte le principe de l'intangibilité contractuelle, ce qui peut conduire à l'exclure en dehors de toute disposition expresse. Mais d'un autre côté, le projet d'ordonnance traduit d'une manière générale un affaiblissement de l'intangibilité du contrat : par un rôle accru du juge dans la fixation ou révision du prix et, ici, par la consécration de la réfaction unilatérale du contrat. Ainsi, l'esprit général du projet, orienté vers un contrôle plus étroit et un pouvoir accru du juge dans la détermination unilatérale du prix milite en faveur d'une réduction judiciaire du prix. Le juge serait alors amené à corriger le prix en fonction de l'ampleur de l'inexécution, en tenant compte, toujours par analogie avec les textes présentés plus haut, des usages, du prix du marché et des attentes légitimes des contractants.

B. – La révision conséquence de l'imprévision

Une première forme de révision résulte de l'article 1165 du projet qui prévoit : « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ». Ce texte, qui consacre un courant jurisprudentiel, appelle trois précisions, quant au rôle du juge.

D'abord, est prévu le remplacement d'un indice inopérant, ce qui suppose que les parties aient effectivement choisi un indice. Est donc confortée la jurisprudence qui refuse au juge le pouvoir de se substituer aux parties lorsqu'elles ont négligé de choisir un indice⁹⁴. Ensuite, le juge doit choisir l'indice qui se rapproche le plus de celui désigné par la partie. La règle paraît, au moins formellement, plus contraignante pour le juge que celle qui résulte de la jurisprudence et qui, l'invitant à se référer à la commune intention des parties, renvoie en grande partie à sa propre subjectivité. Enfin, le juge a l'obligation et non la faculté d'effectuer le remplacement comme l'indique l'usage du présent de l'indicatif.

⁹³ Au demeurant, l'attribution de dommages-intérêts peut aboutir à un résultat proche de la révision judiciaire, mais non parfaitement identique (J. GHESTIN et alii, *ouvr. préc.*, n° 485 – K. de LA ASUNCION PLANES, *ouvr. préc.*, n° 622).

⁹⁴ J. GHESTIN et alii, *ouvr. préc.*, n° 214.

Une seconde forme de révision pour imprévision résulte surtout de l'article 1196⁹⁵ qui envisage l'hypothèse de l'imprévision, en précisant les conditions et la teneur de l'intervention du juge.

1. Les conditions de l'intervention du juge

L'intervention du juge suppose un changement de circonstances imprévisible qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse à une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Une large place est ainsi faite à l'appréciation du juge.

Il apprécie d'abord la nature de l'évènement, qui doit être imprévisible mais pas insurmontable ainsi que le prévoyait la version antérieure⁹⁶.

Il apprécie ensuite les conséquences de l'évènement, qui doit rendre l'exécution excessivement onéreuse, ce qui paraît plus étroit que l'exigence d'une privation d'intérêt ou d'utilité visée par d'autres textes⁹⁷. On peut, à cet égard, se demander si toute diminution de l'intérêt d'une des parties au contrat trouve sa cause dans une exécution plus onéreuse. Si la réponse est positive dans l'exemple d'une augmentation considérable des coûts de fabrication supportée par un fabricant sans qu'il puisse la répercuter sur le contrat conclu avec un client, il n'en va pas nécessairement de même dans l'hypothèse d'une perte de rentabilité d'un contrat, qui – pour peu qu'elle corresponde à une circonstance imprévisible dont le contractant n'avait pas accepté d'assumer le risque – n'implique pas toujours l'aggravation de son onérosité.

Mettant, le cas échéant, en œuvre son pouvoir d'interprétation, le juge apprécie enfin la prise en charge de l'évènement car il doit rechercher si la partie qui se plaint du changement de circonstances n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

⁹⁵ « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

⁹⁶ Projet de la Chancellerie de février 2009, art. 136 : « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse... ». La solution serait de prime abord logique dès lors que le caractère insurmontable renvoie à la force majeure ; encore faut-il distinguer selon que le caractère insurmontable fait référence à l'évènement qui empêche l'exécution ou celui qui rend cette exécution plus onéreuse.

⁹⁷ Pour une illustration de la différence entre les deux formules, M. FONTAINE, « Quelques observations à propos du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats », *RDC* 2009, 377.

2. La teneur de l'intervention du juge

Une fois les conditions de son intervention établies, le rôle du juge paraît assez limité, puisqu'il ne peut adapter le contrat qu'à la condition que les parties y consentent⁹⁸. L'exigence n'est pas nouvelle et va même de soi⁹⁹, mais elle ruinerait selon certains la portée du dispositif¹⁰⁰.

Il convient toutefois d'être moins catégorique car, à la demande de l'une des parties, le juge a la faculté, non l'obligation, de prononcer la rupture du contrat à la date et aux conditions qu'il fixe. Un véritable pouvoir de révision lui est ainsi conféré qui porte à la fois sur le principe de la rupture et ses modalités. Ce pouvoir reste il est vrai limité, puisqu'il est assujéti à une finalité particulière : la liquidation du contrat. Autrement dit, sous couvert du pouvoir de révision reconnu par l'article 1196, le juge ne peut pas modifier les termes du contrat pour en assurer la pérennité. Il n'en demeure pas moins qu'il y a là une atteinte, limitée mais réelle, à la force obligatoire du contrat¹⁰¹.

En conclusion, le rôle du juge paraît effectivement renforcé, mais dans des proportions qui dépendront en définitive de la manière dont il interprétera et appliquera certains textes. Faut-il redouter ce renforcement ? La réponse dépend évidemment de la conception que l'on se fait du rôle du juge. Certains le réfutent dès lors que la Cour de cassation aurait jusqu'à présent fait preuve de mesure dans son pouvoir créateur¹⁰². Mais ne trouvera-t-elle pas ici les arguments en faveur d'une interprétation encore plus créatrice ? Quant à la notion de mesure, elle relève pour beaucoup d'un parti-pris subjectif¹⁰³ et, au demeurant, outre le problème de mesure, c'est la question de la prévisibilité des solutions qui est ici posée.

⁹⁸ Le consentement des parties doit porter sur le principe de l'adaptation judiciaire et non sur son contenu tel qu'il aura été fixé par le juge.

⁹⁹ D. MAZEAUD, *D.* 2014, 294 – O. TOURNAFOND, art. préc., p. 38.

¹⁰⁰ G. ROUHETTE, *RDC* 2009, 271.

¹⁰¹ Rappr. O. TOURNAFOND, art. préc., p. 38.

¹⁰² D. MAZEAUD, *RDC* 2009, p. 403.

¹⁰³ Il suffit d'observer les opinions parfois contradictoires exprimées à propos de solutions jurisprudentielles découvrant telle ou telle obligation à la charge des contractants, certains fulminant l'immixtion du juge, là où d'autres approuvent un interventionnisme judiciaire salvateur.

LA DÉTERMINATION ET LA RÉVISION DU CONTENU DU CONTRAT ET LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU JUGE : COMMENTAIRE ALLEMAND

Gerald MÄSCH*

INTRODUCTION

Il me semble qu'il est peu utile de commenter le rôle du juge dans l'avant-projet français du point de vue allemand, puisque je ne saurais apporter des éclairages allant au-delà de l'analyse pertinente et méticuleuse du professeur Ferrier. Cependant, il est possible qu'un lecteur français puisse profiter de quelques aperçus de l'expérience allemande avec une réforme du droit des obligations, qui, elle aussi, ne voulait accorder aux juges qu'un rôle bien délimité, mais dont le résultat pratique est tout différent. Cela vaut aussi bien pour le rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat que pour celui dans la révision du contrat.

I. LE RÔLE DU JUGE DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT

En suivant la catégorisation du professeur Ferrier, il faut distinguer entre la détermination positive et la détermination négative du contenu du contrat.

* Professeur à l'Université de Münster.

A. – *La détermination positive*

Le terme de la détermination positive du contenu du contrat décrit le phénomène suivant lequel le juge précise le contenu du contrat à la place des parties quand celles-ci ont laissé une lacune qu'il faut combler.

Le point de départ en droit allemand est marqué non pas par une clause générale sur le rôle du juge dans ce contexte, mais par l'absence d'une norme identique ou proche du très fameux article 1^{er}, alinéa 2, du Code civil suisse :

Art. 1 du Code civil suisse¹ :

« A. Application de la loi

1 - La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2 - À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

3 - Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

En Suisse, donc, le juge peut – dans des circonstances limitées – prononcer ou créer ses propres règles à la place du législateur et, *a fortiori*, à la place également des contractants n'ayant pas usé de leur liberté contractuelle pour stipuler ce qui devrait leur tenir lieu de loi, d'après la fameuse formule de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil français actuel.

Le fait qu'une règle similaire à celle de l'article 1^{er} du Code civil suisse ne figure pas dans le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*), le fait que le législateur allemand apparemment n'accorde pas le même crédit au juge que son homologue suisse, n'est pas une inadvertance ou la suite des expériences qu'on a pu faire lors de l'époque national-socialiste, où beaucoup de magistrats jugeaient plus utile de baser leurs décisions même en matière civile sur l'idéologie hitlérienne que sur une interprétation stricte du *BGB*.² Bien au contraire : c'était déjà le choix du législateur allemand à la fin du XIX^e siècle qui montrait une circonspection marquée en ce qui concerne un pouvoir souverain des juges³ et qui a transmis ce scepticisme envers un *social engineering* judiciaire à celui de la réforme du droit des obligations en 2002⁴.

¹ RO 24 245.

² Cf. I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz* (1987); B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7^e éd. 2012.

³ Pour un bref aperçu de la position historique envers le « Richterrecht » (droit judiciaire) v. J. von STAUDINGER et H. HONSELL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2013), *Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, n^o 201 ss.

⁴ Cf. STAUDINGER et H. HONSELL, *ibid.* n^o 217.

Prenons comme illustration l'exemple évoqué par le professeur Ferrier du rôle du juge dans la détermination du prix lorsque les parties ne l'ont pas précisé. Les textes pertinents sont les §§ 612, alinéa 2, et 632, alinéa 2, du *BGB* qui contiennent une règle identique pour les contrats de service (Dienstverträge) et pour les contrats d'entreprise (Werkverträge) :

« §§ 612 al. 2, 632 al. 2 *BGB* (contrat de service et contrat d'entreprise)

Si le montant de la rémunération n'est pas déterminé, doit être considérée comme convenue, en présence d'un barème, la rémunération conforme à celui-ci, à défaut, la rémunération usuelle. »⁵.

Le juge, donc, n'a pas le pouvoir de déterminer d'après son propre « goût » le prix juste et équitable, mais son rôle se limite à dégager la volonté implicite ou présumée des parties (« doit être considérée comme convenue »). S'il existe un barème pour la rémunération du service ou de l'entreprise, on suppose que les parties ont voulu un prix en accord avec ce barème ; s'il n'en existe pas, c'est qu'elles se sont tacitement mis d'accord sur la rémunération usuelle. Reste au juge à découvrir ce prix usuel, peut-être moyennant une expertise. En tout cas, ce n'est pas lui qui fait le prix.

Encore plus révélatrice en ce qui concerne le rôle limité du juge dans la détermination du contrat d'après la conception du législateur allemand est le § 317, alinéa 1^{er}, du *BGB*.

« § 317 al. 1 *BGB*

(1) Si la détermination de la prestation a été confiée à un tiers, il faut admettre, dans le doute, qu'elle doit s'opérer d'après une appréciation équitable. ».

Il suit de ce texte que la liberté contractuelle permet au contractant de stipuler qu'une tierce personne détermine le montant de la rémunération. La loi n'intervient que « dans le doute », c'est-à-dire dans l'hypothèse où les parties ne précisent même pas comment le tiers doit déterminer ce prix. D'après la loi, il a dans ce cas toutes les libertés de fixer le prix d'après sa propre estimation, pourvu qu'il reste dans les limites d'une appréciation équitable. Il va de soi que cela lui donne une assez grande marge de manœuvre. Les parties peuvent d'ailleurs encore élargir cette marge en stipulant que le tiers doit déterminer la prestation « à sa libre discrétion » (cf. § 319 al. 2 *BGB*).

« § 319 al. 2 *BGB*

(2) Quand le tiers doit déterminer la prestation à sa libre discrétion, le contrat entier est nul si le tiers ne peut ou ne veut procéder à la détermination ou s'il la retarde. ».

⁵ Les traductions allemandes des dispositions du C. civ. allemand citées dans ce texte proviennent de l'ouvrage *Code civil allemand - Bürgerliches Gesetzbuch BGB. Traduction commentée* par R. LEGAIS, M. PEDAMON, G. LARDEUX, C. WITZ (2010).

On a vu que le juge, lui, ne dispose pas d'une même marge de manœuvre en appliquant les §§ 612 et 632 du *BGB*. Normalement, le tiers dans le sens du § 317 est un professionnel expérimenté dans le secteur économique en question. Mais qu'en est-il lorsque les parties elles-mêmes chargent explicitement un juge ou un tribunal étatique du devoir de fixer à leur place la rémunération ? Les termes de l'article sont équivoques. Cependant, la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*, BGH) a décidé plusieurs fois, dernièrement en 1997, (NJW 1998, 1389) qu'un tiers dans le sens du § 317 ne peut être un tribunal étatique⁶. L'argument central est que la détermination des responsabilités et des prérogatives des tribunaux relève du législateur, et non pas des parties.

Cela révèle un certain rigorisme envers les parties : d'après la conception allemande, la liberté contractuelle n'est donc pas seulement un droit des contractants, mais aussi une obligation. Dans les commentaires du *BGB*, on peut lire par exemple que le mécanisme contractuel ne peut faire son office d'aboutir à un juste équilibre entre les cocontractants que si ces derniers font face au défi de l'autorégulation de leurs affaires⁷. Autrement dit, les parties ne peuvent déléguer le pouvoir de déterminer le contenu de leur contrat à l'État, au juge étatique, mais seulement à un tiers agissant à titre privé.

Il est nécessaire, pourtant, de souligner que les tribunaux peuvent et doivent agir en tant que déterminateur du prix de dernier recours – si l'autorégulation échoue, par exemple parce que le tiers ne peut, pour une raison ou pour une autre, ou bien ne veut déterminer du prix – ; dans ce cas-là, le juge est mis à sa place, comme le démontre le § 319, alinéa 2, du *BGB* reproduit plus haut.

B. – *La détermination négative du contenu du contrat*

Venons au deuxième volet du premier sujet, la détermination négative du contenu du contrat par le juge.

Le terme « détermination négative » est utilisé ici dans le sens où le juge détermine si des stipulations du contrat ne lient pas les parties du fait qu'elles sont contraires à des dispositions strictes de la loi.

Là, bien sûr, il n'est pas question, ni en droit français, ni en droit allemand, d'un pouvoir d'appréciation souverain du juge. Là, le rôle du juge est celui d'interprète du contrat et de la loi. Or, comme l'a démontré le professeur Ferrier pour la loi française, dans la mesure où le législateur

⁶ BGH du 6/11/1997 - III ZR 177-96, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1998, 1388.

⁷ J. von STAUDINGER, V. RIEBLE, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2009), § 315 n° 23.

utilise des termes qui n'ont pas de contenu précis, prédéterminé, ou utilise des clauses générales, ce rôle d'interprète confère aux tribunaux une marge de manœuvre très importante et donc un pouvoir presque souverain, limité seulement par référence à l'équité.

Je veux donner deux exemples du droit allemand qui démontreront que les tribunaux font usage de ce pouvoir jusqu'au point de contredire les intentions du législateur. Ces exemples concernent le contrôle des clauses abusives dans les contrats entre professionnels et les interdictions légales.

1. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels

Le *BGB* connaît dans les §§ 308 et 309 des dispositions assez détaillées concernant le contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation (B2C). On y trouve plus de vingt clauses type « interdites ». Mais en ce qui concerne les contrats commerciaux (B2B), les textes restent très vagues, puisque le législateur a déclaré expressément dans le § 310, alinéa 1^{er}, du *BGB* que l'éventail de règles pour les contrats de consommation ne s'applique pas dans la relation entre professionnels ou « entrepreneurs ».

« § 310 BGB »

(1) ... [L]es §§ 308 et 309 ne s'appliquent pas aux conditions générales contractuelles qui sont utilisées envers un entrepreneur... [Mais] il y a lieu d'appliquer le § 307 al. 1 et 2 ...; il a y lieu de tenir compte de manière appropriée des habitudes et des usages applicables dans les relations commerciales... »

Donc, le contrôle des clauses abusives dans les contrats commerciaux s'effectue exclusivement sur la base de la clause générale du § 307, où les tribunaux ont le devoir délicat d'interpréter des expressions aussi floues que le « désavantage inapproprié » ou « les idées fondamentales d'une réglementation légale » dispositive ou bien celle de « droits et obligations essentiels découlant de la nature du contrat », et encore le « but contractuel ».

« § 307 BGB »

(1) Les clauses des conditions générales contractuelles sont inefficaces si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elles désavantagent de manières inappropriée le cocontractant du stipulant...

(2) En cas de doute, il y a lieu d'admettre un désavantage inapproprié:

1. lorsqu'une clause n'est pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale à laquelle elle déroge ou bien

2. lorsqu'elle restreint des droits et obligations essentiels découlant de la nature du contrat, de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée... »

L'idée du législateur derrière cette construction s'éclaircit avec les termes du § 310 qui prescrit de tenir compte « de manière appropriée des habitudes et des usages applicables dans les relations commerciales » : dans le domaine commercial, il faut contrôler les clauses abusives avec plus de souplesse, plus de flexibilité, puisque les besoins spécifiques du commerce font que les règles dures et précises qui protègent bien le consommateur risquent de faire plus de mal que de bien dans le domaine B2B.

Mais les tribunaux ont plus ou moins ignoré cette idée du législateur. S'il est vrai que la Cour fédérale souligne souvent dans ses arrêts que l'interdiction d'une certaine clause dans les relations B2C n'est qu'un indice pour son interdiction aussi dans un contrat entre professionnels⁸, elle a encore plus souvent transposé tel quel l'éventail des §§ 308 et 309 du *BGB* concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation à la clause générale, ignorant les spécificités du commerce⁹.

Conclusion intermédiaire – Même si, techniquement, ici aussi les tribunaux n'interviennent en principe qu'en tant qu'interprète de la loi, en réalité ce sont eux qui créent les règles à respecter dans les contrats entre professionnels.

2. Les contrats contrevenant aux bonnes mœurs et aux interdictions légales

Comme deuxième exemple prenons l'application jurisprudentielle des §§ 138 ou 134 du *BGB* en combinaison avec le § 139.

« § 134 *BGB* »

Tout acte juridique qui contrevient à une interdiction légale est nul pour autant que la loi n'en dispose autrement.

§ 138 *BGB*

(1) Tout acte juridique qui contrevient aux bonnes mœurs, est nul.

§ 139 *BGB* »

En cas de nullité d'une partie d'un acte juridique, l'acte tout entier est nul s'il n'y a pas lieu d'admettre que même sans cette partie il eût été encore accompli.

Ces dispositions sur les stipulations contractuelles contrevenant à une interdiction légale ou portant atteinte aux bonnes mœurs sont tellement vagues qu'en réalité les tribunaux n'en donnent pas une interprétation, mais développent eux-mêmes les conditions auxquelles une stipulation contractuelle est nulle. À cela s'ajoute que le § 139 du *BGB* n'est pas très

⁸ BGH du 19/09/2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774.

⁹ Pour une critique plus approfondie v. p. ex. LENKAITIS et LÖWISCH, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 2009, 441 ; KESSEL et JÜTTNER, *Der Betriebsberater* (BB) 2008, 1350 ; BERGER et KLEINE, *BB* 2007, 2137 ; LISCHKE, MAHNKEN, *ZIP* 2007, 158.

clair en ce qui concerne les effets de la nullité d'une stipulation contractuelle isolée pour atteinte aux bonnes mœurs ou à une interdiction légale. Cette nullité partielle n'emporte la nullité entière du contrat que si le tribunal est convaincu que le contrat n'aurait pas été conclu sans la stipulation nulle. Et encore, il faut savoir ce qu'est « le contrat entier » ou l'acte juridique entier dans ce contexte – est-il possible, et si oui sous quelles conditions, que deux contrats forment ensemble cet acte juridique unitaire ?

Je ne veux pas entrer dans les détails, mais vous donner un exemple qui démontre à quel point les tribunaux allemands, la Cour fédérale en tête, se sont émancipés du législateur : depuis longtemps, il existe une loi interdisant expressément le travail au noir, comme on dit en Allemagne, c'est-à-dire les contrats d'entreprise ou de service clandestin qui n'entrent pas dans les comptes de l'entreprise pour éviter du côté de l'entreprise les impôts sur le revenu et la TVA et, du côté du client pour profiter d'un prix moins important¹⁰. Cette loi est une interdiction légale par excellence qui a pour effet la nullité du contrat. Par conséquent, le client ne devrait pas pouvoir faire valoir la garantie contractuelle des vices cachés, ni l'entreprise revendiquer le paiement du prix devant un tribunal.

Mais la réalité au prétoire est loin de là ! Jusqu'en 2013, les tribunaux ont estimé, en prenant appui sur la bonne foi du § 242 du *BGB*, que l'entrepreneur doit honorer la garantie des vices cachés, et qu'il peut en même temps demander le paiement du prix, un peu diminué, il est vrai¹¹. En somme, les tribunaux traitaient ces contrats nuls pour violation d'une interdiction légale comme (plus ou moins) valides !

Je n'hésite pas à qualifier cette jurisprudence comme étant *contra legem*. Certes, elle est désormais abandonnée – la Cour fédérale a rejeté cette solution en 2013 et à nouveau l'an dernier¹². Mais non pas en s'excusant d'avoir auparavant dépassé les limites de son pouvoir en désobéissant au législateur – non ! Elle invoque d'avoir encore une fois réfléchi à ce problème et d'avoir changé d'opinion, de son propre gré. Comme on est entre nous, j'ose dire : mais quelle audace !

¹⁰ « Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit » du 06/02/1995, *Bundesgesetzblatt* (BGBl.) 1995 I, S. 165; supplantée par la « Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz - SchwarzArbG) » du 23/07/2004, BGBl. 2004 I, S. 1842.

¹¹ BGH du 24/04/2008 - VII ZR 42/07, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* (NJW-RR) 2008, 1050; BGH du 31/05/1990 - VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542.

¹² BGH du 01/08/2013 - VII ZR 6/13, NJW 2013, 3167; BGH du 10/04/2014 - VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805.

II. LE RÔLE DU JUGE DANS LA RÉVISION DU CONTRAT

Là, pour terminer à temps, je serai bref. La révision du contrat concerne, en droit allemand, avant tout la théorie de l'imprévision ou, plus largement, des troubles du fondement du contrat, den *Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage*. Or, depuis 2002, vous le savez bien, on trouve cette théorie dans le droit écrit, plus précisément dans le § 313 du *BGB*.

« § 313 *BGB*

(1) Lorsque les circonstances qui ont été le fondement du contrat ont gravement changé après la conclusion du contrat, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause, une adaptation peut être demandée dans la mesure où l'exécution du contrat initial ne peut être exigée de l'une des parties, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques.

(2) Est assimilé à un changement de circonstances le fait que les conceptions essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées.

(3) Lorsque l'adaptation du contrat est impossible à réaliser ou qu'elle ne peut être exigée de l'une des parties, la partie défavorisée peut déclarer le contrat résolu. La résolution est remplacée par la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. »

Vous pouvez constater que là aussi, le tribunal n'a, en principe, pas de pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les modalités de la révision. La loi part de l'idée que le demandeur, celui qui fait valoir qu'on ne peut maintenir le contrat inchangé, doit dans sa demande préciser exactement la manière et la portée de l'adaptation du contrat, de sorte que le juge n'a qu'à accepter ou non les modifications proposées. Il est certain que cela ne décrit pas la réalité dans les prétoires. Bien sûr, c'est le tribunal qui va articuler son opinion sur l'adaptation équitable du contrat, et il va décider suivant sa propre idée.

Donc là encore, le tribunal n'a pas de pouvoir souverain, n'est pas créateur des nouvelles stipulations du contrat, mais doit se contenter d'interpréter la loi et de juger si les propositions du demandeur entrent dans le cadre de la loi. Mais ce pouvoir d'interprétation va si loin, que le rôle du juge dans ce contexte ne peut être distingué du rôle de créateur de règles –

bien que, en principe, le droit allemand ne reconnait pas un pouvoir souverain du juge d'édicter le contenu du contrat ou de le modifier¹³.

CONCLUSION

D'après le législateur allemand, le juge, dans les matières contractuelles, n'est qu'un simple interprète de la volonté des parties et du législateur. Mais on a vu qu'en réalité, les tribunaux jouent un rôle différent et beaucoup plus important : ils créent des règles à la place des parties et du législateur.

Que signifie ce constat pour le projet de réforme français ? En droit comparé, on part souvent de la *praesumptio similitudinis*¹⁴. Cette expression décrit l'idée que les différents ordres juridiques trouvent le plus souvent par des voies différentes des solutions identiques pour un même problème, ou, comme dit notre cher collègue professeur Wicker : souvent il existe une querelle de mots, pas de fonds entre différents ordres juridiques.

En ce qui concerne le rôle du juge dans la détermination du contenu d'un contrat et dans la révision de ce contenu, la description que le professeur Ferrier nous a donnée pour la conception du législateur français vaut aussi bien pour l'Allemagne, sûrement dans les grands traits, mais aussi, pour beaucoup de détails. Pour cela, on peut tirer une leçon de l'expérience allemande : peu importe si le législateur français tente, oui ou non, de limiter le rôle du juge – les tribunaux vont, de toute façon, s'approprier un rôle important, en particulier celui de créateur de règles normatives. Reste à savoir s'il faut les applaudir ou les critiquer¹⁵...

¹³ Cf. HKK-BGB et R.MEYER-PRITZL, tome II/2 (2007), § 313 n° 72 (*Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*).

¹⁴ Cf. K. ZWEIGERT, « Die « Praesumptio Similitudinis » als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode », in M. Rotondi (éd.), *Inchieste di diritto comparato II*, 1973, 735 ss.

¹⁵ Pour une discussion critique du rôle du juge et des règles créées par les tribunaux (« Richterrecht ») v. C. BUMKE (dir.) *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung* (2012).

PARTIE IV

LA SUPPRESSION DE LA CAUSE ET LES SOLUTIONS ALTERNATIVES

LA SUPPRESSION DE LA CAUSE ET LES SOLUTIONS ALTERNATIVES

Guillaume WICKER*

I. L'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures autorise le Gouvernement à réformer par ordonnance le droit des obligations, et notamment le droit commun des contrats. Dans cette perspective, le paragraphe 2 de cet article envisage de « simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat (...) ». D'emblée apparaît le bouleversement proposé, et qui dépasse de loin l'idée de simplification, puisque manque l'une des quatre conditions que l'actuel article 1108 du Code civil¹ déclare essentielles à la validité d'une convention, la cause. Or il ne s'agit pas là d'une omission, mais d'une suppression délibérée comme l'indique clairement l'exposé des motifs. Ainsi énonce-t-il qu'afin de moderniser les règles relatives à la validité du contrat, « un article introductif rappellera les trois seules conditions désormais nécessaires : le consentement des parties, leur capacité de contracter et l'existence d'un contenu licite et certain. Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de « cause » mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence ». C'est cet objectif que traduit très exactement l'article 1127 du projet

* Professeur à l'Université de Bordeaux.

¹ C. civ., art. 1108 - Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.

d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations².

2. Du point de vue de la politique juridique, l'abandon de la notion de cause par le projet d'ordonnance s'inscrit sans doute dans la perspective d'une harmonisation européenne³. Certes, l'exposé des motifs n'évoque pas cet objectif, qui en appelle fort vaguement à contribuer « au rayonnement et à l'attractivité du système juridique français ». Néanmoins, cette visée européenne peut être déduite d'un indice et d'un élément contextuel. En premier lieu, l'article 1127 du projet d'ordonnance reproduit quasiment à l'identique l'article 13 du projet élaboré par le groupe animé par le professeur François Terré⁴, dont les travaux, diffusés sous l'intitulé « Pour une réforme du droit des contrats »⁵, sont précisément guidés par cette visée. En second lieu, cet abandon rejoint le souhait d'une partie de la doctrine qui estime que, technique trop spécifiquement française pour être comprise des juristes étrangers, la cause serait un obstacle à l'ouverture du droit français à l'Europe, et notamment à sa participation à l'élaboration d'un droit européen du contrat⁶.

Ce choix de politique juridique ne s'impose pourtant pas avec la force de l'évidence, l'objet du propos n'étant pas ici d'en revenir à un quelconque débat entre pro et anti-européens. Si l'objectif est de renforcer le rayonnement et l'attractivité du droit français, il n'est pas certain que le meilleur moyen d'y parvenir soit de renoncer à l'une des notions qui en marque la spécificité et qui constitue encore aujourd'hui pour de nombreux droits étrangers qui s'en inspirent un point de rattachement, voire de ralliement⁷. À l'opposé notamment de ce qui dit l'étude d'impact du projet de loi⁸ pour le Québec, de ce qu'elle suggère pour la Roumanie, et de ce

² Projet d'ordonnance – Art. 1127 - Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

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

³ V. en ce sens, D. MAZEAUD, « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patrimoine* oct. 2014, p. 38.

⁴ Projet TERRÉ, art. 13 - Trois conditions sont essentielles pour la formation d'un contrat : le consentement des parties contractantes ; leur capacité de contracter ; un contenu certain et licite.

⁵ *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRÉ, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.

⁶ V. not., M. FABRE-MAGNAN, « Entretien », *JCP G* 2008. I. 199 ; D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Héralut, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675, n° 9 à 11.

⁷ V. not., P. CATALA, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Defrénois* 2008, art. 38866. – V. pour le rôle de la notion en droit administratif, F. CHÉNEDÉ, « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *Contrats-concurrence-consommation* 2008, étude n° 11. – *adde*, A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609 ; O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit français », *D.* 2008, p. 2607.

⁸ *Étude d'impact*, <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj113-175-ei/pj113-175-ei.html>.

qu'elle ignore pour l'Argentine, tous ces pays ont, à l'occasion de la réforme de leur droit des obligations, maintenu la notion de cause comme une référence au droit français⁹, lors même qu'ils s'en éloignaient sur d'autres points. Et la réforme en cours du Code civil espagnol prévoit également de maintenir la notion de cause dans la tradition du droit français¹⁰. Aussi bien il conviendrait de s'interroger sur la perte d'influence du modèle contractuel français qui pourrait résulter de la disparition de la cause et sur le sentiment d'abandon que pourrait en éprouver ceux qui ont cru s'en inspirer en maintenant la cause dans leur propre système juridique. C'est que le rayonnement du droit français ne saurait s'apprécier à la seule échelle de l'Europe, mais doit se concevoir également à l'échelle de l'influence de la pensée juridique française dans le monde. Au demeurant, même dans le cadre européen, dès lors qu'il s'agit non de se fondre dans un droit européen du contrat déjà existant, mais de peser sur son élaboration, le droit français serait en meilleure position pour défendre ses intérêts, et le savoir-faire des professionnels français du droit, en soutenant un modèle fidèle à sa tradition civiliste plutôt qu'en présentant un droit réformé qui serait déjà de compromis. Aurait-on songé en Allemagne, lors de la réforme de 2001, à supprimer le principe d'abstraction en matière de transfert de propriété au motif que celui-ci ne serait guère compréhensible pour la plupart de ses partenaires européens ?

3. Mais le débat de politique juridique sur le maintien ou non de la notion de cause ne se limite pas à l'opposition entre partisans d'un droit contractuel euro-compatible et ceux qui croient encore à un rayonnement international de la culture juridique française au-delà de l'Europe. Depuis près de vingt-cinq ans, dépassant la conception abstraite de la cause dont se déduit traditionnellement l'exigence que l'engagement ait une contrepartie réelle, la jurisprudence a, non sans audace, développé un certain nombre de solutions où la notion est mise en œuvre afin d'apprécier l'utilité concrète du

⁹ V. C. civ. du Québec, 1991 (entrée en vigueur janv. 1994), art. 1385, al. 2, qui énonce qu'il est de l'essence du contrat « qu'il ait une cause » ; art. 1410, « La cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure » ; art. 1411. – Nouveau Code civil roumain, 2011, art. 1179, qui place la cause parmi les conditions essentielles de validité du contrat ; art. 1235, qui définit la cause comme « le motif qui détermine chaque partie à conclure le contrat », à 1239. – Code civil et commercial argentin, 2014 (entrée en vigueur 2016), art. 281, « La cause est la fin immédiate autorisée par l'ordre juridique qui a été déterminante de la volonté. Intègre également la cause les motifs extérieurs quand ils sont licites et ont été incorporés à l'acte de manière expresse, ou tacitement s'ils sont essentiels pour les deux parties », à 283 ; art. 726, 734 et 735 ; art. 1012 à 1014.

¹⁰ V. Projet de réforme du C. civ. espagnol, Comisión general de codificación, Sección de derecho civil *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2009, art. 1237 et 1238, et art. 1296.

contrat auquel il a été consenti¹¹. Ce mouvement jurisprudentiel a été accompagné et relayé en doctrine par le courant solidariste, largement entendu, pour lequel la cause constitue dans cet emploi le moyen « de garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels le cocontractant (...) s'était engagé »¹². Mais il a aussi suscité, en réaction, une doctrine libérale qui, estimant que la cause serait soit inutile, soit dangereuse, aspire à sa disparition¹³.

Plus que la précédente, cette seconde opposition est intéressante en ce qu'elle place le débat sur le terrain de la philosophie du contrat. Pour les tenants de la doctrine libérale, la disparition de la cause s'imposerait car « elle n'a pas sa place dans un système juridique fondé sur l'autonomie de la volonté »¹⁴. Or, précisément, le système contractuel français est-il fondé sur cette théorie ? Le fait même qu'il faille pour satisfaire à celle-ci supprimer la cause suffit à établir que les auteurs du Code civil qui ont consacré la notion n'y souscrivaient pas ; et il est admis par la plus large part de la doctrine française contemporaine que la théorie de l'autonomie de la volonté ne saurait constituer, aujourd'hui comme en 1804, le fondement du droit positif en matière contractuelle¹⁵. Au demeurant, il conviendrait de se souvenir que, sur le terrain du droit, cette théorie a été forgée par la doctrine libérale dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle afin de sauvegarder ses positions et de lutter contre une certaine mutation sociale, voire socialiste, de l'ordre juridique¹⁶. C'est donc un changement d'orientation de la politique contractuelle, et non un simple choix technique, pour lequel militent les tenants d'une conception libérale lorsque, se plaçant sous la bannière de l'autonomie de la volonté, ils appellent à la suppression de la cause. De fait, et de tout temps, la conception d'une volonté qui puise en elle sa propre justification a toujours été au service du fort contre le faible ; faible dont l'ignorance ne permet pas d'apprécier la portée réelle de son engagement, ou dont l'état de dépendance l'oblige à consentir quoi qu'il en ait. Aussi bien il y aurait quelque paradoxe à voir disparaître la cause par le fait d'un gouvernement socialiste allié objectif pour la circonstance de la doctrine libérale.

¹¹ V. sur cette jurisprudence, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 342.

¹² D. MAZEAUD, Defrénois 1997. 336.

¹³ V. not., L. AYNÈS, « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patrimoine* oct. 2014, p. 40.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ V. not., G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALON et D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27 et s.

¹⁶ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 27 à 29 et 33 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 104 et s. – adde, V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

4. Si la cause traduit, en droit français, le refus de ne considérer que la volonté brute et, corrélativement, la subordination de l'existence de l'engagement à la raison qui l'a déterminé et le justifie, il n'en reste pas moins que le rôle et la portée de la notion sont parfois d'appréhension difficile au regard de la conception dominante, essentiellement formelle.

En dépit des travaux de Jacques Maury¹⁷, qui a démontré que la diversité de ses fonctions laisse admettre l'unité de la notion, et de ceux de Henri Capitant¹⁸, qui a établi que la cause joue encore un rôle passé la formation du contrat, il est généralement enseigné que la cause, qui serait une condition de validité exigée seulement lors de la formation du contrat, se dédouble en une cause objective, – ou cause de l'obligation –, et une cause subjective, – ou cause du contrat –.

Correspondant à la raison pour laquelle chacun des contractants s'engage, la cause objective, – ou cause de l'obligation –, a une fonction de protection de chacun des contractants : elle permet qu'un contrat soit annulé dès lors qu'il est dépourvu de raison d'être, ou du moins d'une raison d'être suffisante, pour l'un au moins des contractants. Dans cette première fonction, la cause permet de contrôler qu'il existe bien une justification à l'engagement et que l'existence de cette justification se vérifie dans la réalité. Or, essentiellement à des fins pédagogiques, la cause est ici conçue de façon essentiellement objective, et généralement identifiée, dans les contrats synallagmatiques, à la contrepartie. Et même si de nombreuses nuances ou précisions sont ensuite apportées – par exemple, pour les contrats aléatoires dépourvus de cause à défaut d'aléa –¹⁹, il en reste l'idée que la cause s'identifie, pour chaque contrat, à tel élément déterminé.

La cause subjective, – ou cause du contrat –, a une fonction de protection de l'intérêt général. Dans cette seconde fonction, elle permet de procéder au contrôle de la licéité du contrat : celui-ci doit être annulé lorsqu'il est le moyen d'atteindre un but illicite. La cause s'identifie alors, non à tel ou tel élément de la structure du contrat, mais aux motifs qui commandent l'engagement de l'un ou l'autre des contractants.

Si les deux fonctions assignées à la cause – contrôle de l'existence d'une justification à l'engagement et contrôle de la licéité du contrat – ne sont pas sujettes à controverse, et ressortent d'ailleurs de l'article 1131 du Code civil, il en va bien différemment de l'idée selon laquelle il conviendrait de distinguer la cause de l'obligation, de nature objective, et la

¹⁷ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920 – V. également du même auteur, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *R.I.D.C.* 1951, p. 485. – *adde*, J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, Paris, LGDJ, 1971.

¹⁸ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

¹⁹ V. not., F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 343 et s.

cause du contrat, identifiée aux motifs des parties. Plus spécialement, c'est la conception dominante de la définition et du rôle de la cause dite de l'obligation, entendue par opposition aux motifs, qui apparaît la plus discutable.

5. Outre qu'elle néglige les apports de la doctrine moderne comme les enseignements de l'histoire du droit, dont il ressort notamment que, dans les contrats intéressés, la cause dite de l'obligation n'a pas été unanimement conçue, par la doctrine postérieure à Domat, comme étant nécessairement objective et limitée à la contrepartie²⁰, la théorie de la cause telle qu'elle est le plus souvent enseignée est non seulement formelle mais réductrice.

Réductrice, cette présentation de la cause l'est doublement. Tout d'abord, parce qu'elle réduit l'ensemble des raisons qui ont déterminé l'engagement à une seule d'entre elles. Or il est bien évident que celui qui s'engage se détermine en considération tant des éléments qui composent la situation initiale d'où procède son besoin de contracter que du résultat attendu de l'exécution du contrat, c'est-à-dire de la situation finale qui, selon ses prévisions, doit en résulter. Il est donc purement formel de prétendre limiter de façon générale la cause de l'engagement à une raison unique déterminée *a priori* ; la contrepartie dans les contrats intéressés. En réalité, les raisons de l'engagement – les motifs – sont multiples, et, parmi l'ensemble de ces motifs, ont vocation à accéder au rang de cause tous ceux qui intègrent le champ contractuel. C'est dire que la seule vraie question est celle des conditions auxquelles un motif se trouve inséré dans le champ contractuel.

D'un point de vue général et abstrait, le champ contractuel va comprendre ceux des motifs qui se déduisent de la nature même du contrat. Ainsi en est-il par exemple de la contrepartie dans les contrats à titre onéreux ; étant observé que dans le cas où un tel contrat est également un contrat aléatoire, l'aléa qui a motivé l'engagement vient se surajouter, et non pas se substituer, à la contrepartie en tant que cause. Mais cette détermination générale et abstraite de la cause laisse admettre que d'autres motifs intègrent le champ contractuel à raison de considérations particulières et concrètes, telles que l'économie du contrat ou l'existence d'une stipulation expresse visant le besoin particulier que le contrat est destiné à satisfaire. Si, par exemple, le contrat constitue le support essentiel d'une activité économique, la possibilité de cette activité a vocation à figurer parmi les éléments de sa cause, de sorte que le contrat se trouve dépourvu de justification s'il apparaît de façon certaine que cette activité était *ab initio* impossible faute de l'existence d'un marché suffisant, c'est-à-dire à défaut de toute possibilité d'une exploitation rentable.

²⁰ V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Economica, 2012, p. 341 et s.

C'est en raison de cette première réduction de la notion de cause, identifiée à un élément objectif unique déduit de la nature du contrat, qu'ont pu sembler aberrantes les décisions jurisprudentielles qui, sur le fondement de la cause, ont notamment retenu la nullité du contrat qui constituait le support essentiel d'une exploitation dès lors que l'exécution de ce contrat ne permettait pas d'envisager une exploitation rentable²¹ ; ou encore réputé non écrite la clause d'un contrat ayant pour effet de priver le contractant de l'avantage stipulé²². Or, dans toutes ces espèces, les juges n'ont pas procédé à un élargissement abstrait de la notion de cause, ils ont simplement, à partir d'une interprétation de la volonté des parties et des stipulations du contrat, recherché très concrètement les motivations des parties entrées dans le champ contractuel au regard de l'économie voulue par celles-ci ou des caractères de l'avantage promis, et vérifié que le contrat était effectivement en mesure d'y répondre. C'est donc conformément à la notion de cause qu'ils ont annulé, faute de justification, le contrat dont la réalisation de la prévision était impossible ; ou réputée non écrite la clause qui, rendant impossible l'obtention de l'avantage promis, ôtait au contrat sa justification.

6. La conception objective dominante de la cause est également réductrice en ce qu'elle ne fait de celle-ci qu'une condition de validité du contrat exigée seulement lors de sa formation. Bien que l'article 1131 du Code civil²³ vise très largement l'effet de l'obligation, il est intégré dans un chapitre traitant « des conditions essentielles pour la validité des conventions », ce qui conduit classiquement à analyser la cause comme un simple instrument de contrôle de la validité du contrat : la notion ne peut jouer un rôle que lors de la formation du contrat ; elle ne saurait donc jouer aucun rôle lors de l'exécution.

Il est pourtant bien évident que, postérieurement à sa formation, il n'est pas concevable que soit maintenu un contrat qui aurait perdu toute justification. Mais la question véritable n'est pas alors de savoir si la cause peut encore jouer un rôle pendant la phase d'exécution. Elle est de déterminer, parmi l'ensemble des justifications entrées dans le champ contractuel, quelles sont celles dont la disparition peut remettre en cause l'existence du contrat. La question ainsi posée fait apparaître que le véritable débat est celui de la charge des risques : quels sont les éléments du contrat,

²¹ Cass. 1^{re} civ. 3 juill. 1996, n° 94-14800 : Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997. 500, note Ph. REIGNÉ ; JCP G 1997. I. 4015, n° 4-5, obs. F. LABARTHE. – V. dans le même sens, Cass. com. 27 mars 2007, n° 06-10452 : JCP G 2007. II. 10119, note Y.-M. SÉRINET ; D. 2007. 2970, n° 1, obs. S. AMRANI MEKKI.

²² Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632 : Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997. 121, note A. SÉRIAUX, somm. p. 75, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1997. II. 22881, note D. COHEN.

²³ C. civ., art. 1131 – L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

comptant parmi les justifications de l'engagement d'une partie, dont l'autre partie doit supporter le risque de sorte que leur disparition emporte la remise en cause de l'engagement ? Or, faute qu'il y soit clairement apporté une réponse, il en résulte que les conditions de la caducité pour disparition de la cause restent incertaines, y compris dans le projet d'ordonnance²⁴, même si la jurisprudence a sensiblement précisé ces conditions en matière d'ensembles contractuels. C'est cette même absence de réponse qui explique sans doute, au moins en partie, que le problème de l'imprévision demeure aujourd'hui encore empreint d'incertitudes, lesquelles ne seront d'ailleurs pas dissipées par le projet d'ordonnance qui en admet le principe mais à des conditions fort vagues²⁵.

7. Conjuguées aux considérations européennes précédemment évoquées, ce sont aussi les controverses et les incertitudes dont elle est l'objet qui ont conduit les auteurs du projet d'ordonnance à « ne plus faire appel à la notion de « cause » mais [à] préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence ». À l'instar du projet Terré, le projet d'ordonnance, abandonnant la notion sans lui substituer une notion équivalente, formule un ensemble de dispositions spéciales reprenant, au moins en partie, les solutions déduites de la notion de cause, mais sans faire référence à celle-ci. De fait, de nombreuses solutions actuellement rattachées à la cause sont posées de façon directe. On trouve ainsi des solutions qui correspondent tant à la conception classique de la cause qu'aux avancées de la doctrine et de la jurisprudence.

Les textes proposés seront-ils plus satisfaisants que les textes actuels du Code civil ? Ce qui est certain c'est qu'ils réalisent une identification plus immédiate des solutions les plus fréquemment déduites de la notion de cause, ce qui va dans le sens d'une meilleure accessibilité de la loi. En revanche, les conditions posées pour la mise en œuvre de ces solutions manquent souvent de précision, de sorte qu'il est assez probable que se développent à nouveau les controverses et les incertitudes dont la cause est actuellement l'objet. À cela s'ajoute que certaines solutions actuelles ne sont pas directement reprises, mais pourraient néanmoins être reconduites à partir d'une interprétation des textes proposés. Ce sont ces forces et ces faiblesses qu'il convient d'apprécier plus précisément à partir des deux fonctions de la cause conservées par le projet d'ordonnance : la fonction de contrôle de la licéité de l'engagement, et la fonction de justification de l'engagement.

²⁴ V. *infra*, n° 36 et s.

²⁵ V. *infra*, n° 41.

I. LA LICÉITE DE L'ENGAGEMENT

8. Actuellement, dans le Code civil, la fonction de contrôle de la licéité de l'engagement assurée par la cause est annoncée par les articles 1108²⁶ et 1131²⁷, pour être explicitée par l'article 1133. Ce texte énonce : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Parce que la cause est dans cette fonction classiquement identifiée au motif qui a déterminé l'une des parties à contracter, il est parfois avancé qu'elle serait peut-être un instrument trop étroit de contrôle de la licéité. Mieux vaudrait, d'une part, apprécier le résultat du contrat plutôt que les motifs qui ont pu le déterminer, et, d'autre part, faire de l'exigence de licéité une des limites posées à la liberté contractuelle, ce qui aurait la vertu de permettre d'apprécier son respect en se plaçant à n'importe quel moment de la vie du contrat, et non seulement au temps de la formation du contrat²⁸. Cette approche aurait de surcroît l'avantage de rejoindre les orientations des projets d'harmonisation du droit des contrats.

Si l'idée est intéressante, on observera simplement qu'elle est déjà consacrée, ou au moins en germe, dans le Code civil. Quant à l'exigence de licéité, il n'y a pas d'opposition entre le recours à la cause et la considération des limites à la liberté contractuelle, car les articles 1108, 1131 et 1133 ne sont que l'une des traductions techniques de la règle de principe posée par l'article 6 du Code civil, lequel limite la liberté contractuelle en énonçant qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »²⁹. S'agissant ensuite de la considération du résultat plutôt que du motif déterminant, là encore l'opposition n'a pas lieu d'être dans la mesure où il paraît bien évident que le résultat, juridique ou matériel, résultant de l'exécution du contrat aura nécessairement motivé l'engagement. De fait, ce n'est pas parce que le résultat du contrat est une donnée objective, que ce résultat n'a pas, d'un point de vue subjectif, déterminé l'une ou l'autre des parties à contracter, et a par là-même constitué un motif déterminant de son engagement. Pour ce qui est enfin du moment où doit s'apprécier la licéité du contrat, la référence à la cause laisse parfaitement admettre que la motivation de l'engagement soit dégagée *a posteriori* en considération du

²⁶ C. civ., art. 1108 - Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : (...)

Une cause licite dans l'obligation.

²⁷ C. civ., art. 1131 - L'obligation (...) sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

²⁸ V. not. J. ROCHFELD, « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1601 et s., n° 16.

²⁹ V. not., F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 359.

résultat du contrat puisque celui-ci est la réalisation de la prévision contractuelle.

C'est dire qu'il n'y a en réalité aucune différence fondamentale entre l'approche moderne et à vocation européenne de la licéité et celle réalisée à partir de la notion de cause. Aussi bien c'est probablement ce qui explique que le projet d'ordonnance procède selon des voies à peu près identiques à celles du droit positif français : comme les textes actuels, il envisage l'exigence de licéité comme une limite de la liberté contractuelle ; à la suite de la jurisprudence, il nuance cette exigence en admettant la licéité d'une atteinte aux droits et libertés fondamentaux pourvu qu'elle soit justifiée par un intérêt légitime.

A. – *L'exigence de licéité*

9. À la différence de l'article 6 du Code civil qui le présuppose, l'article 1102 du projet d'ordonnance édicte expressément, dans son premier alinéa, le principe de la liberté contractuelle : « 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 »³⁰. Puis, dans son alinéa 2, le texte vient, à l'instar de l'article 6 du Code civil, fixer des limites de principe à cette liberté : « Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, (...) ». L'énoncé de l'alinéa 2 de l'article 1102 du projet d'ordonnance appelle deux observations.

Tout d'abord, le texte projeté vise « les règles qui intéressent l'ordre public », et non plus, comme le texte actuel « les lois ». Cette modification consacre notamment l'intégration dans l'ordre public, non plus seulement des dispositions qui procèdent d'une loi nationale, mais également de celles dont la source est supranationale, ce qui est spécialement le cas de l'ordre public communautaire.

Le texte projeté abandonne ensuite la référence aux bonnes mœurs, lesquelles il est vrai ont été réduites par la jurisprudence à une peau de chagrin³¹, pour leur substituer la prohibition des « atteinte(s) aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre

³⁰ Comp. Projet TERRÉ, art. 3 - Les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur contractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat.

³¹ V. not., F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 388.

personnes privées»³². Ce faisant, conformément à la tendance contemporaine, l'approche plus individualiste de la protection des personnes, en termes de droits et libertés fondamentaux, est préférée à celle classique qui, privilégiant l'intérêt général, concevait cette protection comme une composante de l'organisation générale des rapports sociaux.

10. De la même façon que les textes actuels du Code civil, le projet d'ordonnance, après avoir posé le principe de limitations à la liberté contractuelle, en donne ensuite l'expression technique dans une disposition spéciale, l'article 1161. Bien que formellement ce texte soit présenté comme étant inspiré de l'article 1131 du Code civil³³, il est en réalité une reprise du projet Terré³⁴. Aux termes de l'article 1161 du projet d'ordonnance, « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Cette disposition, qui entend tirer les conséquences de la disparition des notions de cause et d'objet, permet de reconduire l'ensemble des solutions actuellement retenues par la jurisprudence en matière de cause ou d'objet illicite. S'agissant plus spécialement de la cause, le texte souligne, si besoin était, que pour contrôler si le contrat n'est pas le moyen d'une activité illicite, ou ne vise pas à un résultat illicite, il n'est d'autre ressource que d'en revenir, sinon au mot cause, du moins à l'un de ses synonymes, ici le mot but. Aussi bien, le mot but n'étant pas moins polysémique que celui de cause, il s'ensuit que pour toutes les solutions aujourd'hui déduites de la cause illicite, il suffira pour les reconduire de procéder à une substitution de mot. Quoi que puissent en penser les auteurs du projet d'ordonnance, il est des questions pour lesquelles il n'est pas possible de faire l'économie d'une approche causaliste.

B. – Les conditions de la licéité d'une atteinte aux droits et libertés fondamentaux

11. La référence aux droits et libertés fondamentaux par l'article 1102, alinéa 1^{er}, du projet d'ordonnance ne traduit pas seulement un changement d'approche de la protection des personnes. Le fait qu'ils soient visés distinctement de l'ordre public tient à ce que, à la différence de celui-ci, ils

³² Sur les raisons de distinguer, d'une part, l'ordre public, et, d'autre part, les droits et libertés fondamentaux, v. C. AUBERT de VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in : *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 113 et s., n° 5.

³³ Le texte était ainsi présenté dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 oct. 2013 de la façon suivante : Article 69 [article 1131 du code civil] - (illicéité du contrat).

³⁴ Projet TERRÉ, art. 59, al. 1^{er} - Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ni par son contenu ni par son but que ce dernier ait été connu, ou non, par toutes les parties.

présentent un caractère relatif³⁵. Alors qu'une atteinte à l'ordre public est nécessairement illicite, il se peut qu'une atteinte à un tel droit ou une telle liberté puisse être commandée par un intérêt sérieux et légitime, lequel peut tenir notamment à la nécessité de satisfaire un autre droit ou une autre liberté de même nature³⁶. C'est cette relativité des droits et libertés fondamentaux, dégagée par les juridictions européennes, puis reprise par la jurisprudence française, que vient consacrer, à la suite du projet Terré³⁷, l'alinéa 1102 de l'article 2 du projet d'ordonnance qui énonce : « (...) la liberté contractuelle ne permet pas (...) de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».

12. Bien que tirant son origine de la jurisprudence européenne, la solution formulée par ce texte ne marque pourtant pas une rupture avec la démarche causaliste du Code civil, comme le signale d'ailleurs la référence faite une fois encore au but. Elle permet en effet de reconduire le raisonnement suivi par la Cour de cassation, sur la base de l'article de 1131 du Code civil, en matière notamment d'obligation de non-concurrence et de clause de non-réaffiliation dans les contrats de franchise³⁸.

S'agissant de l'obligation de non-concurrence souscrite par un salarié, la Chambre sociale admet ainsi, depuis 1992, que l'atteinte à la liberté de travail du salarié n'est licite que si elle a pour but et constitue le moyen nécessaire de protéger l'employeur contre un risque concurrentiel. Ainsi elle ne retient la nullité fondée sur l'article 1131 du Code civil au titre de la cause illicite que si « en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »³⁹. L'article 1102, alinéa 2, du projet d'ordonnance permet donc de reprendre la même démarche. De par sa nature, l'obligation de non-

³⁵ V. C. AUBERT de VINCELLES, art. préc., *loc. cit.*

³⁶ V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 287.

³⁷ Projet TERRÉ, art. 4, al. 2 - On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime.

Projet TERRÉ, art. 59, al. 2 - Il (le contrat) ne peut, pareillement, porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime.

³⁸ Cass. com. 31 janv. 2012, n° 11-11071 : Bull. civ. IV, n° 17 ; D. 2013, 732, note D. FERRIER : « Mais attendu que l'arrêt relève que la clause d'interdiction d'adhérer à un réseau d'agences immobilières pendant une durée d'une année en exerçant son activité dans les mêmes locaux que précédemment est limitée dans le temps et l'espace ; qu'il retient qu'elle est en outre justifiée et proportionnée aux intérêts de la société Socorpi ; qu'il relève encore que cette clause n'a pas pour effet d'interdire à l'adhérent toute activité d'agence immobilière, mais le contraint à ne pas adhérer pendant un an à un nouveau réseau ou à déplacer le siège de son activité en cas d'adhésion immédiate à un autre réseau ; qu'en l'état de ces constatations et observations, la cour d'appel, a exactement déduit que cette clause de non-réaffiliation qui n'avait pas à être rémunérée était licite ».

³⁹ Cass. soc. 14 mai 1992, n° 89-45300 : Bull. civ. V, n° 309 ; D. 1992. 350, note Y. SERRA.

concurrence n'a de raison d'être qu'autant que le salarié présente, au terme du contrat, un risque concurrentiel pour l'employeur. À défaut, l'atteinte à la liberté fondamentale que constitue la liberté du travail n'est pas justifiée. Par ailleurs le texte, en affirmant l'exigence du caractère proportionné de l'atteinte vient également consacrer l'exigence jurisprudentielle que la clause soit limitée dans le temps et l'espace à ce qui est nécessaire à la protection de l'employeur contre le risque concurrentiel que présente son ancien salarié.

On observera encore que ce type de raisonnement n'est pas non plus ignoré du Code civil, qui subordonne à l'existence d'un intérêt sérieux et légitime tant la validité du mandat à effet posthume⁴⁰ que celle des clauses d'inaliénabilité⁴¹.

13. Au regard de la synonymie des mots cause, intérêt et but, il apparaît en définitive que la suppression de la cause en matière de contrôle de licéité n'est que formelle, de sorte que les nouveaux textes ne changeront rien aux solutions actuelles. Il doit néanmoins leur être reconnu le mérite de consacrer explicitement la jurisprudence fondée sur l'intérêt sérieux et légitime en matière d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux.

Reste à vérifier si la modification est de plus grande portée concernant la justification de l'engagement.

II. LA JUSTIFICATION DE L'ENGAGEMENT

14. C'est dans la fonction de justification de l'engagement que la suppression de la cause pourrait sembler la plus radicale, car les textes qui sont destinés à lui être substitués dans cette fonction ont été conçus comme devant poser directement, et sans référence causaliste, les solutions que la jurisprudence a déduite de la notion. Si la démarche se comprend bien dans la perspective d'une meilleure accessibilité de la loi, l'idée qu'il en résulterait une disparition de la cause présente en revanche un vice logique. En effet, reprendre dans les nouveaux textes les solutions aujourd'hui fondées sur la cause, mais sans que celle-ci soit désormais expressément visée, m'emporte sa disparition que d'un point de vue formel mais non substantiel, puisqu'elle constituera le fondement implicite de ces solutions.

⁴⁰ C. civ., art. 812-1-1, al. 1^{er}, « Le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé ».

⁴¹ C. civ., art. 900-1, al. 1^{er}, « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige ».

C'est dire que si le terme de cause disparaît dans les textes, le fait que ceux-ci soient fondés sur la notion impliquera que leur interprétation procède nécessairement d'une théorie de la cause⁴². Chassée par la porte, la cause reviendra donc inmanquablement par la fenêtre, et cela d'autant que, en dépit de l'ambition affichée de textes se suffisant à eux-mêmes, leur énoncé est trop ouvert pour ne pas appeler une interprétation, laquelle fera ressurgir les mêmes controverses et les mêmes oppositions que la notion de cause. L'observation peut se vérifier pour ce qui concerne tant les textes du projet d'ordonnance qui ont trait à la justification initiale de l'engagement, que ceux tirant les conséquences d'une perte de sa justification.

A. – La justification initiale de l'engagement

15. Dans la conception française, que ne répudie pas le projet d'ordonnance, l'engagement d'une partie ne se justifie qu'autant qu'il présente une utilité pour celle-ci ; ce qui correspond à l'exigence d'une rationalité minimale de l'engagement. Parmi les textes proposés qui s'inscrivent dans cette perspective, il peut être distingué entre ceux qui donnent le critère d'appréciation de cette utilité, et celui qui vient la garantir par l'application du principe de cohérence.

1. L'appréciation de l'utilité de l'engagement

16. S'agissant d'apprécier l'utilité de l'engagement, le projet d'ordonnance reprend la distinction traditionnelle entre les contrats à titre onéreux, subordonnés à l'exigence d'une contrepartie, et les contrats à titre gratuit, pour lesquels doit être sondé le motif de l'auteur de la libéralité. Mais là ne s'arrête pas la considération de cette utilité, car, témoignant de la porosité de la théorie des vices du consentement et de celle de la cause, le projet retient une conception de l'erreur sur les motifs qui en élargit très sensiblement le champ, de sorte que celle-ci pourrait conduire à un développement important du rôle de la causalité concrète ou subjective.

a) L'exigence d'une contrepartie dans les contrats à titre onéreux

17. Destiné à se substituer pour les contrats à titre onéreux à l'actuel article 1131 du Code civil, le projet d'ordonnance propose un article 1167 disposant que : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa

⁴² Comp. D. MAZEAUD, « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », art. préc., qui observe « qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet de réforme emporterait, que la suppression du mot « cause »... La réforme serait donc purement formelle... »

formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Pour être valable, l'engagement doit donc être justifié par l'existence, *ab initio*, d'une contrepartie qui ne soit ni illusoire ni dérisoire⁴³.

L'inspiration causaliste du texte est patente, et, pour autant qu'il en soit besoin, elle peut encore être confirmée par comparaison avec l'article 86 du projet de réforme du droit des contrats établi par la Chancellerie en juillet 2008, lequel énonçait : « Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Ainsi de juillet 2008 au projet d'ordonnance, la Chancellerie commence par substituer à la cause la notion équivalente d'intérêt, puis procède à l'ellipse de toute référence à la justification de l'engagement pour poser directement la solution. Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas niable que le principe causaliste demeure le fondement de la solution.

S'agissant de sa portée, la règle posée par l'article 1167 du projet d'ordonnance permet, au moins potentiellement, de saisir à peu près toutes les applications actuelles de la cause dans les contrats à titre onéreux. En effet, tant la notion de contrepartie, telle qu'elle est entendue par le projet d'ordonnance, que l'exigence qu'elle ne soit pas illusoire ou dérisoire laissent envisager un contrôle non pas seulement abstrait, mais aussi concret, des justifications de l'engagement des parties dans les contrats à titre onéreux.

α – La notion de contrepartie

18. De prime abord, l'appréciation de l'utilité du contrat pour la partie qui s'oblige par la seule référence à l'existence d'une contrepartie pourrait suggérer que le projet d'ordonnance s'est inspiré d'une conception essentiellement objective de la cause. En réalité il n'en est rien car, envisagé non pas isolément mais en rapport avec l'ensemble du projet, l'article 1167 pourrait se prêter à une interprétation très concrète de la justification de l'engagement.

Tout d'abord, à la différence du projet Terré qui vise très étroitement l'objet de l'obligation réciproque⁴⁴, l'article 1167 du projet d'ordonnance vise la contrepartie convenue. Or, à la lecture des dispositions préliminaires du projet d'ordonnance, il apparaît que la contrepartie s'entend de l'avantage attendu par chacune des parties en contrepartie de l'avantage qu'elle procure. Aux termes de l'article 1105, alinéa 1^{er}, « Le contrat est à

⁴³ Comp. Avant-projet CATALA, art. 1125, al. 1^{er} – L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire.

⁴⁴ Projet TERRÉ, art. 61 : Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des obligations est sans objet, l'obligation corrélatrice est nulle, de nullité relative.

titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». Quant à l'article 1106, alinéa 1^{er}, il énonce : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ». Au vu de ces différents textes, rien n'impose que la contrepartie convenue s'entende toujours et nécessairement de façon abstraite et objective comme l'obligation réciproque ou la contreprestation. Elle pourrait encore être appréhendée de façon plus concrète comme l'avantage attendu du contrat au regard de son économie d'ensemble, de la situation des parties ou de leur prévision telles qu'elles sont intégrées au contrat.

La mise en œuvre de l'article 1167 du projet d'ordonnance devrait ainsi, bien évidemment, permettre de retrouver toutes les solutions actuelles qui procèdent d'une conception objective et abstraite de la cause. Dans le cas des contrats synallagmatiques, la contrepartie pourrait être recherchée dans l'obligation réciproque contractée par le cocontractant, laquelle est prédéterminée par la catégorie à laquelle appartient le contrat dès lors qu'il s'agit d'un contrat nommé.

Mais la contrepartie serait également susceptible d'être appréciée, plus concrètement, en considération de l'ensemble des rapports qu'entretiennent les parties. C'est de l'approche globale de cette relation que ressortira alors l'existence d'un avantage, et donc d'une contrepartie. Aussi bien pourront être reconduites les solutions de la jurisprudence actuelle qui procède d'une telle démarche. On en prendra quelques exemples.

19. Une telle approche a ainsi permis à la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 avril 2013⁴⁵, de valider, comme n'étant pas dépourvue de cause, la clause dite de « golden parachute », accordant au salarié une indemnité contractuelle de rupture lorsque celle-ci, motivé par un changement de direction ou du capital, est imputable à l'entreprise. En dépit de l'importance de son montant, les juges ont considéré que cette indemnité était justifiée par le fait que « la clause litigieuse avait été convenue en raison des avantages que la société (...) tirait du recrutement de ce salarié et de l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées », de sorte qu'elle n'était pas dépourvue de cause. À l'avenir, la solution pourrait être justifiée, sur le fondement de l'article 1167, par le fait que l'engagement de la société trouve sa contrepartie dans les avantages qu'elle tirait du recrutement de son salarié.

⁴⁵ Cass. soc. 10 avr. 2013, n° 11-25841 : Bull. civ. V, n° 97 ; RDC 2013/4, p. 1321, note Th. GÉNICON.

20. La même approche concrète est encore pratiquée en matière de contrats de distribution afin de caractériser l'existence d'une contrepartie. Dans le cadre d'un contrat de fourniture, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 mars 2014⁴⁶, a pu considérer que l'engagement d'approvisionnement exclusif n'était pas dépourvu de contrepartie, en dépit de la faible importance des engagements souscrits par le fournisseur, « puisqu'en échange de son approvisionnement en boissons, le revendeur se voyait mettre à disposition du mobilier de terrasse et retenu que l'avantage procuré ne s'évaluait pas seulement au travers de considérations quantitatives mais également qualitatives ». Autrement dit, dans un contrat synallagmatique, l'engagement d'une partie peut trouver sa justification dans l'avantage qualitatif plutôt que quantitatif qu'elle retire du contrat. Là encore rien ne s'opposerait à ce que cette solution soit reconduite sous l'empire des nouveaux textes puisque ni l'article 1105 ni l'article 1106 du projet d'ordonnance ne précisent la nature de l'avantage attendu en contrepartie.

21. De façon plus significative encore, l'existence d'un avantage qui constitue la contrepartie de l'engagement pourrait être recherchée dans le résultat concret auquel le contrat est destiné à parvenir ; de sorte que le contrat devrait être nul, faute de contrepartie, s'il apparaît qu'*ab initio* le résultat attendu est impossible à atteindre ; ce qui peut être le cas lorsque l'une des parties attend du contrat qu'il lui permette de développer une exploitation rentable. C'est une démarche de cet ordre qu'avait retenue la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Point club vidéo*⁴⁷. Dans cette affaire, en se fondant expressément sur la cause, les juges avaient accepté d'apprécier la validité d'un contrat de location au regard de son utilité concrète pour les parties. Ainsi avaient-ils annulé le contrat souscrit par un vidéo-club au motif que son économie ne permettait pas une exploitation bénéficiaire, et donc ne répondait pas au besoin du locataire. A été sanctionné par la nullité le fait que, au jour de l'engagement, il était manifeste que le contrat ne pouvait permettre, eu égard à son économie, la réalisation du but contractuel poursuivi par le locataire. Même si dans une espèce faussement similaire⁴⁸, la solution semblait avoir été abandonnée, un arrêt récent est venu rappeler que cette prise en

⁴⁶ Cass. com. 11 mars 2014, n° 12-29820 : D. 2014. 1915, note D. MAZEAUD.

⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 3 juill. 1996, n° 94-14800 : Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997. 500, note Ph. REIGNÉ ; JCP G 1997. I. 4015, n° 4-5, obs. F. LABARTHE

⁴⁸ Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11420 : les faits de cette espèce présentaient une différence essentielle avec ceux de l'arrêt *Point club vidéo*. Alors que dans l'arrêt de 1996 les cassettes étaient uniquement destinées à être sous-louées aux adhérents du vidéo-club, dans l'arrêt de 2009 les cassettes étaient destinées tant à être prêtées aux membres de l'association qu'à la location à des tiers, de sorte que la rentabilité du contrat de location ne pouvait évidemment pas être entrée dans le champ contractuel.

considération du but économique en tant qu'avantage attendu du contrat est tout à fait possible, seulement elle dépend de l'intention des parties qu'il appartient au juge d'apprécier. S'agissant de déterminer si la rentabilité se trouvait intégrée à la cause du contrat, la Chambre commerciale, dans une décision du 18 mars 2014⁴⁹, retient que « la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat ». Autrement dit, l'avantage attendu à titre de contrepartie ne se détermine pas invariablement de façon abstraite et objective, mais peut résulter d'une interprétation de la volonté des parties ; ce que permettrait également de retenir l'article 1167 du projet d'ordonnance.

22. Tous les exemples qui précèdent mettent ainsi en évidence que l'exigence d'une contrepartie résultant de l'article 1167 du projet d'ordonnance, dès lors que cette contrepartie s'entend de l'avantage procuré par le contrat, laisse admettre que soient reconduites toutes les solutions développées ces dernières années par la jurisprudence dans le sens d'une concrétisation de la cause, c'est-à-dire de la justification de l'engagement. Cette reconduction sera d'ailleurs d'autant plus facile que l'avantage constitutif de la contrepartie ne doit être ni illusoire, ni dérisoire.

β - L'appréciation du caractère illusoire ou dérisoire

23. Selon l'article 1167 du projet d'ordonnance, pour échapper à la nullité, il faut que l'engagement ait une contrepartie, mais encore que celle-ci ne soit pas « illusoire ou dérisoire ». L'emploi de ces deux adjectifs marque une forte différence, au moins dans les textes, avec la référence actuelle à « la fausse cause ou à l'absence de cause ». L'énoncé de l'article 1131 du Code civil autorise, même s'il ne l'impose pas, une conception essentiellement objective de la cause, et en définitive très largement formelle. Il laisse admettre que la condition d'existence de la cause soit réduite à l'exigence d'un engagement réciproque du cocontractant, peu important que cet engagement puisse en pratique être exécuté ou qu'il soit de nature à assurer la satisfaction attendue ; de même qu'il laisse admettre que l'examen de sa réalité soit réduit à la vérification de l'existence des antécédents que suppose le contrat à raison de sa nature, comme par exemple l'existence d'une dette préexistante dans le contrat de cautionnement. Or la double référence aux caractères illusoire et dérisoire conduit assez naturellement à dépasser cette approche purement objective et formelle, et particulièrement dès lors que la contrepartie est entendue

⁴⁹ Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29453 : *D.* 2014. 1915, note D. MAZEAUD ; *RDC* 2014, n° 3, p. 345, note Y.-M. LAITHIER. V. également, Ch. DELANGLE, « La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective, À propos de cass. com., 18 mars 2014 », n°12-29.453, *JCP E* 2014, 1224.

comme l'avantage attendu du contrat. De fait, elle invite à rechercher si, eu égard à la réalité de la situation de fait que le contrat a pour fonction de régler, la contrepartie convenue permet effectivement de procurer un avantage réel et suffisant pour justifier l'engagement du contractant. Dans cette perspective, l'énoncé de l'article 1167 du projet d'ordonnance consacre l'évolution jurisprudentielle vers ce que l'on a appelé, selon une formule dépréciative, la subjectivisation de la cause. Pourtant, à y regarder de plus près, il s'agit moins d'une approche subjective, laquelle impliquerait que les attentes personnelles d'un contractant puisse surprendre son cocontractant en le privant du bénéfice du contrat, que d'une approche concrète du contrat où celui-ci est jugé sur son aptitude à procurer un avantage effectif à celui qui s'engage, ou à régler effectivement la situation de fait en considération de laquelle les deux contractants se sont accordés.

24. Le caractère dérisoire permet tout d'abord, au-delà de la simple existence d'une contrepartie, de vérifier si celle-ci est suffisante. Ce caractère autorise ainsi à procéder à un examen comparé des engagements de chacune des parties, de sorte que l'engagement de l'une apparait dérisoire lorsque son importance est sans rapport avec la faiblesse de l'engagement de son cocontractant ; ce qui se traduit par l'exigence d'une proportionnalité minimale entre les engagements réciproques⁵⁰. Aussi bien l'exigence à l'article 1167 du projet d'ordonnance que la contrepartie ne soit pas dérisoire permet de reconduire la jurisprudence qui, retenant une conception très compréhensive de l'absence de cause, annule des contrats d'approvisionnement exclusif dans la mesure où, au regard de l'engagement d'exclusivité souscrit par le distributeur, l'avantage procuré par le fournisseur apparait dérisoire⁵¹.

25. Le caractère illusoire implique quant à lui, au-delà des termes du contrat, de rechercher si la prestation convenue procure en fait un avantage à celui qui s'engage. C'est donc l'utilité concrète, économique, de la prestation qu'il s'agit alors d'apprécier. En s'inspirant là encore des solutions rendues par la jurisprudence sur le fondement de la cause, il faudra notamment admettre, sur le fondement de l'article 1167 du projet d'ordonnance, que la contrepartie est illusoire dans les deux cas suivants.

En premier lieu, lorsqu'elle ne répond à aucun besoin de la part de celui qui s'engage et que l'autre partie ne peut l'ignorer. C'est sur la base d'une telle approche que la Chambre commerciale a annulé, pour absence de cause, la convention dite de « management » conclue par une société avec

⁵⁰ V. D. MAZEAUD, note préc., n° 3.

⁵¹ Cass. Com., 14 oct. 1997, n° 95-14285 et 8 fév. 2005, n° 03-10749 : Bull. civ. IV, n° 21.

une société unipersonnelle dont son directeur général était le gérant⁵². De fait, le besoin de gestion que devait assurer la société unipersonnelle était déjà satisfait par son gérant en qualité de directeur général de la première société.

La contrepartie sera encore illusoire lorsque, ayant une réelle existence en droit, sa valeur économique réelle est en fait nulle ou insignifiante. Correspond à une telle situation l'hypothèse de la cession d'une créance existante, mais dont la possibilité d'en obtenir le paiement est nulle en raison de l'insolvabilité du débiteur⁵³.

26. La référence au caractère illusoire permettra enfin de sanctionner par la nullité l'application particulière de la cause en matière de contrats aléatoires, sans qu'il soit besoin d'un texte spécial comme dans les projets Catala et Terré. Actuellement, lorsque l'incertitude affectant l'évènement dont dépend la chance de gain ou le risque de perte pour les parties fait défaut, la jurisprudence annule le contrat pour absence de cause. Avec l'article 1167 du projet d'ordonnance, la solution ne serait pas remise en cause. Selon les termes du projet d'ordonnance, elle pourrait s'exprimer de la façon suivante : l'avantage attendu en contrepartie de l'engagement dépendant d'un évènement incertain, cet avantage apparaît illusoire en l'absence de cette incertitude.

27. Des exemples précédemment envisagés, il ressort que la substitution de l'article 1167 du projet d'ordonnance à l'actuel article 1131 du Code civil ne modifierait guère les solutions concernant la justification de l'engagement dans les contrats à titre onéreux. Il est même permis de penser que la théorie de la cause – ou théorie des justifications de l'engagement – pourrait en ressortir régénérée en ce sens que l'approche plus concrète de l'article 1167 du projet conduirait sans doute à s'affranchir plus naturellement de l'approche trop souvent formelle qui a marqué la conception de la cause sur la base de l'actuel article 1131. En situant l'avantage attendu au centre de l'analyse, le nouveau texte devrait rendre en partie caduques les discussions anciennes sur le point de savoir quel est celui des éléments du contrat qui en constitue la cause, pour qu'à l'avenir le débat se concentre sur ce qui est le cœur de la théorie de la cause lors de la formation du contrat : la détermination des motifs entrés dans le champ contractuel au titre de l'avantage attendu en contrepartie de l'engagement.

⁵² Cass. com, 23 oct. 2012, n° 11-23376 : Bull. Civ. IV, n° 190 ; *D.* 2013, 686, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2013, 112, obs. B. FAGES ; *RDC* 2013/4, p. 1321, note Th. GÉNICON.

⁵³ Cass. com., 10 juill. 2013, n° 12-17407 : *RDC* 2013/4, p. 1321, note Th. GÉNICON.

b) La prise en compte du motif dans les libéralités

28. En matière de libéralités, la cause est classiquement identifiée à l'intention libérale. Mais cette cause abstraitement déterminée est de peu d'utilité car l'intention libérale, qui correspond à la volonté de donner sans contrepartie, n'est rien d'autre que le consentement correspondant à cette catégorie d'acte juridique⁵⁴. Aussi bien la jurisprudence ne s'en tient pas à cette conception abstraite et admet que la cause soit constituée par le motif qui a déterminé le consentement de l'auteur de la libéralité⁵⁵.

Consacrant cette solution, également reprise, mais sous des formes différentes, dans l'avant-projet Catala⁵⁶ et le projet Terré⁵⁷, l'article 1134, alinéa 2, du projet d'ordonnance énonce : « (...) l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ». Ainsi le motif déterminant n'apparaît plus en tant que cause de la libéralité dont elle constitue une condition de sa validité, mais son défaut devient une cause de nullité. C'est dire qu'au fond rien n'est modifié, le motif déterminant demeure en tant que justification de l'engagement du disposant. Et le fait de déplacer cette exigence sur le terrain de l'erreur ne change rien à l'affaire. Si le motif a déterminé l'engagement, son absence implique nécessairement, par hypothèse, un vice du consentement et, plus spécialement, une erreur de la part de son auteur.

c) L'erreur sur les motifs

29. Hors la matière des libéralités, les tenants de la conception classique de la cause estiment que cette notion se distingue radicalement des motifs⁵⁸. Dans le droit positif, cette opposition absolue se trouve toutefois mise à mal par le mouvement jurisprudentiel vers une subjectivisation ou concrétisation de la cause qui apprécie l'existence de cette dernière en considération des motivations de l'une ou l'autre des parties dès lors qu'il ressort, de l'interprétation de leur volonté, que ces motivations ont été intégrées au champ contractuel⁵⁹. Comme il a été vu⁶⁰, ces solutions pourraient être maintenues si l'article 1167 du projet d'ordonnance devait se substituer à l'actuel article 1131 du Code civil. Mais, témoignant de la porosité de la théorie des vices du consentement et de celle de la cause, il est encore possible qu'à l'avenir des solutions aujourd'hui fondées sur la cause

⁵⁴ V. not., F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 349.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Avant-projet Catala, art. 1125-4, al. 2 – Les libéralités sont dépourvues de cause réelle en l'absence du motif sans lequel leur auteur n'aurait pas disposé.

⁵⁷ Projet TERRÉ, art. 63 – Il n'y a pas de libéralité sans intention libérale. Les libéralités sont nulles, de nullité relative, en l'absence du motif qui a déterminé leur auteur à disposer

⁵⁸ Comp., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 204.

⁵⁹ Comp., F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 220.

⁶⁰ V. *supra*, n° 18 et s.

puissent être appréhendées au titre de l'erreur sur les motifs ; voire que l'élargissement de la définition de l'erreur sur la substance conduise à ce que sa sanction puisse être mise en œuvre concurremment avec l'article 1167 du projet.

30. Destiné à poser directement les solutions déduites de la cause dans les contrats à titre onéreux, l'article 1167 n'a pas été conçu pour saisir les applications de la cause autres que celles qui peuvent être rattachées, fusse au prix d'un effort d'interprétation, à l'exigence d'une contrepartie. Aussi bien n'entrent pas naturellement dans le champ du texte toutes les hypothèses dans lesquelles la cause de l'engagement doit notamment être recherchée dans un antécédent du contrat ; ainsi, par exemple, de la situation litigieuse dans le contrat de transaction⁶¹, ou de l'obligation principale dans le cautionnement⁶². Ne pouvant être appréhendées sur le fondement de l'article 1167, il serait néanmoins possible qu'elles le soient sur le fondement de l'erreur sur les motifs que règlemente l'article 1134, alinéa 1^{er}, du projet d'ordonnance, aux termes duquel : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement ». Pour l'application du texte, il serait logique de considérer que constitue un motif dont les parties ont fait un élément déterminant de leur consentement, tout élément dont l'existence est imposée par la nature même du contrat qu'elles ont entendu conclure. En effet, en pareil cas, eu égard à la qualification retenue par les parties, l'élément manquant, parce qu'il est inhérent à cette qualification, constitue nécessairement un motif déterminant de leur consentement. Autrement dit, au titre de l'erreur sur les motifs pourrait être sanctionné le défaut de tout élément participant de la cause catégorique du contrat⁶³. On observera que cette approche permettrait également d'annuler un contrat aléatoire lorsque l'incertitude fait en réalité défaut, faisant ainsi de l'erreur sur les motifs une sanction concurrente de celle pouvant être prononcée au titre du caractère illusoire de la contrepartie sur le fondement de l'article 1167 du projet d'ordonnance⁶⁴.

31. La possibilité d'une concurrence entre l'article 1167 et la théorie de l'erreur pourrait encore résulter de l'élargissement de la notion d'erreur sur

⁶¹ V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTHIER, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^e éd., 2014, n° 1102.

⁶² V. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 3^e éd., 2000, n° 66.

⁶³ Ch. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441, qui observe que le défaut de contrepartie pourrait être sanctionné en l'absence de toute règle particulière en se fondant sur la définition du contrat à titre onéreux, qui contient implicitement une condition de validité de celui-ci.

⁶⁴ V. *supra*, n° 26.

la substance dans le projet d'ordonnance. Alors que les projets Catala⁶⁵ et Terré⁶⁶ définissaient identiquement l'erreur sur la substance comme celle portant sur les qualités essentielles de la chose, le projet d'ordonnance la définit à l'article 1132 comme celle portant « sur les qualités essentielles de la prestation ». De la considération des qualités de la chose à celle des qualités de la prestation, le texte conduit à intégrer dans la substance, non seulement les caractères et la destination de la chose objet de la prestation, mais encore les caractéristiques de la prestation elle-même, et notamment, le cas échéant, certaines des modalités de l'obligation pourvu qu'elles aient été déterminantes de l'engagement. Ainsi, dans une affaire comme celle ayant donné lieu à l'arrêt *Chronopost*⁶⁷, il se pourrait qu'à l'avenir l'extrême brièveté du délai d'acheminement du courrier soit considérée comme une qualité essentielle de la prestation due par la société de transport rapide, de sorte que le défaut de cette qualité pourrait être sanctionné au titre de l'erreur sur la substance. De fait, dans l'arrêt *Chronopost*, le motif tenant à l'exigence d'une livraison rapide se trouvait intégré, non dans l'objet de la prestation due par le transporteur, mais dans le terme extrêmement bref qui constituait la modalité de son obligation. Dans cette perspective, il serait concevable que l'élargissement de la notion d'erreur sur la substance ait pour effet qu'elle absorbe certaines solutions aujourd'hui retenues au titre de la subjectivisation – ou concrétisation – de la cause. C'est au demeurant ce que semble confirmer les contours que le projet d'ordonnance donne au principe de cohérence, dont l'arrêt *Chronopost* avait été l'une des toutes premières applications significatives.

2. Les garanties de l'utilité de l'engagement par le principe de cohérence

32. Dans l'affaire *Chronopost*, un architecte, pour pouvoir participer à un appel d'offre, avait eu recours aux services d'un transporteur rapide, car seuls les délais proposés par ce transporteur lui permettaient de candidater utilement. Or le délai n'ayant pas été respecté, ce qui lui avait causé un préjudice considérable, l'architecte avait demandé réparation au transporteur. Il s'était alors heurté à une clause limitative de responsabilité prévoyant un très faible montant. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a alors écarté la clause aux motifs que « la clause limitative de

⁶⁵ Avant-projet CATALA, art. 1112-1, al. 1^{er} – L'erreur sur la substance de la chose s'entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considérations desquelles les deux parties ont contracté (...).

⁶⁶ Projet TERRÉ, art. 38, al. 1^{er} – L'erreur sur la substance de la chose s'entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considérations desquelles les deux parties ont contracté (...).

⁶⁷ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632 ; Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997. 121, note A. SÉRIAUX, somm. p. 75, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1997. II. 22881, note D. COHEN.

responsabilité qui contredit l'obligation essentielle du contrat doit être réputée non écrite, par application de l'article 1131 du Code civil »⁶⁸. L'idée qui commande cette solution est que la clause qui contredit l'obligation essentielle du contrat réalise une atteinte à la cause de l'engagement, et doit en conséquence être éradiquée, en ce qu'elle ôte tout ou partie de son utilité à la contrepartie convenue. C'est ainsi comprise qu'elle avait été intégrée dans l'Avant-projet Catala à l'article 1125, alinéa 2, qui énonçait qu'« Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause ». On observera d'ailleurs que le premier alinéa du texte posait l'exigence, comme aussi l'article 1167 du projet d'ordonnance, que la contrepartie convenue ne soit ni illusoire ni dérisoire, ce qui signifie bien que le vice qui infecte la clause tient à ce qu'elle rend la contrepartie illusoire ou dérisoire.

33. La même solution avait ensuite été reprise à l'article 64 du projet Terré selon une formule proche de celle de la Chambre commerciale – « Toute clause inconciliable avec l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite » –, mais sans reprendre son fondement conformément au parti pris non causaliste de ce projet. Il n'en reste pas moins que la cause en demeurerait, quoi qu'il soit dit, le fondement implicite de la solution. En effet, présentée comme une application du principe de cohérence, cette solution trouve en dernière analyse son fondement dans la cause, car la clause n'est incohérente que parce qu'elle contredit le but poursuivi. Dans tous les cas, il s'agit d'éviter que l'astuce d'un contractant prive l'autre partie de l'avantage qu'elle peut attendre du contrat, ce qui rend nécessaire de supprimer les clauses contractuelles qui font obstacle à l'obtention de cet avantage.

34. La solution est enfin posée par le projet d'ordonnance dont l'article 1168 énonce : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». De prime abord, le texte s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence et des projets Catala et Terré, de sorte qu'elle semble implicitement fondée sur la notion de cause. Reste toutefois que la référence à la « substance » de l'obligation crée un doute, surtout lorsque l'on se souvient que l'article 1132 élargit la définition de l'erreur sur la substance en se référant non à la substance de la chose, mais à la substance de la prestation⁶⁹. Certes il est possible que ce changement dans les termes ne corresponde à aucune intention précise. Néanmoins cela marque, là encore, le fait que la suppression formelle de la cause, si elle ne condamne pas la théorie de la cause, puisque la notion demeure en tant que fondement implicite de nombre de solutions, pourrait avoir pour

⁶⁸ Cass. com., 22 oct. 1996, préc.

⁶⁹ V. *supra*, n° 31.

conséquence un transfert plus ou moins étendue de cette théorie vers la théorie des vices du consentement.

À quoi s'ajoute que la disparition formelle de la cause en tant que justification de l'engagement pourrait rendre délicate l'interprétation des textes du projet d'ordonnance qui tirent les conséquences d'une perte de justification de l'engagement passé sa formation.

B. – La perte de justification de l'engagement

35. Passé la formation du contrat, la fonction de la cause a toujours été discutée. Certains s'en tiennent à l'énoncé de l'article 1108 du Code civil, qui l'envisage comme une simple condition de formation du contrat, pour en conclure que son rôle cesse dès cet instant. À l'opposé, une partie de la doctrine, suivie en cela par une jurisprudence non négligeable, subordonne le maintien du contrat à la permanence de sa cause, ce qui rejoint l'idée sous-jacente dans l'article 1131 du Code civil qui conditionne l'effet de l'obligation à sa cause. Mais, même parmi ceux qui lui accordent encore un rôle, les points de vue sont partagés. Les uns retiennent seulement que sa disparition en cours de contrat emporte la caducité de celui-ci. D'autres admettent également que la considération de la cause pourrait justifier, en cas de changement imprévisible de circonstances, que le contrat doive être renégocié et qu'à défaut il soit anéanti ; ce que n'a d'ailleurs jamais admis la jurisprudence. Or, qu'il s'agisse de la caducité comme du changement de circonstances, l'une et l'autre sont consacrés par le projet d'ordonnance sans que celui-ci en donne le fondement. Il s'ensuit que si les textes mettront un terme aux discussions sur la possibilité de ces solutions, leur interprétation fera en revanche ressurgir les débats antérieurs sous une forme qui pourrait n'être qu'apparemment renouvelée.

1. La caducité

36. Dans le projet d'ordonnance, la question de la caducité est réglée par l'article 1186 dont les deux alinéas distinguent, selon une méthode et un énoncé très proches du projet Terré, une règle générale et son application particulière aux ensembles contractuels.

a) Règle générale

37. Aux termes de l'article 1186, alinéa 1^{er}, du projet d'ordonnance, « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité ». Le texte, qui

est la reprise quasi à l'identique de l'article 89, alinéas 1 et 2, du projet Terré⁷⁰, lequel était lui-même très directement inspiré de l'article 1131 de l'avant-projet Catala⁷¹, pose deux hypothèses de caducité : la disparition d'un élément constitutif du contrat et la défaillance d'un élément extérieur au contrat dont dépend son efficacité. Malgré leur apparente simplicité, l'interprétation de l'une et l'autre de ces hypothèses fera difficulté car chacune procède d'une logique, empruntée à l'avant-projet Catala, et qui est par conséquent étrangère à l'approche du contrat retenue par le projet d'ordonnance.

38. Le sens de la référence aux éléments constitutifs du contrat est de prime abord difficile à percevoir dans la mesure où elle est sans correspondance avec aucune autre disposition du projet d'ordonnance. Certes, l'article 1127 indique que le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu certain et licite sont nécessaires à la validité d'un contrat. Mais ces conditions de validité s'identifient-elles aux éléments constitutifs visés par l'article 1186, alinéa 6 ? Concernant le consentement et la capacité, ce n'est guère concevable, tout au moins de façon générale. Hors les cas où la loi ou la convention des parties l'admet, le consentement une fois donné ne saurait être repris, et donc disparaître. Egalement il ne saurait être posé en règle générale que l'incapacité d'une partie survenant en cours de contrat emporte extinction de celui-ci, car, en la matière, tout est affaire de cas spéciaux où il faut distinguer selon la nature du contrat, entre jouissance et exercice des droits, entre incapacité et interdiction. Reste alors le contenu du contrat. Mais apparaît ici les limites de l'approche synthétique du contrat privilégiée par le projet d'ordonnance, qui consiste à l'envisager globalement et non d'un point de vue analytique selon l'approche classique du droit français, conservée par l'avant-projet Catala, qui fonde le contenu essentiel du contrat sur les deux notions d'objet et de cause. En effet, lorsqu'il s'agit de préciser quels sont les éléments du contenu du contrat dont la disparition provoque son extinction, force en est de revenir aux éléments essentiels de ce contenu que sont l'objet et la cause. Dans cette perspective, et pour reprendre les notions employées par le projet d'ordonnance afin de donner une consistance à la notion de contenu du contrat, la caducité du contrat peut résulter de la disparition de la prestation

⁷⁰ Projet TERRÉ, art. 89, al. 1 et 2 – Le contrat valablement formé est caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît.

Il en va de même lorsqu'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité fait défaut, (...)

⁷¹ Avant-projet Catala, art. 1131 – La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité.

objet de l'obligation⁷² ou de celle de la contrepartie convenue⁷³. Encore conviendra-t-il, pour ce qui est de la contrepartie convenue, qui peut s'entendre de façon plus ou moins objective ou subjective⁷⁴, de distinguer selon que celle-ci a été conçue par les parties comme devant être seulement de réalisation possible ou si, en outre, elle a été définie comme devant être de réalisation certaine. Autrement dit, la question de la caducité du contrat ne peut être traitée sans que soit pris en compte les risques que le contrat a laissés, ou mis, à la charge de l'une ou l'autre des parties. On observera que c'est d'ailleurs ce que retient l'article 1196 du projet d'ordonnance en matière de changement de circonstances.

Il s'ensuit que la caducité du fait de la disparition de l'un de ses éléments constitutifs devrait en définitive procéder de deux considérations alternatives, l'une strictement objective, l'autre finaliste et possiblement empreinte de subjectivisme, c'est-à-dire causaliste. D'un point de vue strictement objectif tout d'abord, il doit y avoir caducité du contrat lorsque, en raison de la perte de l'un de ses éléments constitutifs, la réalisation de son effet de droit devient impossible. D'un point de vue finaliste ou causaliste ensuite, il doit y avoir caducité du contrat lorsque, en raison de la perte de l'un de ses éléments constitutifs, la réalisation de son effet de droit devient inutile en ce sens que le but poursuivi par l'une ou l'autre des parties, et convenu entre elles, ne peut plus être atteint et que le risque de cette non réalisation n'est pas à la charge de l'une ou de l'autre. Mais on voit bien que, quelle que soit la forme des débats à venir, c'est bien de la discussion entre une cause essentiellement objective et une cause intégrant les déterminations particulières des parties dont il s'agit alors.

39. Selon l'article 1186, alinéa 1^{er}, du projet d'ordonnance, la caducité du contrat peut encore résulter de la défaillance d'un élément extérieur à celui-ci mais nécessaire à son efficacité. D'emblée il convient de relever que l'expression « élément extérieur » au contrat constitue une mauvaise transposition de la formule « élément extrinsèque » qui figurait dans les projets Catala et Terré. Par hypothèse, puisque la défaillance de cet élément dit extérieur implique la disparition du contrat, c'est qu'il participe de la situation contractuelle, ce qui exclut dès lors qu'il soit extérieur au contrat. En visant plus justement les éléments extrinsèques, les projets Catala et Terré n'envisageaient pas des éléments extérieurs au contrat, mais des éléments qui ne participent pas naturellement ou par essence de ses éléments constitutifs, mais qui se trouvent accidentellement, au sens que lui donnait Pothier – c'est-à-dire dans le cas particulier du contrat considéré –, intégrés

⁷² V. not., projet d'ordonnance, art. 1162.

⁷³ V. not., projet d'ordonnance, art. 1167.

⁷⁴ V. *supra*, n° 16 et s.

au champ contractuel. Si l'on se place dans la perspective de l'approche classique du droit français, qui est celle de l'avant-projet Catala à l'origine du texte, l'élément extrinsèque représente une condition d'efficacité distincte de l'objet et de la cause ; et cette condition d'efficacité semble devoir être de source légale ou judiciaire, dans la mesure où la condition introduite dans le champ contractuel par les parties relève de la théorie de la condition. Ainsi, malgré la volonté de rupture dont le projet d'ordonnance se veut porteur, il pose des règles selon un énoncé qui présuppose les notions classiques du droit français, et notamment la cause.

b) Application aux ensembles contractuels

40. L'idée précédemment avancée⁷⁵ qu'il doit y avoir caducité du contrat lorsque, en raison de la perte de l'un de ses éléments constitutifs, la réalisation de son effet de droit devient impossible ou inutile trouve sa confirmation dans l'application de la règle générale de l'article 1186, alinéa 1^{er}, du projet d'ordonnance aux ensembles contractuels. L'alinéa 2 du texte énonce ainsi : « Il en va encore ainsi lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre. La caducité de ce dernier n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Deux hypothèses de caducité sont posées : l'exécution devenue impossible, ce qui correspond à l'impossibilité de l'effet de droit ; l'exécution devenue sans intérêt, ce qui correspond à l'inutilité de l'effet de droit. Contre son ambition de départ, le projet d'ordonnance se trouve ici dans l'obligation, pour reprendre la solution que la jurisprudence actuelle fonde sur la cause, de s'inscrire dans une démarche causaliste. Alors que selon la conception classique, la cause n'a plus de rôle à jouer passé la formation du contrat, un courant jurisprudentiel continu retient, dans le cas d'ensembles contractuels, que la disparition de la cause en cours d'exécution doit entraîner l'anéantissement du contrat en raison de sa caducité. En effet, lorsque deux ou plusieurs contrats concourent à une même opération à la réalisation de laquelle ils sont tous nécessaires, la Cour de cassation, considérant qu'ils répondent à une même cause, décident que les contrats sont interdépendants ou indivisibles ; en conséquence, l'anéantissement de l'un, qu'il soit annulé ou résolu, emporte, non la nullité de l'autre pour absence de cause, mais sa caducité pour perte de sa cause⁷⁶.

⁷⁵ V. *supra*, n° 38.

⁷⁶ V. not. : Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juill. 1997, n° 95-15642 : *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 1998, somm. p. 110, obs. D. MAZEAUD – Cass. com. 15 juin 1999, n° 97-12093 : *JCP G* 2000. I. 215, n° 6, obs. A. CONSTANTIN – Cass. com. 15 févr. 2000, n° 97-19793 : *Bull. civ. IV*, n° 29 ; *JCP G* 2000. I. 272, n° 9, obs. A. CONSTANTIN ; *RTD civ.* 2000. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES. – La

Pour que cette jurisprudence puisse être reconduite, le projet d'ordonnance se trouve dans l'obligation de poser une règle spéciale, ce qui n'était pas du cas de l'avant-projet Catala puisque celui-ci maintenait la cause dans les textes. Néanmoins, dans l'énoncé même de son champ d'application comme des conditions qu'elle pose à la caducité, cette règle spéciale suit une inspiration causaliste. D'une part, sont concernés les contrats qui ont été conclus « en vue » d'une opération d'ensemble, ce qui renvoie nécessairement à la finalité, donc la cause, de chacun des contrats participant à un même ensemble ; à cela s'ajoute l'exigence que cette finalité ait été intégrée au champ contractuel par la volonté des parties qui doivent avoir donné leur consentement en connaissance de cette finalité d'ensemble. D'autre part, la référence à la disparition de l'intérêt contractuel n'est qu'un masque de la cause. Malgré le parti pris du projet d'abandonner la cause, la notion réapparaît ici pour apprécier la portée de la disparition de l'un des contrats interdépendants. Le texte vient ainsi confirmer que l'édiction de règles spéciales visant à poser directement les conséquences du principe de causalité ne suffit pas à éliminer le besoin d'une référence à la notion de cause, ou à l'un de ses équivalents comme l'intérêt ou le but.

2. Le changement de circonstances

41. À la différence de la caducité, la renégociation du contrat, voire son anéantissement, en raison d'un changement de circonstances – ce qui est l'expression modernisée et européanisée de l'imprévision – n'a jamais été consacrée de façon indiscutable par la jurisprudence. Quant à son fondement, il demeure discuté en doctrine où sont invoquées la cause, la bonne foi, l'équité ou encore la clause *rebus sic standibus*⁷⁷.

En la matière, le projet d'ordonnance réalise une réelle innovation à l'article 1196, dont l'alinéa 1^{er} énonce : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation » ; l'alinéa 2 ajoutant : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

solution s'impose si bien qu'une décision a refusé de donner effet à une clause de divisibilité expresse visant à assurer le maintien d'un contrat malgré la disparition de celui avec lequel il concourait à la réalisation d'une opération économique indivisible (Cass. com. 15 févr. 2000, préc.).

⁷⁷ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 470.

Reprise des Principes du droit européen du contrat⁷⁸, la condition d'excessive onérosité de l'exécution, qui détermine la mise en œuvre du texte, soulèvera une vraie difficulté d'interprétation. Il y a en effet au moins deux conceptions possibles de cette condition selon le fondement sous lequel elle est envisagée. Dans une perspective causaliste, elle pourrait être appréciée par rapport à l'équilibre contractuel initialement convenu. La condition serait alors considérée comme étant remplie lorsque, du fait du changement de circonstances, la contrepartie reçue apparaît illusoire, soit qu'elle soit désormais excessivement faible, soit que n'ayant pas changé elle soit devenue sans rapport avec la prestation fournie en raison de l'augmentation du coût de cette dernière. À l'opposé, il pourrait être avancé que l'onérosité de l'exécution doit être caractérisée par rapport à la situation de la partie qui subit les conséquences du changement de circonstances, de sorte qu'elle serait remplie si le maintien du contrat en son état initial devait la conduire à la ruine. Selon cette seconde approche, la révision ou l'anéantissement du contrat procèderaient de la clause *rebus sic standibus* et s'inscriraient dans une conception relativisée de la force obligatoire du contrat⁷⁹. Certes, il ne s'agit pas ici de trancher le débat, et on reteindra seulement que, même sur un texte instituant une solution nouvelle, l'inspiration causaliste du droit français du contrat est et demeurera suffisamment marquée pour que son interprétation fasse ressurgir la question de la cause de l'engagement, quand bien même elle prendrait la forme d'une interrogation sur les justifications de l'engagement, voire sur la bonne foi.

42. S'agissant de dresser le bilan de la suppression de la cause par le projet d'ordonnance, l'appréciation se doit d'être nuancée. En elles-mêmes, les solutions alternatives directement posées par les textes ne sont pas mauvaises, et il faut admettre qu'elles donnent un accès plus immédiat que les textes actuels aux diverses fonctions de la cause. Du point de vue de l'intelligibilité de la loi, elles constituent donc un réel progrès. Pour autant, il apparaît des plus douteux qu'elles assurent une meilleure prévisibilité des solutions aujourd'hui discutées sur le terrain de la cause et il y a fort à parier que resurgiront toutes les controverses actuelles opposant les tenants d'une conception essentiellement objective des justifications de l'engagement et ceux qui retiennent une approche plus subjective et concrète. Au demeurant, il n'y a là rien qui saurait étonner car, en effaçant la cause des textes mais en posant directement les solutions qui en sont déduites, le projet d'ordonnance procède en fait moins à une suppression qu'à une ellipse de la cause. La

⁷⁸ Principe du droit européen du contrat, art. 6-111.

⁷⁹ V. D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 472 et s.

cause disparaît formellement des textes, elle demeure substantiellement comme fondement des solutions qu'ils posent.

Reste que ce changement pourrait avoir des conséquences plus profondes qu'il n'y paraît de prime abord, car il ne peut être exclu que les interprètes des textes nouveaux, prétextant de l'intention du législateur de supprimer la cause, refusent de s'engager, s'agissant de leur interprétation, dans une recherche des justifications de l'engagement. Le risque serait alors d'une lecture formelle et sclérosante des nouveaux textes, et d'un appauvrissement corrélatif de la théorie du contrat, de sorte que la disparition de la cause marquerait un recul, sinon un arrêt, de l'effort doctrinal et jurisprudentiel en vue de l'adaptation continue du droit des contrats à l'évolution des réalités économiques et des rapports sociaux. Aussi peut-on regretter que la notion de cause n'ait pas été conservée, au moins comme référence première, ce qui ne condamnait en rien l'édiction directe par les textes des principales solutions qui s'y attachent. Mais il se pourrait encore que les débats qui s'ordonnent aujourd'hui autour de la notion de cause se maintiennent à l'avenir sur la base d'une autre notion, bonne foi ou attente légitime. La cause serait alors devenue comme la rose de Shakespeare, « ce que nous appelons rose, sous tout autre nom n'en serait pas moins rose, n'exhalerait pas un parfum moins doux »⁸⁰.

⁸⁰ W. SHAKESPEARE, *Roméo et Juliette*, Acte II, Scène II.

« LA CAUSE » DANS LE PROJET D'ORDONNANCE PORTANT RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS DE 2015

Marc-Philippe WELLER*

A. – Prologue – Le « Vladivostok »

Saint Nazaire, automne 2014. Deux porte-hélicoptères de la classe « Mistral » viennent d'être fabriqués dans le chantier naval de Saint Nazaire (Pays de la Loire/France). Destination : la Russie.

Or, au regard de la crise en Ukraine, la scène politique occidentale pousse la France à stopper la livraison de ces deux navires¹. La Russie, de son côté, invoque un des grands principes du droit privé² : *pacta sunt servanda*³.

Effectivement, en juin 2011, le groupe français de construction navale DCNS et l'Agence russe d'exportation d'armements (Rosoboronexport) avaient signé un contrat de 1,2 milliards d'euros, prévoyant la construction de deux porte-hélicoptères de la classe « Mistral » pour la Marine russe⁴.

* Licencié en droit (Université de Montpellier), est titulaire d'une chaire de droit civil, droit commercial, droit international privé et de droit comparé à l'Université de Heidelberg, Allemagne. Je remercie mes assistants scientifiques, Mlle Laura NASSE, Mlle Lucienne SCHLÜRMANN et M. Philip RIDDER, pour avoir contribué à la rédaction de ce manuscrit.

¹ www.ouest-france.fr, 4 sept. 2014 : « Navire Mistral. Stopper la livraison est très grave »

² *Spiegel*-online, 9 oct. 2014, « Streit mit Frankreich – Russland pocht auf Auslieferung der Hubschrauberträger : Gekauft ist gekauft : Russland drängt auf die Lieferung der bei Frankreich bestellten "Mistral"-Kriegsschiffe. Der Sprecher des russischen Außenministeriums », A. LUKASCHEWITSCH, « sagte, Verträge müssten eingehalten werden. Entweder liefere Frankreich - oder es müsse das Geld zurückzahlen. »

³ Cf. LAROMET, *Droit civil*, t. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 446; WELLER, « Die Vertragstreue », 2009.

⁴ <http://fr.ria.ru/world/20140925/202529021.html>.

Selon le contrat, le premier navire, le Vladivostok, doit être remis à la Russie en novembre 2014.

Pourtant, le côté français a annoncé en septembre 2014 que les conditions pour la livraison du premier navire n'étaient plus réunies compte tenu de la crise en Ukraine. Quelques jours plus tard, un porte-parole de l'Élysée a fait marche arrière et a expliqué que la livraison du navire n'était pas suspendue et que la déclaration préalable n'entraînait aucune conséquence juridique⁵. La situation semble compliquée. Le contrat Mistral, dans l'hypothèse d'un embargo anti-russe, peut-il éventuellement perdre sa cause où va-t-il poursuivre une cause illicite?

B. – *Le contrat – instrument « dangereux » du droit privé*

La théorie de la cause⁶ est, selon Philippe Malaurie, « un des symboles de l'esprit juridique français »⁷ ou, selon Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, « une pièce maîtresse du système français des obligations »⁸. En droit comparé, on trouve une pléiade d'études sur la cause⁹. La critique étrangère est parfois sévère: « La cause has in practice proved to be abstruse : difficult to define, unsatisfactory in application, and even artificial in conception as a test »¹⁰. Néanmoins, on comprend mieux la théorie de la cause si on la met en relation avec les effets d'un contrat valablement conclu. La cause constitue « a general test for the differentiation of an unenforceable contract and an unenforceable agreement »¹¹.

1. *Gerhard Kegel*

Quant à leurs effets, les contrats s'avèrent être des instruments « dangereux ». Cette caractérisation marquante remonte à Gerhard Kegel, fameux internationaliste de l'Université de Cologne. Il avait pu dire : les

⁵ <http://fr.ria.ru/world/20140925/202529021.html>.

⁶ Cf. e.g. H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd. 1927; GHESTIN, *Traité de Droit Civil – La Formation du contrat*, 1993, p. 817 et s.; MARTY, RAYNAUD, *Les Obligations*, 2^{ème} éd. 1988, t. 1 – *Les sources*, p. 193 et s.

⁷ MALAURIE, *JCP G* 2008.I.204.

⁸ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 603.

⁹ HÜBNER, CONSTANTINESCO, *Einführung in das französische Recht*, 4^{ème} éd. 2001, p. 166; MARSH, « Comparative Contract Law », 1996, p. 95 et s.; OWSIA, « Formation of contract », 1995, p. 141; RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3^{ème} éd. 2009, p. 1047, 1134 et s.; J. SCHMIDT, « Der Vertragsschluss », 2014, p. 38 et s.; WESTERMANN, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, 1967; ZWEIGERT, KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^{ème} éd. 1996, p. 375.

¹⁰ OWSIA, *Formation of contract*, 1995, p. 141.

¹¹ OWSIA, *Formation of contract*, 1995, p. 141.

contrats sont dangereux et ils doivent être dangereux¹². Une fois que l'on a compris ce danger, on a compris le rôle de la cause.

2. Comparaison des effets

Pourquoi est-ce qu'on peut parler avec Kegel du « danger » des contrats ? Le « danger » tient au fait que les effets des contrats se distinguent nettement des effets des obligations non-contractuelles¹³.

a) Obligations non-contractuelles : fonction conservatrice

Comparons premièrement les contrats aux délits. Les derniers ne donnent droit qu'à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à la remise en place de la situation *ante delictum*¹⁴. Deuxièmement, dans le cadre de l'enrichissement sans cause, le débiteur est contraint à restituer au créancier les prestations qui ne lui reviennent pas¹⁵. Et troisièmement, la gestion d'affaires sans mandat ne donne droit au gérant qu'à un remboursement par le maître de l'affaire des dépenses exposées¹⁶.

Les obligations non-contractuelles visent donc toutes une même fonction conservatrice, consistant en le rétablissement d'un état antérieur, statique. Leurs effets sont orientés vers le *statu quo ante*. Il s'agit de préserver la répartition établie des biens.

b) Obligations contractuelles : fonction d'allocation

Par contraste flagrant, les obligations contractuelles ont pour effet de changer le statu quo, de réaménager la répartition des biens. Le contrat est tourné vers le futur, sa fonction est modificatrice, dynamique. En Allemagne, le contrat est d'ailleurs gratifié du titre de « roi du droit privé »¹⁷.

¹² KEGEL, *Vertrag und Delikt*, 2002.

¹³ Cf. aussi G. HAGER, « Traditional and Modern Theories of Contract Law », in STÜRNER, KAWANO (ed.), *International Contract Litigation*, 2011, p. 22, 25 ; RITTNER, « Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens », *JZ* 2011, 269 ff.

¹⁴ En Allemagne: §§ 823 ff., 249 ff. *BGB* (Naturalrestitution). En France art. 1382 C. civ.

¹⁵ En Allemagne: §§ 812 ff. *BGB* (Herausgabe des Erlangten). En France cf. art. 1303 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 : « En dehors des cas de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui est appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

¹⁶ En Allemagne: §§ 683 S. 1, 677, 670 *BGB* (Aufwendungersatz); en France cf. art. 1301-2 alinéa 2 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 : « Il (= le maître de l'affaire) rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion. »

¹⁷ JAHN, « Der König des Privatrechts », *FAZ*, 3.5.2010, p. 12.

Seul le contrat permet l'allocation efficiente des biens dans une société moderne¹⁸. Déjà le grand juriste français Jean Domat avait constaté en 1702 : « L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile (...). C'est principalement par les conventions, (que les hommes) s'accommodent »¹⁹. Aujourd'hui, l'analyse économique du droit attribue au contrat une efficacité au niveau « Pareto »²⁰, du nom de l'économiste italien Vilfredo Pareto, c'est-à-dire le degré d'efficacité le plus élevé ne pouvant être atteint par les obligations non-contractuelles.

Pour réaliser sa fonction d'allocation, le contrat force le débiteur à exécuter la prestation promise en nature²¹. Or, l'exécution forcée en nature peut s'avérer très sévère pour le débiteur, comme le montre l'exemple des porte-hélicoptères pour la Russie. La sanction subsidiaire des dommages-intérêts pour inexécution, quant à elle, peut se révéler incalculable pour le débiteur, puisque le créancier doit être placé pécuniairement dans une situation future, hypothétique – comme si le contrat avait été exécuté. C'est au regard de cette obligation d'exécution en nature, effet dangereux, que le droit des contrats, dans tous les systèmes juridiques, est sujet à des précautions consistant soit à rendre plus difficile la conclusion du contrat, soit à en atténuer ses effets.

C. – Code civil actuel : La cause, instrument pour maîtriser le « danger » des contrats

Le Code civil actuel se sert du concept de cause pour maîtriser le « danger » des contrats au stade de leur conclusion. L'article 1108 Code civil énonce quatre conditions pour la validité d'une convention. Outre le consentement, la capacité de contracter et l'objet certain, la naissance d'un contrat nécessite une cause. L'article 1131 Code civil ajoute : « L'obligation

¹⁸ Sir H. SUMNER MAINE, professeur à l'Université de Cambridge au 19^{ème} siècle, constate que la révolution industrielle est accompagnée par une révolution contractuelle. D'après lui, les anciennes relations familiales et tribales sont substituées par des relations contractuelles : « from status to contract ». Cf. MAINE, *Ancient Law*, 1861, Chapter V, p. 139 et suivants : « The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The Individual is steadily substituted for the Family (...). [It is not] difficult to see what is the tie between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the Family. It is Contract. (...) we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract. »

¹⁹ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Première Partie, Livre Premier, 1702, p. 19.

²⁰ WELLER, « Die Vertragstreue », 2009, p. 354.

²¹ Cf. art. 1221 du projet d'ordonnance de 2015 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable. »

sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » La doctrine française a dégagé deux fonctions principales de la cause : la justification et la limite de la liberté contractuelle²².

1. La cause – justification de l'exécution en nature

Premièrement, la cause a une fonction justificative²³ : elle justifie le contrat et avec lui son obligation dangereuse d'exécution en nature²⁴. Il ne suffit pas que le débiteur ait voulu l'obligation ; il faut aussi qu'elle ait une cause licite²⁵. Le débiteur utilise son obligation comme moyen pour atteindre un certain but : son obligation est motivée²⁶, c'est à dire « causée »²⁷. La cause est donc le « pourquoi » de l'obligation²⁸.

Dans les contrats à titre onéreux²⁹ la cause consiste dans l'avantage ou dans la contrepartie que chaque cocontractant espère tirer du contrat³⁰. Les contrats synallagmatiques sont donc simples à appréhender³¹ : d'après la célèbre analyse d'Henri Capitant³², la cause de chaque obligation est l'exécution de l'obligation réciproque, c'est-à-dire l'exécution de la contre-prestation³³. Par exemple, dans le contrat de vente, l'obligation de l'acheteur à payer le prix a pour cause la livraison et l'acquisition de la propriété de la

²² MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 603 ; J. SCHMIDT, *Der Vertragsschluss*, 2014, p. 38 et s.

²³ Cf. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1923 ; MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 619, 622 : « La cause constitue l'élément justifiant la force obligatoire de l'obligation. »

²⁴ LAROUMET, *Droit civil*, T. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 440 : « La cause est toujours envisagée du côté de la dette pour la justifier et non pas du côté de la créance. »

²⁵ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 604 ; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE *droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd. 2013, n° 336.

²⁶ LAROUMET, *Droit civil*, t. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 440 : « La motivation de la volonté constitue la théorie de la cause. »

²⁷ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 604.

²⁸ LAROUMET, *Droit civil*, t. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 441.

²⁹ Cf. art. 1105 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. »

³⁰ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 614 ; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd. 2013, n° 338-339.

³¹ Cf. art. 1104 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »

³² CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1923.

³³ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 614, 619 ; FLOUR, AUBER, SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 14^{ème} éd. 2010, n° 262 ; BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil – Les obligations*, 12^{ème} éd. 2010, n° 874.

chose vendue³⁴. Pourtant, selon une position convaincante de la doctrine, la cause ne devrait pas être un instrument du juge pour contrôler si l'obligation du débiteur a une contrepartie équilibrée. L'équivalence des prestations relève plutôt de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire que chaque partie doit juger et poursuivre ses intérêts individuellement, sans que le juge puisse intervenir³⁵.

Plus compliquée apparaît la question de la cause dans les contrats à titre gratuit³⁶, tels que la donation. Ici, la cause consiste dans le motif du donateur de faire un plaisir au donataire³⁷. Toutefois, on ne recherche pas le motif concret de chaque donateur individuellement. La fonction justificative de la cause repose plutôt sur une conception bien abstraite : l'intention libérale est suffisante (*animus donandi*)³⁸.

En résumé, la cause justifiant la force obligatoire du contrat est donc appréhendée suivant une conception objective et abstraite³⁹. Le contrat doit être motivé par un intérêt objectif et abstrait du débiteur. Cet intérêt peut tenir soit à la contrepartie espérée soit à la libéralité.

2. La cause – limitation de l'exécution en nature

Deuxièmement, la cause a une fonction limitative⁴⁰. Elle limite les effets contractuels dès que ceux-ci heurtent l'ordre public ou les bonnes mœurs. Cette fonction apparaît à la lecture de l'article 1133 Code civil: « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

Cependant, par opposition à la fonction justificative pour laquelle est mise en œuvre une conception objective et abstraite de la cause, la fonction limitative de la cause est assurée par le recours à une conception subjective

³⁴ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 614 ; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd. 2013, n° 333 ; FLOUR, AUBER, SAVAUX *Droit civil – Les obligations*, t. I *L'acte juridique*, 14^{ème} éd. 2010, n° 256.

³⁵ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 623. Cf. aussi art. 1170 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. ».

³⁶ Cf. art. 1105 alinéa 2 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 : Le contrat « est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie. ».

³⁷ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 614, 621 ; FLOUR, AUBER, SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, t. I *L'acte juridique*, 14^{ème} éd. 2010, n° 256.

³⁸ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 614, 621 ; BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil – Les obligations*, 12^{ème} éd. 2010, n° 876.

³⁹ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 621 et s.

⁴⁰ FERID, SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, 2. Aufl. 1994, Band 1/1 – Allgemeine Lehren, n° 1 F 605 et s. : « Erlaubtheitsfunktion ».

et concrète de la notion⁴¹. Le juge doit rechercher le motif déterminant du débiteur⁴². Si celui-ci est illicite, l'obligation est nulle⁴³.

D. – *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015*

I. *Le contrat consensuel*

Le projet d'ordonnance de 2015 choisit une approche différente de celle du Code civil actuel⁴⁴. Le contrat est défini comme « accord de volontés (...) destiné à créer des effets de droit »⁴⁵. Le contrat, en principe, est conçu de façon purement consensuelle⁴⁶ : « Il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression »⁴⁷. Il ressemble par cela au modèle allemand remontant à Savigny, Puchta et Windscheid, selon lesquels le contrat est « *eine Vereinigung zweier Willenserklärungen* »⁴⁸.

La base de ce modèle consensuel est la théorie de l'autonomie de la volonté, selon laquelle seule la volonté d'un individu peut justifier qu'il soit assujéti à d'autres personnes⁴⁹. Le débiteur est obligé parce qu'il l'a voulu⁵⁰. De l'autonomie de la volonté découle la liberté contractuelle⁵¹. Autrement dit, la volonté peut se donner à elle-même sa propre loi, le contrat tire sa force contraignante de la rencontre des volontés⁵². Célèbre est l'article 1134 du Code Civil⁵³ : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi

⁴¹ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 621 ; FLOUR, AUBER, SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, t. I *L'acte juridique*, 14^{ème} éd. 2010, n° 270.

⁴² MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 626 ; FLOUR, AUBER, SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, t. I *L'acte juridique*, 14^{ème} éd. 2010, n° 268.

⁴³ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n° 627 ; BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil – Les obligations*, 12^{ème} éd. 2010, n° 882.

⁴⁴ Cf. aussi le propos de F. TERRÉ, « Pour une réforme du droit des contrats », *Dalloz* 2008. À ce sujet MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz* 2009, p. 1364 et s.; HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats et ses commentaires », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 28 et s.

⁴⁵ art. 1101 du projet d'ordonnance de 2015.

⁴⁶ Cf. art. 1171 al. 1 du projet d'ordonnance de 2015 (principe du consensualisme) : « Le contrat est parfait par le seul échange des consentements des parties. »

⁴⁷ art. 1107 al. 1 du projet d'ordonnance de 2015 (définition du contrat consensuel).

⁴⁸ Cf. WELLER, « Die Vertragstreue », 2009, p. 69 et s.

⁴⁹ TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd., 2013, n° 20 et s.

⁵⁰ TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd., 2013, n° 28.

⁵¹ art. 1102 al. 1 du projet d'ordonnance de 2015 (principe de liberté contractuelle) : « 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. »

⁵² TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd., 2013, n° 21.

⁵³ Formulation identique : art. 1194 du projet d'ordonnance de 2015.

à ceux qui les ont faites.» Nonobstant qu'en Allemagne la force contraignante des contrats ne soit pas stipulée de manière expresse dans le *BGB*, le droit allemand adhère implicitement à la même idée directrice : *pacta sunt servanda*⁵⁴.

2. La suppression de la cause

La conséquence du concept du contrat purement consensuel est la suppression de la cause comme condition de validité. Selon l'article 1127 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015, ne sont nécessaires pour la formation du contrat que « (1) le consentement des parties, (2) leur capacité de contracter, (3) un contenu licite et certain »⁵⁵.

Pourtant, bien que la volonté des parties soit la *conditio sine qua non* de chaque contrat, un système juridique n'entérine normalement pas n'importe quel accord, indépendant de sa formation ou de son contenu⁵⁶. Un contrat tire sa force obligatoire non pas du droit naturel, mais plutôt du droit positif⁵⁷.

Ainsi dans le projet d'ordonnance, comme Guillaume Wicker l'a démontré dans son intervention, la cause n'a été supprimée que textuellement. Matériellement, les fonctions de la cause ont été incorporées de manière plus ou moins équivalente dans des notions juridiques voisines. Pour démontrer les solutions alternatives à la cause, il convient de comparer le projet de réforme français avec les solutions du droit allemand, puisque celui-ci traite les fonctions qui en France sont couvertes par la cause avec des concepts différents.

E. – Solutions alternatives à la cause : Comparaison du projet de réforme français avec le droit allemand

Quelles sont les solutions alternatives à l'instrument de la cause pour maîtriser le « danger » des contrats? Elles se situent tant au niveau de la conclusion du contrat qu'au niveau de son exécution⁵⁸.

⁵⁴ WELLER, « Die Vertragstreue », 2009, p. 26 et s.

⁵⁵ art. 1127 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 (conditions de validité).

⁵⁶ TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11^{ème} éd., 2013, n° 28.

⁵⁷ WELLER, « Die Vertragstreue », 2009, p. 165 et s.

⁵⁸ LAROMET, *Droit civil*, t. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 443.

1. Justification de l'exécution de l'obligation

Quant à la fonction justificative, la cause joue premièrement un rôle de critère du sérieux⁵⁹. Ce rôle peut alternativement être assuré soit par un élément réel, soit par une formalité, surtout pour les contrats à titre gratuit. En Allemagne, la validité d'une donation faite instantanément est subordonnée à la remise de la chose (§ 516 BGB). Par contre, la condition de validité pour une donation future est l'observation d'un acte authentique (§ 518 BGB).

S'agissant des contrats synallagmatiques, ils sont parfaits par le seul échange des consentements. Toutefois, le droit allemand protège le débiteur au niveau de l'exécution du contrat⁶⁰. Le débiteur peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne (§ 320 BGB). Cette exception d'inexécution protège le débiteur contre l'accomplissement de sa prestation sans recevoir la contre-prestation. De plus, en cas d'impossibilité de la prestation en nature (§ 275 BGB), le débiteur de la contre-prestation (du prix) est libéré automatiquement de plein droit (§ 326 alinéa 1 BGB).

Le projet de réforme français connaît des instruments similaires pour protéger le débiteur dans les contrats à titre onéreux : la contrepartie illusoire ou dérisoire des contrats onéreux entraîne la nullité du contrat (article 1167), la caducité en cas de la disparition d'un élément constitutif met fin au contrat entre les parties (article 1186 et 1187) et l'exception d'inexécution permet à une partie de refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne (article 1219).

2. Limitation de l'exécution de l'obligation

Quant à la fonction de la cause limitant certains effets illicites d'un contrat, le droit allemand se sert, au stade de la conclusion du contrat, de la notion de bonnes mœurs⁶¹. Un contrat qui viole les bonnes mœurs (§ 138 BGB) ou qui ne respecte pas une interdiction légale (§ 134 BGB) est nul.

Similairement, l'article 1161 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats reprend le rôle limitatif de la cause : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but (...). » La notion de but du contrat, qui ne doit pas contrarier l'ordre public, vise à éliminer les prévisions qui sont actuellement couvertes par la notion de la « cause illicite ».

⁵⁹ M. FERID et H.J. SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, vol. 2, 1994, Band 1/1 – Allgemeine Lehren, n° 1 F 605 et s. : « Seriositätsfunktion ».

⁶⁰ Cf. aussi LAROUMET, *Droit civil*, t. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 443.

⁶¹ LAROUMET, *Droit civil*, t. III *Les Obligations – Le Contrat*, 2^{ème} éd. 1991, n° 443.

F. – *Bilan*

Tirons un bilan. Dans le Code civil actuel, la cause est une conception complexe du droit français puisqu'elle englobe deux fonctions différentes : la fonction justificative avec une conception objective et abstraite et une fonction limitative avec une conception subjective et concrète. Cette double-fonction perturbe le commerce. Vu sous cet angle, la suppression de la cause dans le projet de réforme français semble compréhensible⁶².

Pourtant, les intérêts matériels qui se cachent actuellement derrière la notion de la cause ne disparaissent pas avec la suppression du simple terme « cause ». Le droit doit y répondre par des solutions différentes. Celles-ci sont très dispersées dans le projet d'ordonnance et, ainsi, pas moins compliquées que la cause.

G. – *Épilogue*

Retournons encore une fois à Saint Nazaire. Dans le Code civil actuel, la notion de la cause illicite offre probablement un moyen pour légitimer une cessation de délivrance du porte-hélicoptère Mistral suite à un éventuel embargo anti-russe, puisqu'elle vise les prévisions dont l'exécution en nature s'avère prohibée par la loi (article 1133 Code civil), soit lors de la formation, soit pendant l'exécution du contrat⁶³. Ici la délivrance pourrait devenir illicite et ainsi perdre sa cause, suite à une éventuelle décision d'embargo par le gouvernement français.

Le droit allemand présenterait des solutions similaires, mais avec une justification différente : un embargo constituerait probablement une impossibilité légale de délivrer le navire (§ 275 alinéa 1 *BGB*), ce qui libère le débiteur. C'est la solution adoptée par le projet de réforme français⁶⁴ dont l'article 1328 prévoit, à l'instar du droit allemand, l'impossibilité d'exécuter la prestation⁶⁵. Le projet d'ordonnance est donc plus proche du droit allemand que le Code civil actuel.

⁶² Autre avis TOURNAFOND, *Recueil Dalloz* 2008, p. 2607 : « La disparition de la théorie de cause de notre droit aurait les effets les plus nocifs et les plus injustes. ».

⁶³ D'après H. CAPITANT, la cause est un élément permanent du contrat qui doit durer pendant toute l'exécution, cf. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd., 2011, n° 619.

⁶⁴ Pourtant, les notions de but du contrat (art. 1161), de caducité (art. 1186) ou de changement de circonstances imprévisible (art. 1196) ne comprennent pas forcément un embargo.

⁶⁵ Art. 1328 : « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est irrémédiable, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été mis en demeure. »

Cela démontre que, bien que la notion de cause et les solutions alternatives soient complexes, elles sont tout de même assez souples pour permettre de stopper la délivrance d'un navire de guerre à un pays qui a commencé à violer le droit international public.

PARTIE V

LE NOUVEAU RÉGIME DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

LE NOUVEAU RÉGIME DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

Hélène BOUCARD*

I. L'inexécution contractuelle est l'un des sujets de discorde dont résulte le curieux processus de réforme du droit français des obligations¹.

En effet, la controverse doctrinale sur la responsabilité contractuelle² a concouru à la rivalité des avant-projets Catala et Terré³, laquelle a favorisé l'enlèvement de la réforme. Le procédé expéditif choisi par le pouvoir politique pour l'accélérer démembre la matière : la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, sera apparemment laissée au Parlement tandis que le reste, contrat, quasi-contrat et régime de l'obligation, revient au Gouvernement grâce à la voie hybride d'une ordonnance.

Ainsi s'expliquait, dans l'avant-projet d'ordonnance du 23 octobre 2013, le vide de la Sous-Section dédiée aux dommages et intérêts, avec la mention sibylline d'une « reprise à droit constant, sous réserve d'aménagements » des articles 1146 et suivants du Code civil – dont il n'est pas sûr que la révision soit aussi pressante qu'on se plaît à le dire. À cet

* Professeur à l'Université de Poitiers, équipe de recherche en droit privé. L'auteur remercie M^{me} V. BORDAS, doctorante à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, d'avoir prononcé cette communication en son nom lors des Journées franco-allemandes des 23 et 24 octobre 2014.

¹ V. ci-avant notre contribution « La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », et les références.

² V. H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz* v° Responsabilité contractuelle, 2014, n° 1 et s. et les références.

³ P. CATALA (dir.) *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. Pascal Clément, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, 22 sept. 2005, La documentation française 2005 ; F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit des contrats* Dalloz 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* Dalloz 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations* Dalloz 2013 (sauf indication contraire, il est renvoyé ci-après au premier volume).

égard, l'avant-projet gouvernemental marquait semble-t-il un double revers de l'avant-projet Terré auprès de la Chancellerie. De même que l'avant-projet Catala, l'article 125 et l'intitulé de la Sous-Section fantôme concevaient les dommages et intérêts comme « la réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle », et non comme la satisfaction par équivalent de l'avantage légitimement escompté par le créancier. En outre, cette incomplétude de l'avant-projet d'ordonnance ne permettait pas de rompre avec la présentation « éclatée » des remèdes à l'inexécution dénoncée par le Doyen Tallon⁴.

L'avant-projet du 23 octobre 2013 est devenu le projet d'ordonnance du 25 février 2015⁵, avec une renumérotation codifiée des articles, par ailleurs inchangés. De manière comparable à l'avant-projet de 2013, l'article 1217 *in fine* du projet de 2015, introduisant la Section 4 consacrée à « L'inexécution du contrat », vise la « réparation des conséquences de l'inexécution », et la Sous-Section 5 dédiée aux dommages et intérêts contractuels conserve l'intitulé initial, « la réparation du préjudice causé par l'inexécution ». Il s'agit donc, de nouveau, de responsabilité contractuelle telle que l'entend l'opinion dominante. En revanche, en attendant une hypothétique réforme de la responsabilité civile, le vide de cette Sous-section est formellement comblé, à droit constant ou quasiment. Les articles 1231 et suivants du projet correspondent en substance aux actuels articles 1146 et suivants du Code civil⁶, à l'exception notable de l'article 1148 relatif à la force majeure et au cas fortuit, remplacé par un nouvel article 1218⁷.

Enfin, les rédacteurs de la Chancellerie s'essaient à une synthèse des propositions Catala et Terré qui ne favorise pas toujours la cohérence du projet d'ordonnance. Lorsqu'ils s'inspirent plus étroitement de l'une ou l'autre, souvent l'avant-projet Terré pour l'inexécution contractuelle, ils ne lui sont pas fidèles. D'autant qu'une belle langue n'est pas mise au service d'un beau droit : nombre de dispositions du projet d'ordonnance, trop concises, en deviennent imprécises et imparfaites.

⁴ D. TALLON « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994 p. 223 et s.

⁵ <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html>.

⁶ L'art. 1231 du projet correspond à l'art. 1146 C. civ., avec la soustraction de la phrase finale relative à la forme de la mise en demeure ; l'art. 1231-1 du projet correspond à l'art. 1147 C. civ. ; l'art. 1231-2 du projet correspond à l'art. 1149 C. civ. ; l'art. 1231-3 du projet correspond à l'art. 1150 C. civ. ; l'art. 1231-4 du projet correspond à l'art. 1151 C. civ. ; l'art. 1231-5 du projet à l'art. 1152 C. civ., avec l'ajout d'une phrase finale : « Sauf convention contraire, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure » (rapp. art. 1230 C. civ.) ; l'art. 1231-6 du projet correspond à l'art. 1153 C. civ., avec la reformulation de l'alinéa 3 concernant la forme de la mise en demeure ; l'art. 1231-7 correspond à l'art. 1153-1 C. civ. ; l'art. 1321-2 doit être rapproché de l'art. 1154 C. civ.

⁷ Sur lequel v. *infra* n° 2, 15.

2. Le contexte polémique étant ainsi éclairé, on peut s'attacher au nouveau régime de l'inexécution contractuelle, ses lacunes comme ses apports.

D'une part, les silences ne sont pas forcément des oublis. Très classiquement, l'inexécution n'est définie que par opposition au paiement⁸, « l'exécution de la prestation due » selon l'article 1320⁹, l'article 1217¹⁰ se contentant d'opposer absence de prestation et prestation imparfaite. N'apparaît pas non plus la division des obligations dites de moyens et de résultat¹¹, consacrée par l'avant-projet Catala et écartée par l'avant-projet Terré.

En revanche, il est fâcheux qu'hormis l'article 1186¹², le projet, dont ses articles 1200 et 1201¹³, ne règle pas les effets de l'inexécution contractuelle envers les tiers, alors qu'ils divisent la doctrine (dont les avant-projets Catala et Terré) et nourrissent le contentieux¹⁴. L'aménagement conventionnel de l'inexécution est pareillement délaissé¹⁵, à l'exception de l'article 1168 qui prohibe la clause privant de sa substance l'obligation essentielle¹⁶, et de l'article 1169¹⁷ qui autorise le juge à éradiquer une clause abusive. L'avant-projet Terré est plus disert, dont l'article 102 rappelle que l'inexécution qualifiée, dol ou faute lourde, tient en échec les clauses élusives ou limitatives des remèdes.

D'autre part, les apports sont de valeur inégale.

On peut saluer la consécration à l'article 1323¹⁸ (issu de l'avant-projet Terré¹⁹) de la demeure du créancier²⁰. Mais au-delà de l'empêchement et de

⁸ V. par ex. H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz* v° Responsabilité contractuelle, 2014, n° 207 et s. et les références.

⁹ Art. 185 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

¹⁰ Art. 125 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

¹¹ V. par ex. H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz* v° Responsabilité contractuelle, 2014, n° 222 et s.

¹² Art. 94 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013 ; v. *infra* n° 17 à propos de la disparition du contrat dans les ensembles contractuels.

¹³ Art. 108 et 109 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013

¹⁴ V. par ex. H. BOUCARD *ibid.* n° 138 et s. pour les dommages et intérêts.

¹⁵ V. par ex. H. BOUCARD *ibid.* n° 92 et s., 487 et s. ; C. CHABAS *Rép. civ. Dalloz* v. Résolution – Résiliation, 2010, n° 95 et s. (*adde* Civ. 3^e, 3 nov. 2011, p. 10-26203, B. III n° 178, *RTD civ.* 2012 p. 114 obs. B. FAGES) ; O. DESHAYES *Rép. civ. Dalloz* v° Exception d'inexécution, 2011, n° 23 et s.

¹⁶ Art. 76 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

¹⁷ Art. 77 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

¹⁸ Art. 204 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013. « Lorsque le créancier refuse, à l'échéance et sans motif légitime, de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution... » La syntaxe est incorrecte car c'est, *in fine*, de l'obligation dont il s'agit.

¹⁹ F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du régime général des obligations* Dalloz 2011, art. 79.

²⁰ À supposer qu'elle se distingue d'une demeure du débiteur (et tel n'est pas le cas lorsque le créancier tarde à exécuter ses propres obligations), et qu'elle ne soit pas non plus confondue avec les incombances (*Obliegenheiten*) du créancier, v. par ex. H. BOUCARD *L'agrégation de la livraison*

la non-réception du paiement par le créancier, l'implication de ce dernier dans la survenance de l'inexécution et/ou de ses suites est négligée²¹.

L'inexécution imputée au débiteur apparaît en creux de l'inexécution fortuite. Celle-ci est visée par l'article 1218²² définissant la force majeure contractuelle, puis par les articles 1328²³ et 1328-1²⁴ relatifs à l'impossibilité d'exécution. Toutes dispositions marquées par l'avant-projet Terré, et pour les dernières guère mieux rédigées que les articles 1302 et 1303 du Code civil, mais le sujet est ardu. On se bornera ici à regretter la disparition, au sein de la cause étrangère de l'article 1147 du Code civil, de la différenciation entre cas fortuit et force majeure de l'article 1148²⁵. Si l'opinion majoritaire la juge désuète, l'article 1349 de l'avant-projet Catala la perpétue.

3. Le principal apport du projet intéresse les « remèdes » à l'inexécution contractuelle. Comme l'article 97 de l'avant-projet Terré, la Section qui leur est consacrée se compose d'une énumération liminaire à l'article 1217²⁶, détaillée pour chacun dans des Sous-Sections. Pour l'exception de compensation, il faut se reporter au régime général de l'obligation, aux articles 1325 et suivants du Titre IV.

Les articles 1217 et suivants se caractérisent par deux tendances principales.

La première tendance, manifeste, consiste dans la généralisation et/ou la déjudiciarisation de la plupart des remèdes à l'inexécution. Leur généralisation résulte de ce que ceux ne figurant que dans des dispositions particulières à certains contrats, au premier rang la vente, sont désormais inscrits dans les dispositions du droit commun du contrat. Tel est le cas de la suspension et de la réduction de l'obligation corrélative de celle inexécutée. Influencée par les instruments internationaux d'unification et rapprochant le Code civil du *Bürgerliches Gesetzbuch*, la déjudiciarisation des remèdes s'entend d'une inversion de la charge du procès. Au prononcé judiciaire d'un remède sollicité par le créancier se substitue, en cas de litige et après-coup, un contrôle judiciaire du remède exercé de manière unilatérale. Tel est le cas, en partie, de l'exécution aux frais du débiteur, et de la réduction de l'obligation corrélative ainsi que de la résolution du contrat.

dans la vente, *Essai de théorie générale* Université de Poitiers diff. Lgdj 2005 préf. P. REMY n° 150, 492 et s. et les références.

²¹ V. par ex. H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz v. Responsabilité contractuelle*, 2014, n° 288 et s., 389 et s. ; C. CHABAS *Rép. civ. Dalloz v. Résolution – résiliation* 2010 n° 51 et s.

²² Art. 126 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

²³ Art. 213 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

²⁴ Art. 214 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

²⁵ V. H. Boucard *Rép. civ. Dalloz v. Responsabilité contractuelle*, 2014, n° 255 et s., 275 et s.

²⁶ Art. 125 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

La seconde tendance, plus discrète et embryonnaire, réside dans la hiérarchisation et la combinaison des remèdes. Leur graduation en fonction de leur gravité ressort des conditions posées à leur exercice, prolongées par les pouvoirs reconnus au juge. Cette hiérarchisation intéresse notamment l'exécution forcée en nature et la résolution du contrat. La combinaison des remèdes à l'inexécution, quant à elle, consiste à additionner ceux qui sont compatibles et imposerait de moduler les dommages et intérêts complémentaires.

La tendance manifeste à la généralisation et/ou à la déjudiciarisation des remèdes à l'inexécution précède et révèle celle, plus discrète, à leur hiérarchisation et à leur combinaison.

I. GÉNÉRALISATION ET/OU DÉJUDICIARISATION DES REMÈDES À L'INEXÉCUTION

4. Suivant l'ordre de l'article 1217, il convient d'isoler la résolution, qui conduit à la disparition du contrat, des sanctions qui, soit sont neutres et ne présagent pas de son sort, comme la suspension de l'obligation corrélative, soit tendent à la préservation du contrat, comme l'exécution forcée en nature ou la réduction de l'obligation corrélative.

A. – *La préservation du contrat*

5. Si la suspension de l'exécution de l'obligation corrélative de celle inexécutée se voit généralisée, sa déjudiciarisation n'a pas lieu d'être : il s'agit déjà d'un remède de justice privée. L'exécution forcée en nature de l'obligation n'est ni réellement généralisée ni entièrement déjudiciarisée, tandis que la réduction de l'obligation corrélative est à la fois généralisée et déjudiciarisée.

1. *Suspension de l'exécution de l'obligation corrélative*

6. La suspension de l'exécution de l'obligation corrélative annoncée par l'article 1217 est prévue aux articles 1219 et 1220²⁷ lui redonnant sa dénomination traditionnelle, l'exception d'inexécution²⁸. Elle diffère de la suspension du contrat lui-même, prévue par l'article 1218 en cas

²⁷ Art. 127 et 128 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

²⁸ Sur laquelle v. par ex. O. DESHAYES *Rép. civ. Dalloz* v^o Exception d'inexécution, 2011, et les références ; *adde* W. DROSS « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014 p. 1 et s.

d'empêchement temporaire dispensant chaque partie de ses obligations²⁹. La généralisation de l'exception d'inexécution ne s'accompagne d'aucune déjudiciarisation puisqu'il s'agit précisément d'un remède extrajudiciaire. Une mise en demeure préalable n'est pas même nécessaire. Les articles 1219 et 1220 sont lapidaires : ils posent le principe de la suspension de l'exécution de l'obligation corrélative sans en fixer le régime. À leur suite, on distinguera l'inexécution avérée et l'inexécution anticipée.

a) L'inexécution avérée

7. L'article 1219 généralise l'exception d'inexécution qui figure dans des textes propres à certains contrats, au premier rang la vente. Pour autant, il se ramène à une codification minimale de l'acquis jurisprudentiel. En effet, si les auteurs et la Cour de cassation ont de longue date systématisé l'exception d'inexécution dans les contrats synallagmatiques, des interrogations subsistent sur sa mise en œuvre. Or l'apport du texte est assez limité pour laisser les parties sans guide, et pour qu'en cas de litige, le juge soit libre de reproduire, ou non, les solutions actuelles. Spécialement, l'article 1219 n'indique pas si le mécanisme se cantonne aux contrats synallagmatiques parfaits, s'il nécessite la connexité des obligations réciproques, ni à quelle partie incombe le fardeau de la preuve³⁰.

L'exigence d'une « inexécution [...] suffisamment grave » mérite d'être précisée. Ne semble visé qu'un refus total du créancier consécutif à une inexécution totale du débiteur, à l'exclusion d'un refus partiel opposé à une défaillance partielle. En réalité, il faut (à supposer qu'il le faille³¹) mais il suffit que l'exception soit proportionnée à l'inexécution alléguée³², comme l'indique l'article 103 de l'avant-projet Terré. L'inexécution suffisamment grave du débiteur est donc celle légitimant le refus d'exécution tel qu'il est opposé par le créancier, ce que le juge apprécie en cas de litige.

b) L'inexécution anticipée

8. Suivant l'article 104 de l'avant-projet Terré, l'article 1220 admet l'exception pour risque d'inexécution, ou pour anticipation de l'inexécution³³. Elle figure déjà dans des textes relatifs à la vente, soit

²⁹ Art. 126 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013. Cf. l'art. 1157 de l'avant-projet CATALA, associant les deux mécanismes.

³⁰ Cf. l'art. 1157 de l'avant-projet CATALA.

³¹ V. O. DESHAYES *ibid.* n° 16, 78.

³² V. O. DESHAYES *ibid.* n° 77 et s.

³³ V. not. C. CHABAS *L'inexécution licite du contrat* Lgdj 2002 préf. J. GHESTIN n° 333 ; O. DESHAYES *ibid.* n° 66 et s. ; A. PINNA « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003 p. 31 ; F. PARAISO *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle* Puam 2011 préf. C. ATIAS.

domestique (à l'article 1613 voire à l'article 1653 du Code civil), soit internationale (à l'article 71 de la Convention de Vienne), et on la rencontre par ailleurs dans des arrêts de la Cour de cassation. Plutôt que d'une création, il s'agit donc à nouveau d'une généralisation.

Outre que l'inexécution à venir doit être « manifeste », et ses « conséquences [...] suffisamment graves » pour le créancier, celui-ci doit notifier la suspension de sa prestation « dans les meilleurs délais ». En cas de litige, chacun de ces standards nécessite une appréciation judiciaire.

S'agissant de la gravité des conséquences de l'inexécution pour le créancier, on préférerait que l'article 1220 rappelle, ni plus ni moins, l'exigence de proportionnalité de l'exception à l'anticipation de l'inexécution. La formule choisie est issue de l'article 104 de l'avant-projet Terré, qui ne se réfère plus, comme son article 103, à la proportionnalité de l'exception, mais à la gravité des suites de l'inexécution anticipée.

Pas plus que l'avant-projet Terré, l'article 1220 ne dit mot des assurances que le débiteur peut fournir au créancier sur l'exécution de l'obligation à son terme. Pourtant c'est ce qui, dans la Convention de Vienne par exemple, donne son sens au délai dans lequel est enfermé ce remède préventif. La notification du créancier permet en effet au débiteur, avant que le terme survienne, de l'assurer du paiement. Dès lors, l'article 1220 impartit un délai dont la sanction (on suppose qu'il s'agit de la déchéance de ce remède) comme le fondement (on hésite sur la signification de cette incombance) sont indéfinis³⁴.

La suspension de l'obligation corrélative, que ce soit au titre d'une inexécution avérée ou anticipée, constitue un remède transitoire. Tôt ou tard la situation se dénoue, par l'exécution volontaire de l'obligation sinon par d'autres remèdes à l'inexécution, parmi lesquels l'exécution forcée en nature.

2. Exécution forcée en nature de l'obligation

9. L'exécution forcée en nature de l'obligation fait l'objet des articles 1221 et 1222³⁵, plus proches des articles 105 et 106 de l'avant-projet Terré que des articles 1152 et suivants de l'avant-projet Catala. L'article 1221 traite de l'exécution par le débiteur lui-même, et l'article 1222 de l'exécution par le créancier ou par un tiers aux frais du débiteur. Il en ressort que l'exécution en nature remédie aussi bien à une absence de prestation qu'à une prestation imparfaite, qu'elle corrige. Toutefois, les frontières ne

³⁴ Sur l'exigence de coopération et les délais impartis pour l'exercice des remèdes dans la Convention de Vienne, v. notre thèse *op. cit.* n° 503, 510 et s.

³⁵ Art. 129 et 130 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

sont pas tracées entre exécution et réparation en nature³⁶, exécution par autrui et résolution du contrat. La généralisation de l'exécution forcée est plus affichée qu'effective car elle s'accompagne de restrictions à son obtention. Sa déjudiciarisation est limitée à l'exécution aux frais du débiteur, et encore n'est-elle que partielle.

a) La généralisation affichée

10. *Prima facie*, l'article 1221 clarifie l'exécution forcée des obligations non monétaires. Les incertitudes actuelles sont amplifiées par une interprétation sclérosante de l'article 1142 du Code civil qui, contrairement à l'article 1184, paraît l'exclure pour les obligations de faire et de ne pas faire. Le principe de l'exécution en nature par le débiteur est désormais posé sans distinguer selon l'objet de l'obligation, faire, ne pas faire ou donner, puisque formellement cette trilogie disparaît³⁷. La différenciation des obligations positives et négatives, inconséquente sur le principe de l'exécution en nature, n'apparaît qu'à l'article 1222. Ce texte, réunissant les articles 1143 et 1144, permet au créancier d'exécuter ou de faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. En cela, les articles 1221 et 1222 s'inspirent pareillement des avant-projets Catala et Terré.

Il en va autrement des limites assignées à l'exécution forcée en nature. Certes comme l'article 1184 du Code civil, chaque proposition réserve son impossibilité, l'avant-projet Catala excluant littéralement une coercition de la personne du débiteur. Cependant comme l'avant-projet Terré, les articles

³⁶ V. par ex. C. BLOCH *La cessation de l'illicite (Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle)* Dalloz 2008 préf. R. BOUT n° 46 et s. ; E. DEBILLY *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires* Th. dactyl. Poitiers 2002 dir. R.-N. SCHÜTZ n° 37 et s. ; Y.-M. LAITHIER *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* Lgdj 2004 préf. H. MUIR WATT n° 49 et s., en faveur de l'absorption de la réparation en nature par l'exécution en nature ; P. REMY-CORLAY « Exécution du contrat en nature ou par équivalent, Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005 p. 13 et s. ; M.-È. ROUJOU de BOUBÉE *Essai sur la notion de réparation* Lgdj 1974 préf. P. HEBRAUD p. 139 et s. ; G. VINEY « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant/Lgdj 2001 p. 167 et s. ; *adde* P. GROSSER « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », *Leçons du droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas Bruylant* 2011 p. 369 et s.

³⁷ Outre que la définition du contrat par l'art. 1101 (art. 1^{er} de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013) revient à celle de la convention (« Un contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit » ; *cf.* art. 1101 C. civ. : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » ; art. 1102 de l'avant-projet CATALA), l'art. 1162 (art. 70 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013) relatif à l'objet énonce seulement que « l'obligation a pour objet une prestation ». Rapp. art. 60 de l'avant-projet TERRE ; D. HOUTCIEFF « Le contenu du contrat », *Pour une réforme du droit des contrats* dir. F. TERRÉ Dalloz 2009 p. 183, 187 et s. ; *contra* art. 1121 de l'avant-projet CATALA et Introduction par G. CORNU ; art. 1144 à 1146 et Exposé des motifs par D. R. MARTIN.

1221 et 1222 sont plus restrictifs : le premier excepte l'exécution par le débiteur dont le coût serait « manifestement déraisonnable », et le second soumet l'exécution aux frais du débiteur à son coût « raisonnable ». Ces dispositions sont de nature à heurter les tenants de la primauté de l'exécution forcée en nature³⁸. En outre, elles ne comportent aucun critère d'appréciation du caractère (dé)raisonnable, au contraire de l'avant-projet Terré subordonnant l'exécution forcée par le débiteur à un « coût » non « manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire ». Dès lors, rien n'assure un tarissement du contentieux en la matière.

b) La déjudiciarisation limitée

II. L'article 1221 ne déjudiciarise pas l'exécution forcée par le débiteur lui-même : à défaut d'exécution volontaire, le créancier doit le « poursuivre » en justice aux fins d'obtention d'un titre exécutoire, s'il n'en dispose déjà. Il en va de même, dans l'article 1222, de la condamnation à l'avance ou au remboursement des frais exposés pour l'exécution par le créancier ou par un tiers. En revanche comme l'avant-projet Terré, et c'est une innovation par rapport aux articles 1143 et 1144 du Code civil et à l'avant-projet Catala, l'article 1222 dispense le créancier d'une autorisation judiciaire préalable de procéder ou de faire procéder à la prestation ou à la destruction nécessaire à l'accomplissement de l'obligation.

Comme l'avant-projet Terré encore, les articles 1221 et 1222 subordonnent l'exécution par le débiteur ou à ses frais à une mise en demeure préalable³⁹. La solution paraît méconnaître la distinction entre termes impératif et indicatif, issue des articles 1139 et 1146 du Code civil et reproduite par l'article 1322⁴⁰. Dans l'article 1222, la solution se conçoit mieux si la mise en demeure préalable n'intéresse pas l'exigibilité de l'obligation mais, de manière analogue au *Nachfrist* allemand, laisse au débiteur la possibilité de s'exécuter plutôt que d'assumer les frais d'une exécution par autrui.

Enfin, la déjudiciarisation de l'exécution aux frais du débiteur a pour contrepartie le respect d'un délai raisonnable imparti au créancier, dont la fonction comme la sanction restent informulées, et susceptible de heurter les opposants à la multiplication des délais, *a fortiori* standards.

³⁸ Cf. Y.-M. LAITHIER « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *Exécution et réparation : deux concepts ?*, RDC 2005 p. 161 et s.

³⁹ Sur laquelle, v. B. GRIMONPREZ *De l'exigibilité en droit des contrats* Université de Poitiers diff. Lgdj 2006 préf. C. OPHELE ; du même auteur, *Rép. civ. Dalloz* v° Mise en demeure, 2009 ; R. LIBCHABER « Demeure et mise en demeure en droit français », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé* dir. M. FONTAINE et G. VINEY Bruylant/Lgdj 2001 p. 113 et s ; *adde* H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz* v° Responsabilité contractuelle, 2014, n° 211 et s.

⁴⁰ Art. 202 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

La réduction de l'obligation corrélative échappe à la plupart de ces contraintes.

3. Réduction de l'obligation corrélative

12. Les articles 1217 et 1223⁴¹ prévoyant la « réduction du prix »⁴² généralisent et déjudiciarisent un remède qui ne figure aujourd'hui que dans les textes propres à certains contrats, dont au premier chef encore la vente. On songe naturellement à la réestimation du prix à dire d'expert dans la garantie des défauts (article 1644 du Code civil), ou à sa diminution proportionnelle en cas de déficit de contenance d'un immeuble (articles 1617 et 1619). La Cour de cassation a déjà élargi ces mécanismes, par exemple avec la réfaction judiciaire du prix pour non-conformité de la marchandise délivrée dans la vente commerciale, ou en fonction de la qualité du service fourni dans le contrat d'entreprise.

Sans conteste, la généralisation de la réduction du prix est bienvenue. Elle imite l'article 107 de l'avant-projet Terré et comble une lacune de l'avant-projet Catala. On peut simplement hésiter à l'étendre, au-delà du prix, à toute obligation corrélative de celle inexécutée, c'est-à-dire à une contreprestation non monétaire.

La déjudiciarisation de la réduction s'accompagne, en cas de refus de paiement, de sa notification « dans les meilleurs délais » ; à nouveau, le fondement du délai imparti au créancier mériterait d'être éclairé. La déjudiciarisation s'efface en cas de litige sur le paiement ou la restitution partiels du prix : il faut alors un contrôle judiciaire *a posteriori*. Or, l'article 1223 est insuffisant car il ne fournit aucune méthode de calcul, ne définit pas le facteur de proportionnalité. Ceci ne suscite *a priori* pas de difficulté lorsque la réduction du prix revient à une résolution partielle du contrat à raison d'une prestation partielle. Cela devient plus délicat quand la réduction du prix opère un rééquilibrage du contrat à raison de la qualité imparfaite de la prestation fournie.

L'ultime remède à l'inexécution conduit, non plus à la préservation mais à la disparition du contrat par sa résolution, dont la déjudiciarisation est la plus éclatante.

⁴¹ Art. 131 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁴² Sur laquelle v. par ex. P. JOURDAIN « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau Dalloz* 2008 p. 449 et s.

B. – *La disparition du contrat*

13. Rompant avec l'article 1184 du Code civil, les articles 1224 et suivants⁴³ détachent la résolution pour inexécution⁴⁴ de la condition résolutoire. L'article 1217, selon lequel le créancier peut « provoquer » la résolution, annonce la diversification de ses modes de déclenchement recensés par les articles 1224 à 1227. Contrairement à la suspension de l'obligation corrélative, la disparition du contrat n'est admise qu'au titre d'une inexécution avérée : le risque d'inexécution, visé par les articles 111 et 113 de l'avant-projet Terré⁴⁵, est omis, comme dans l'avant-projet Catala. Les articles 1229 et 1230 quant à eux s'efforcent d'organiser les conséquences de la disparition du contrat.

1. *Déclenchement de la résolution*

14. Suivant l'article 1224⁴⁶, tantôt la résolution résulte de l'application d'une clause résolutoire (article 1225)⁴⁷ – la résolution conventionnelle n'étant pas évoquée. Tantôt, mais l'inexécution doit être suffisamment grave, la résolution demeure judiciaire (article 1227)⁴⁸, ou, et c'est la principale innovation, peut devenir extrajudiciaire et unilatérale (article 1226)⁴⁹. Bien que la Cour de cassation l'admette⁵⁰, ce dernier mode de résolution est âprement discuté⁵¹, spécialement en cas d'inégalité des parties. Aussi l'article 1226 l'assortit-il de plusieurs garde-fous.

D'abord, la déclaration du créancier suppose une mise en demeure infructueuse. À nouveau et au regard des délais impératifs ou indicatifs⁵², ceci ne s'entend que dans la mesure où, comme l'indique le texte, l'interpellation laisse au débiteur l'opportunité « de satisfaire à son

⁴³ Art. 132 s. de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁴⁴ Sur laquelle v. not. C. CHABAS *Rép. civ. Dalloz* v° Résolution – résiliation 2010 n° 6 et s. ; T. GENICON *La résolution du contrat pour inexécution* Lgdj 2007 préf. L. LEVENEUR.

⁴⁵ V. aussi C. CHABAS *ibid.* n° 63 et s., 166 et s.

⁴⁶ Art. 132 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁴⁷ Art. 133 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁴⁸ Art. 135 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁴⁹ Art. 134 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁵⁰ C. CHABAS *Rép. civ. Dalloz* v° Résolution – résiliation 2010 n° 144 et s.

⁵¹ Cf. par ex. G. MÄSCH « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat : querelles de fond ou querelles de mots ?*, RDC 2013 p. 1637 et s., et L. SAUTONIE-LAGUIONIE « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *ibid.* p. 1643 et s.

⁵² À laquelle se réfère l'art. 1225 (art. 133 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013) concernant l'application de la clause résolutoire ; rapp. art. 110 alinéa 2 et 112 de l'avant-projet Terré.

engagement dans un délai raisonnable » – dont l'évaluation revient au juge éventuellement saisi.

Ensuite, la déclaration du créancier est soumise à une obligation de motivation.

Enfin en cas de litige, il y a inversion de la charge du procès puisqu'il incombe au débiteur de saisir le juge pour contester la résolution. Du moins et c'est heureux, n'y a-t-il pas inversion du fardeau de la preuve, dans la mesure où celle de la gravité de l'inexécution incombe au créancier. Le contrôle judiciaire *a posteriori* conduit donc, soit à entériner la résolution extrajudiciaire par le créancier, soit au contraire à lui imputer la disparition du contrat à défaut d'inexécution suffisamment grave du débiteur. Ce pourquoi la résolution est, comme tout remède extrajudiciaire, exercée « à ses risques et périls ».

En effet au rebours de la clause résolutoire, la résolution judiciaire ou extrajudiciaire est subordonnée à la gravité suffisante de la défaillance⁵³. Cette exigence héritée de l'arrêt *Ceccaldi c. Albertini* du 14 avril 1891⁵⁴ est donc préférée au critère plus moderne, mais à l'expérience guère plus maniable, de la contravention ou inexécution essentielle des instruments internationaux d'unification. Au-delà des mots, les standards convergent : il s'agit de déterminer si la défaillance du débiteur déçoit assez les attentes du créancier, ruine son intérêt au contrat, pour justifier un remède aussi radical que sa disparition. Telle est peu ou prou la définition retenue par l'article 109 de l'avant-projet Terré, que l'avant-projet d'ordonnance ne juge pas bon de reproduire.

15. Dans l'hypothèse d'une inexécution fortuite, non imputée au débiteur, la solution posée par l'article 1218 alinéa 2 mériterait d'être discutée. En cas d'impossibilité irrémédiable d'exécution résultant d'un cas de force majeure, ce texte va bien au-delà d'une déjudiciarisation puisque la résolution se produit « de plein droit »⁵⁵. La solution, calquée sur l'article 101 de l'avant-projet Terré, diverge selon les instruments internationaux d'unification⁵⁶. Elle s'oppose à l'arrêt *Ceccaldi*, selon lequel l'article 1184 du Code ne distinguant pas selon la cause de l'inexécution s'applique à l'inexécution fortuite, ce qui permet de vérifier son existence et sa gravité, susceptible ou non de justifier la disparition du contrat. En revanche, la

⁵³ V. par ex. C. CHABAS *Rép. civ. Dalloz* v° Résolution – résiliation 2010 n° 58 et s., 158 et s.

⁵⁴ F. TERRÉ et Y. LEQUETTE *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* t. 2 *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés* Dalloz 2008 n° 179.

⁵⁵ Sur laquelle v. par ex. C. CHABAS *ibid.* n° 21 et s., 46 et s. et les références.

⁵⁶ V. par ex. *pro*, *Principes du droit européen du contrat*, Commission pour le droit européen du contrat (prés. O. LANDO) SLC 2003, version française par G. ROUHETTE et *alii*, art. 9:303(4) et le commentaire ; *contra*, *Principes relatifs aux contrats du commerce international* Unidroit 2010, art. 7.3.1 et 7.3.2 et les commentaires.

résolution de plein droit (mais n'est-ce pas une caducité, par ailleurs prévue aux articles 1186 et suivants⁵⁷ ?) va dans le sens des tenants du particularisme de la théorie des risques formulée par les articles 1328 et 1328-1⁵⁸.

2. Conséquences de la résolution

16. Les articles 1229 et 1230⁵⁹ sont plus succincts que les articles 114 et suivants de l'avant-projet Terré dont ils s'inspirent visiblement. L'article 1229 énonce laconiquement que « la résolution met fin au contrat », sans rappeler qu'elle peut être partielle, puis s'attache au moment de sa prise d'effet ainsi qu'au sort des obligations contractuelles, tandis que l'article 1230 traite de celui des stipulations contractuelles.

Concernant la prise d'effet de la résolution, l'article 1229 renvoie à la date prévue par la clause résolutoire, ou bien à la réception de la déclaration unilatérale, ou encore à la date fixée par le juge, sinon à celle de l'assignation. Curieusement, l'inexécution causant la résolution judiciaire n'est pas évoquée⁶⁰.

Concernant les obligations, l'article 1229 ne dit pas, mais peut-être cela va-t-il sans dire, que les parties en sont libérées. Il ne vise que la restitution des prestations, confirme mais par une formule médiocre (qui semble mêler les articles 1160-1 de l'avant-projet Catala et 116 de l'avant-projet Terré) qu'elles ne sont pas une conséquence inéluctable de la disparition du contrat⁶¹, et renvoie au Chapitre dédié aux restitutions en général, aux articles 1353 et suivants⁶² (et non à la répétition de l'indu comme le fait l'avant-projet Terré).

Concernant les stipulations, l'article 1230 présente leur survie comme une « exception aux effets de la résolution ». Calqué sur l'article 115 de l'avant-projet Terré, il ne vise que les « clauses relatives au règlement des différends » et « celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. » N'est donc pas explicitement réglé le sort des aménagements conventionnels de l'inexécution, par exemple les clauses pénales ou celles limitatives des dommages et intérêts. Leur survie est pourtant assez incertaine en

⁵⁷ Art. 94 s. de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁵⁸ Sur ce débat, v. O. DESHAYES *Rép. civ. Dalloz* v° Théorie des risques, 2009, n° 39 et s. et les références.

⁵⁹ Art. 137 et 138 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

⁶⁰ Cf. C. CHABAS *Rép. civ. Dalloz* v° Résolution – résiliation 2010 n° 191 et s. et les références.

⁶¹ V. par ex. H. BOUCARD « Les conséquences de l'anéantissement du contrat, restitutions et enrichissement sans cause (rapport français) », *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat : querelles de fond ou querelles de mots ?*, RDC 2013 p. 1669 et s. n° 3, 8.

⁶² Art. 257 et s. de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

jurisprudence et discutée en doctrine pour qu'une réponse claire soit nécessaire⁶³. C'est donc au juge que revient le pouvoir de décider si ces stipulations sont, ou non, destinées à produire effet malgré la disparition du contrat.

17. Concernant les conséquences de la résolution dans les ensembles contractuels, il faut se reporter à l'article 1186 prévoyant la caducité « des contrats [...] conclus en vue d'une opération d'ensemble [lorsque] la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution de l'autre », à la condition que « le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble » lors de son consentement.

18. À ce stade, la première tendance annoncée du projet d'ordonnance est vérifiée. Les remèdes à l'inexécution contractuelle sont généralisés pour les uns (suspension de l'exécution ou réduction de l'obligation corrélative), déjudiciarisés pour les autres ou les mêmes (résolution du contrat et réduction de l'obligation corrélative), généralisation et déjudiciarisation fort nuancées toutefois en ce qui concerne l'exécution forcée en nature de l'obligation. Les dispositions examinées jusque-là augurent des difficultés de concrétiser la seconde tendance annoncée du projet : la hiérarchisation et la combinaison des remèdes à l'inexécution.

II. HIÉRARCHISATION ET COMBINAISON DES REMÈDES À L'INEXÉCUTION

19. L'article 1217 alinéa 1^{er} déployant l'éventail des remèdes à l'inexécution ne les hiérarchise pas de manière formelle. Néanmoins, les dispositions suivantes ébauchent une graduation, voire une progression, des remèdes admissibles. Selon l'article 1217 alinéa 2, ceux « qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; des dommages intérêts » pouvant « s'ajouter à tous les autres ». Si l'addition des remèdes compatibles est affirmée, elle reste inorganisée.

⁶³ V. not. C. CHABAS *ibid.* n° 224 et s. ; Com., 5 oct. 2010, p. 08-11630, *RDC* 2011 p. 431 n. T. GENICON, pour la clause limitative ; *cf.* Civ. 3^e, 9 juin 2010, p. 09-15361, *B. III* n° 114, pour la clause pénale ; *adde* Com., 22 mars 2011, p. 09-16660, *B. IV* n° 49, *RTD civ.* p. 345 obs. B. FAGES, *RDC* p. 826 n. É. SAVAUX (caducité du contrat).

A. – *La graduation des remèdes admissibles*

20. Les facteurs de hiérarchisation contenus dans les articles 1217 et suivants sont accentués par les pouvoirs dévolus au juge.

1. *Facteurs de hiérarchisation*

21. À l'exception de la réduction du prix, les remèdes à l'inexécution sont soumis à diverses exigences (desquelles on omettra ici les délais d'exercice) qui sont autant de facteurs de hiérarchisation.

D'abord, la mise en demeure préalable, laissant au débiteur une énième chance de pallier sa défaillance, est une condition commune à l'exécution en nature par ses soins ou à ses frais, ainsi qu'à la résolution du contrat (sauf celle dite de plein droit, et la résolution judiciaire puisque l'assignation vaut interpellation). La mise en demeure précédant la résolution extrajudiciaire est un instrument de préservation du contrat, puisque l'exécution même tardive est susceptible de faire obstacle à sa disparition.

Ensuite, l'exigence de gravité de l'inexécution ou de ses suites est commune à la suspension de l'obligation corrélative et à la résolution judiciaire et extrajudiciaire (sans doute à la résolution dite de plein droit). L'appréciation de la gravité de la défaillance varie en fonction de celle du remède décidé, afin de vérifier leur proportionnalité. L'avant-projet Terré l'exprime autrement, par la diversité des formules employées : l'article 103 renvoie à la proportionnalité de l'exception d'inexécution avérée ; l'article 104 soumet l'exception d'inexécution anticipée à la gravité des conséquences de cette dernière ; l'article 108 réserve à la résolution du contrat la gravité de l'inexécution définie par l'article 109.

Enfin, l'exécution contrainte par le débiteur est exclue à raison de son coût déraisonnable, tandis que l'exécution à ses frais suppose que le coût en soit raisonnable.

Ainsi, en l'absence de mise en demeure préalable et d'inexécution suffisamment grave, et en présence d'un coût déraisonnable d'exécution en nature, seuls les remèdes pécuniaires restent ouverts au créancier.

2. *Pouvoirs du juge*

22. L'article 1228⁶⁴ définissant les pouvoirs du juge saisi de la résolution du contrat innove peu. Si l'article 1184 du Code civil affirme l'option du créancier entre l'exécution et la résolution, il la tempère aussitôt par la faculté du juge d'accorder un ultime délai au débiteur. Dans cette

⁶⁴ Art. 136 de l'avant-projet d'ordonnance du 23 oct. 2013.

lignée et celle des avant-projets doctrinaux, l'article 1228 laisse le juge, au gré des « circonstances », décider de la résolution ou de l'exécution, le cas échéant en accordant un dernier délai. Le créancier sollicitant la résolution du contrat peut donc, en certaines hypothèses, se voir imposer l'exécution de l'obligation. L'article 99 de l'avant-projet Terré est plus précis, qui subordonne la faculté de correction du débiteur à l'absence de gravité du retard occasionné dans la satisfaction du créancier. À l'inverse, le créancier poursuivant l'exécution peut-il se voir imposer la résolution lorsque le coût de la prestation est jugé déraisonnable ? La question reste ouverte, également, lorsque l'inexécution est suffisamment grave pour justifier la résolution tandis que le coût de l'exécution en nature demeure raisonnable.

23. L'article 1228 n'envisage pas l'alternative entre résolution du contrat et réduction de l'obligation corrélative. Sous l'empire de l'article 1184⁶⁵, la Cour de cassation admet qu'à défaut d'inexécution assez grave, le créancier doit parfois se contenter d'une réduction du prix – le cas échéant sous forme de dommages et intérêts. Il est probable que malgré le silence des textes, cette solution perdure. Le projet ne se préoccupe pas non plus des rapports entre réduction de l'obligation corrélative et exécution en nature de l'obligation. La solution précédente, privilégiant la réduction, pourrait bien être transposée à l'hypothèse d'une exécution au coût déraisonnable. L'incertitude demeure enfin sur le choix entre exécution en nature et dommages et intérêts. Ni les dispositions actuelles, ni la Cour de cassation, fuyante, ne déterminent si le créancier sollicitant des dommages et intérêts peut se voir imposer l'exécution en nature, et inversement⁶⁶. Le projet ne comble pas cette lacune, et il n'est pas assuré qu'une éventuelle réforme de la responsabilité le fasse.

Plus encore que la graduation des remèdes admissibles, l'addition des remèdes compatibles souffre de l'incertitude liée aux dommages et intérêts.

B. – *L'addition des remèdes compatibles*

24. L'article 1217 *in fine* ne s'attache pas à l'hypothèse d'une succession des remèdes à l'inexécution, par exemple la suspension de l'obligation corrélative suivie d'une demande infructueuse d'exécution

⁶⁵ V. par ex. CHABAS *Rép. civ.* Dalloz v° Résolution – Résiliation, 2010, n° 102 et s. Cf. l'art. 1644 C. civ. consacrant l'option de l'acheteur entre réhabilitation de la vente et réestimation du prix dans le cadre de la garantie des défauts, par ex. Civ. 3^e, 20 oct. 2010, p. 09-16788, B. III n° 191, CCC 2011 comm. 2 obs. L. LEVENEUR, *RTD civ.* 2011 p. 141 obs. P.-Y. GAUTIER, *RDC* 2011 p. 521 obs. P. BRUN.

⁶⁶ V. H. BOUCARD *Rép. civ.* Dalloz v° Responsabilité contractuelle, 2014, n° 467 et les références.

précédant une déclaration de résolution. En cas de procès, une telle succession suscite des difficultés en raison de la prohibition des demandes nouvelles en seconde instance et du principe prétorien de concentration des moyens, voire des demandes⁶⁷.

Le texte s'attache à l'hypothèse d'une addition des remèdes à l'inexécution. Les remèdes compatibles peuvent se cumuler, étant précisé que tel est toujours le cas des dommages et intérêts. Mais dire cela, c'est ne rien dire car si le principe va de soi, sa mise en œuvre peut s'avérer délicate. Ici, la définition sommaire de chacun des remèdes à l'inexécution, envisagés isolément, montrent les limites d'un système qui n'en est pas un : la logique remédiale fait défaut. Contrairement aux apparences, la combinaison des remèdes autres que les dommages et intérêts est plus aisée que la modulation de ces derniers.

1. Combinaison des remèdes

25. L'impératif de cohérence proscriit au créancier d'exercer des remèdes contradictoires. Ainsi, il ne peut exiger tout à la fois la préservation et la disparition du contrat, d'un côté l'exécution en nature et/ou la réduction du prix, de l'autre la résolution du contrat. Encore faut-il réserver la formulation d'une demande à titre principal et de l'autre à titre subsidiaire. Et encore faut-il tempérer, en cas de pluralité de défaillances, car les remèdes sont alors à géométrie variable, susceptibles de s'agencer en fonction de tel ou tel chef d'inexécution. Ainsi, il n'est pas aberrant de solliciter d'un côté la correction de la part non conforme de la prestation, et/ou la réduction de son prix, et d'un autre côté la résolution du contrat pour la part non fournie de la prestation.

Des difficultés plus redoutables naissent de la modulation des dommages et intérêts.

2. Modulation des dommages et intérêts

26. L'évaluation des dommages et intérêts varie selon qu'ils sont alloués seuls ou de pair avec d'autres remèdes⁶⁸. En ce dernier cas en effet, ceux-ci modifient la consistance du préjudice contractuel, qui devient résiduel ; le principe d'équivalence commande de moduler en conséquence les dommages et intérêts complémentaires. Il en va ainsi par exemple de ceux accompagnant l'exécution en nature. Sur cette question fort disputée, on se bornera à deux observations.

⁶⁷ V. H. BOUCARD *ibid.* n° 52 et s., 470 et s. ; *adde* C. CHABAS *ibid.* n° 89 et s.

⁶⁸ V. par ex. H. BOUCARD *Rép. civ. Dalloz* v° Responsabilité contractuelle, 2014, n° 460 et s. et les références.

Primo, l'insuffisance de l'article 1223 relatif à la réduction de l'obligation corrélative se confirme. Si la réduction proportionnelle du prix rééquilibre le contrat à raison de la différence de valeur entre la prestation promise et celle fournie, alors la frontière devient diaphane avec des dommages et intérêts compensant la même perte de valeur. Or contrairement à l'article 107 de l'avant-projet Terré, l'article 1223 ne prend pas la précaution de réserver les dommages et intérêts à un « autre préjudice » contractuel. Cette réserve serait bienvenue, sachant que la Cour de cassation a le plus grand mal à séparer, pour mieux les combiner, la réduction du prix et les dommages et intérêts.

Secundo, les dommages et intérêts étaient omis de l'avant-projet d'ordonnance du 23 octobre 2013. Ils figurent dans le projet d'ordonnance du 25 février 2015, mais à droit constant ou presque, et l'on ignore ce qu'il adviendrait des articles 1231 et suivants dans l'hypothèse d'une réforme de la responsabilité civile. Dès lors, la querelle n'est pas close sur les dommages et intérêts complétant la résolution du contrat. Le débat est inchangé sur le point de savoir s'ils compensent l'intérêt positif du créancier, l'intérêt d'exécution, *i. e.* à obtenir l'exécution satisfaisante, et/ou son intérêt négatif, à la non-conclusion du contrat, *i. e.* à ne pas conclure avec un débiteur défaillant.

27. Finalement, le nouveau régime de l'inexécution contractuelle dessiné par le projet d'ordonnance n'est pas sans paradoxe. La concision, l'imprécision si ce n'est l'imperfection des articles 1217 et suivants portent en germe la re-judiciarisation des remèdes, car l'appréciation des standards appelle l'arbitrage du juge. Les règles projetées sont assez souples, voire floues, pour que ledit juge dispose d'autant de pouvoirs que sous l'empire des textes actuels. L'illustrent bien la hiérarchisation et la combinaison, esquissées, des remèdes. Dès lors, on peut douter que la recodification succède à la décodification. Demain comme aujourd'hui, le régime de l'inexécution contractuelle figurera autant dans le *Bulletin* des arrêts de la Cour de cassation que dans le Code civil. Mais tel est le destin des Codes, qui « se font » et se défont « avec le temps »⁶⁹.

⁶⁹ PORTALIS *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* Confluences 1999 p. 24.

LE NOUVEAU RÉGIME DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT– COMMENTAIRE

Beate GSELL^{*}

INTRODUCTION

J'aimerais remercier Mme Boucard pour son évaluation instructive du régime de l'inexécution proposé par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015. Permettez-moi de faire quelques remarques et d'essayer de donner une perspective reposant sur le régime allemand de l'inexécution du contrat, qui a été profondément réformé en 2002. Cependant, il me paraît nécessaire de faire au préalable une mise en garde : je ne suis pas du tout experte en droit français, ni plus particulièrement en droit français des obligations. C'est la raison pour laquelle j'aimerais d'avance m'excuser pour tout malentendu possible de ma part.

Dans les quelques lignes qui suivent je voudrais me concentrer sur deux aspects, qui me paraissent liés l'un à l'autre.

Dans un premier temps, j'aimerais parler de la hiérarchie des remèdes et du principe de cumul ou de combinaison des remèdes. Et, dans un second temps, je voudrais examiner d'un peu plus près la résolution unilatérale par notification.

^{*} Prof. Dr. Beate Gsell, maître en droit (Aix-en-Provence), chaire de droit civil, droit de procédure civile, droit privé européen et droit procédural européen à l'université Ludwig-Maximilians de Munich.

I. HIÉRARCHIE DES REMÈDES ET PRINCIPE DE CUMUL DES REMÈDES COMPATIBLES ENTRE EUX

1. Projet français

a) Absence de hiérarchie explicite et principe de cumul

Selon ma compréhension, le projet n'établit pas de hiérarchie apparente des sanctions de l'inexécution. L'article 1217 du projet d'ordonnance se borne plutôt à préciser que les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés et que les dommages et intérêts sont en principe compatibles avec les autres sanctions. Il reste néanmoins à déterminer s'il y a une quelconque hiérarchie entre les sanctions qui sont compatibles entre elles.

b) Critères de hiérarchisation

Il convient ici d'abord de rappeler le fait que, contrairement aux autres remèdes, l'allocation de dommages et intérêts présuppose que l'inexécution puisse être imputée au débiteur (articles 1147, 1148 Code Civil).

Cela mis à part, il faut mentionner que la plupart des sanctions énumérées dans l'article 1217 du projet d'ordonnance, présupposent en principe la mise en demeure du débiteur. Il en est ainsi pour l'exécution en nature de l'engagement (article 1221 et suivant du projet d'ordonnance), autant que pour la résolution du contrat (articles 1224 et suiv. du projet d'ordonnance) et la réparation du préjudice causé par l'inexécution (article 1146 Code civil). Par contre, l'exception d'inexécution (article 1219 du projet d'ordonnance) ainsi que la réduction du prix (article 1223 du projet d'ordonnance) paraissent ne pas dépendre d'une mise en demeure infructueuse. On pourrait donc dire que la mise en demeure opère comme un critère de hiérarchisation qui répartit les remèdes en deux groupes, suivant qu'ils peuvent ou non être invoqués immédiatement par le créancier.

Mais surtout le critère de gravité suffisante de l'inexécution doit être satisfait pour que le créancier puisse invoquer l'exception d'inexécution (article 1219 du projet d'ordonnance). Il en va de même pour le recours à la résolution du contrat (article 1224 du projet d'ordonnance). Par contre, du moins selon le texte des articles 1217 et suivants du projet, les autres remèdes ne présupposent pas le franchissement d'un tel seuil de gravité. Par conséquent, ces deux sanctions (c'est à dire l'exception d'inexécution ainsi que la résolution) sont apparemment exclues en cas de violations de moindre importance. Cependant, l'exception d'inexécution ne produisant des effets que temporaires et, de ce fait, étant bien moins accablante pour le débiteur que la résolution du contrat, il n'est pas certain que le seuil de gravité

nécessaire soit le même pour les deux remèdes. À la différence de l'article 25 CVIM concernant la Contravention essentielle, l'article 1217 du projet ne précise pas le degré de gravité.

2. *Droit allemand*

a) *Absence de hiérarchie explicite et principe de cumul*

Si on compare cet aperçu avec la situation en droit allemand, l'on observe un schéma similaire sans pour autant être parfaitement identique. Le *BGB*, comme le projet de réforme français, ne contient pas de règle explicite hiérarchisant les remèdes en cas d'inexécution.

En ce qui concerne le cumul des remèdes, le § 325 du *BGB*¹ se limite à permettre explicitement la combinaison de la résolution du contrat avec l'allocation des dommages et intérêts compensatoires. Si on veut comprendre la raison pour laquelle le § 325 du *BGB* se borne à ces deux remèdes, il faut savoir que dans le *BGB* original, donc le *BGB* d'avant la réforme de 2002, la résolution et les dommages et intérêts s'excluaient mutuellement². Le législateur allemand de 1900 reprochait à un créancier qui demandait la résolution du contrat, soit l'intérêt négatif, et qui revendiquait en même temps des dommages et intérêts compensatoires, soit l'intérêt positif, d'avoir un comportement contradictoire. Aujourd'hui cette attitude est dépassée et elle l'a été bien avant la réforme de 2002.³

Ainsi la jurisprudence avait déjà longtemps reconnu l'intérêt légitime du créancier à mettre fin à l'échange en nature des prestations mutuellement promises et, en même temps, à demander l'intérêt positif en argent. Néanmoins, le *BGB* de 1900 ne permettant pas le cumul des deux remèdes, la jurisprudence contournait ce problème en libérant le créancier de son obligation de contre-prestation sans qu'il ait à recourir à une terminaison formelle du contrat. Elle procédait ainsi en appliquant une mesure d'évaluation des dommages et intérêts – la méthode dite de différence – qui conduit, de fait, à une résolution matérielle du contrat⁴. On pouvait donc dire que l'avocat du créancier qui, sous l'ancien *BGB*, lui conseillait d'opter pour la résolution du contrat, excluant ainsi le droit à l'allocation des dommages

¹ « Le droit de réclamer des dommages et intérêts dans un contrat synallagmatique n'est pas exclu par la résolution du contrat ».

² Cf. §§ 325 al. 1, phrase 2, 326 al. 1, phrase 2 ancien *BGB*.

³ Cf. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, t. 2, p. 210 et s. ; JAKOBS, SCHUBERT (ed.), « Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs : in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen », *Recht der Schuldverhältnisse*, t. 1, 1978, p. 273 ; v. aussi SOERGEL, GSELL, 13. Aufl. 2005, vor § 320 n° 43 et s.

⁴ Depuis RGZ 50, 255, 262 ff. ; v. aussi SOERGEL, GSELL, 13. Aufl. 2005, § 325 n° 2.

et intérêts calculés par la méthode de différence, commettait une « faute professionnelle »⁵.

Depuis l'introduction en 2002 du nouveau § 325 du *BGB*, il n'est plus nécessaire de recourir à cette invention jurisprudentielle de résolution de fait du contrat par la méthode d'évaluation des dommages et intérêts.

D'ailleurs, même en l'absence de provision générale sur le cumul de remèdes, il va de soi que le droit allemand, comme le droit français, permet au créancier de combiner des remèdes compatibles mais l'empêche de cumuler des sanctions dont les effets s'excluent mutuellement, comme par exemple la poursuite de l'exécution en nature et la résolution.

b) Absence de remède général de réduction du prix

Cependant, l'éventail des sanctions prévues par le droit général des obligations du *BGB* en cas d'inexécution du contrat n'est pas tout à fait identique avec la liste fournie par l'article 1217 du projet français. Le *BGB* ne connaît notamment toujours pas de remède général de réduction du prix⁶. Tandis que les dispositions particulières sur les contrats de vente (§ 441 *BGB*), de louage (§ 536 *BGB*) et d'entreprise (§ 638 *BGB*) accordent au débiteur un tel droit de réduire sa contreprestation, cette sanction n'a pas été adoptée comme règle générale par le législateur allemand lors de la grande réforme du droit des obligations en 2002. C'est la raison pour laquelle il est toujours largement admis⁷, bien que cela soit critiqué par une partie de la doctrine⁸, qu'en cas d'exécution défectueuse d'un contrat situé hors du champ d'application de ces provisions particulières, et notamment d'un contrat de service, le créancier n'a pas le droit de réduire sa propre contreprestation. Le législateur allemand ayant eu l'intention, avec la réforme de 2002, d'intégrer le régime de l'exécution défectueuse dans le droit général des obligations⁹, cette situation ne paraît pas tout à fait convaincante.

c) Critères de hiérarchisation

Pour en revenir à la hiérarchie des remèdes en cas d'inexécution en droit allemand, comme en droit français, seule l'allocation de dommages et intérêts pré suppose que l'inexécution soit imputable au débiteur (§ 280 alinéa 1, 2^{ème} phrase *BGB*, § 311 a alinéa 2, 2^{ème} phrase *BGB*), la résolution du contrat ne connaissant plus cette exigence depuis la réforme de 2002¹⁰.

⁵ En ce sens HUBER, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesministerium der Justiz (éd.), 1981, t. 1, p. 715 et s.

⁶ Cf. Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 208 et s., 223.

⁷ Cf. BGH NJW 2010, 1364, 1369, n° 55 avec d'autres références ; et à l'égard du droit allemand des obligations en vigueur avant la réforme de 2002 cf. BGH NJW 1982, 1532.

⁸ Cf. CANARIS, *Festschrift für K. Schmidt*, 2009, p. 177 et s.

⁹ Cf. Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 208 et s.

¹⁰ V. aussi SOERGEL, GSELL, 13. Aufl. 2005, v. § 320 n° 46 et s.

Dès lors, c'est plutôt le critère de la *Nachfrist*, c'est-à-dire du délai supplémentaire, qui joue le rôle central pour la hiérarchie des remèdes. En droit allemand l'exigence générale de l'écoulement infructueux d'un délai supplémentaire vaut pour la résolution unilatérale du contrat (§ 323 alinéa 1 *BGB*), ainsi que pour la réclamation de dommages et intérêts compensatoires (§ 281 alinéa 1 *BGB*). Depuis la réforme de 2002, cette exigence s'applique également à la prestation défectueuse s'agissant notamment des contrats de vente (§ 437 n° 2 et 3 *BGB*) et des contrats d'entreprise (§ 634 alinéa 1, n° 3 et 4 *BGB*).

En outre et contrairement à l'article 1223 du projet de réforme français, les dispositions particulières du *BGB* réglant la réduction du prix en cas de vente ou de contrat d'entreprise exigent elles aussi l'écoulement infructueux d'un délai supplémentaire. Cependant et de nouveau contrairement au projet de réforme français (l'article 1221 du projet d'ordonnance et de l'article 1142 du Code Civil actuel), l'exigence de *Nachfrist* ne joue pas en cas de demande d'exécution en nature. Il s'agit plutôt, en droit allemand, de limiter le créancier à la revendication de l'exécution du contrat tant qu'un délai de grâce accordé au débiteur ne s'est pas écoulé.

Par contre le critère de gravité, en droit allemand, ne s'est pas avéré très efficace. Tout d'abord, il faut peut-être préciser que l'exigence de gravité, comme présupposé d'une résolution unilatérale du contrat, ne s'applique qu'à la prestation défectueuse (§ 323 alinéa 5 phrase 2 *BGB*). En revanche, en cas de défaut total de livraison ou de paiement, le simple écoulement infructueux d'un délai supplémentaire ouvre la voie à la résolution unilatérale du contrat. Sur ce point le *BGB* est conforme à la Convention de Vienne (article 49 alinéa 1 lettre b et article 64, alinéa 1, lettre b CVIM).

Cependant, dans le *BGB*, le critère de gravité est formulé de façon négative. La résolution du contrat est exclue si le défaut de conformité est insignifiant. Cette solution suit l'exemple de la directive européenne sur la vente des biens de consommation (article 3, alinéa 6 Directive 1999/44/CE) qui, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, a été transposée de manière générale dans le droit des obligations par le législateur allemand. En revanche, le droit allemand, avec cette exception du défaut insignifiant, se distingue nettement de la Convention de Vienne (CVIM) qui, en cas de livraison défectueuse, ne permet à l'acheteur de mettre fin au contrat qu'à condition que la contravention soit essentielle, sans que le simple écoulement infructueux d'un délai supplémentaire constitue en soi une telle contravention essentielle (cf. article 49 alinéa 1 lettre a CVIM).

En comparaison avec le critère de gravité dans le projet français, l'exception d'insignifiance du défaut de conformité en droit allemand ne constitue guère une entrave considérable à la terminaison du contrat. Cela

est d'autant plus vrai que le *Bundesgerichtshof*¹¹ a tout récemment refusé de suivre la proposition soutenue par une partie de la doctrine¹² d'interpréter le critère d'insignifiance de manière large afin de créer un véritable seuil de gravité. Selon cette décision du 28 mai, de façon générale, un défaut réparable n'est plus considéré insignifiant si les frais de réparation excéderaient 5 % du prix de vente.

Par ailleurs, la formulation négative du critère de gravité en droit allemand emporte une différence quant à la charge de preuve qui, contrairement au droit français, est supportée par le débiteur¹³.

3. Résumé

En résumé, on peut donc dire qu'en droit allemand ce n'est pas la gravité de l'inexécution mais plutôt l'écoulement infructueux du délai supplémentaire qui donne au créancier le libre choix entre l'exécution du contrat et sa résolution accompagnée ou non de la revendication de dommages et intérêts.

II. RÉSOLUTION UNILATÉRALE PAR NOTIFICATION

1. Traditions divergentes en droit français et en droits allemands

Permettez-moi d'ajouter quelques remarques sur la résolution unilatérale par notification proposée par l'article 1226 du projet d'ordonnance, en abordant des aspects déjà mentionnés.

Le projet reconnaît dans son article 1226 d'une manière assez générale la résolution unilatérale du contrat par notification. Même si un tel pouvoir unilatéral n'est pas tout à fait nouveau en droit français positif¹⁴, et a notamment été reconnu par la Cour de Cassation en 1998¹⁵, l'adoption de l'article 1226 du projet impliquerait sans doute un changement fondamental dans la mesure où, jusqu'à présent, la résolution du contrat pour inexécution est en principe judiciaire.

¹¹ BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 (OLG Stuttgart), cf. GSELL, EWiR 2014, 585.

¹² Cf. MÜNCHKOMM, ERNST, 6. Aufl. 2012, § 323 n° 243 et s.

¹³ Cf. SOERGEL, GSELL, § 323 n° 217 ; MÜNCHKOMM/ERNST, 6. Aufl. 2012, § 323 n° 276.

¹⁴ V. MAZEAUD, *Recueil Dalloz* 2014 p. 291.

¹⁵ Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, D. 1999. 197:

« [...] Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches [...] ».

Par contre, en droit allemand, le modèle d'un droit dit formateur (*Gestaltungsrecht*) de résoudre le contrat unilatéralement après l'écoulement infructueux d'un délai supplémentaire se trouvait déjà dans le Code général de commerce allemand, le *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* de 1861 (Art. 356 ADHGB)¹⁶.

2. *Résolution judiciaire vs. résolution unilatérale*

Si on compare les avantages et les inconvénients des deux modèles, il me paraît évident que le modèle français traditionnel, conférant au juge un large pouvoir souverain et créateur, permet d'évaluer les intérêts des parties au contrat, et surtout les intérêts du débiteur, d'une manière bien plus souple et adaptée aux circonstances individuelles de l'espèce que le modèle allemand. En effet, une telle appréciation judiciaire préalable semble apte à éviter des résolutions abusives et à sauvegarder ainsi le respect de la parole donnée. On peut donc à juste titre critiquer les présupposés de la résolution unilatérale dans le *BGB* allemand, ceux-ci étant assez rigides pour le débiteur. Notamment, l'absence d'un véritable seuil de gravité ainsi que le refus du *BGB* de prendre en compte les motifs pour lesquels le débiteur a manqué à son obligation dans le délai supplémentaire paraissent douteux et peuvent produire des résultats discutables.

En revanche, la résolution unilatérale accorde, principalement, le bénéfice au créancier de pouvoir rapidement éclairer la situation sans avoir à attendre une décision judiciaire et sans avoir à supporter les risques et les coûts d'une procédure civile. La résolution unilatérale a donc les avantages de promptitude ainsi que de sécurité juridique pour le créancier.

3. *Évaluation du projet*

À mon avis, le bénéfice de l'efficacité d'un pouvoir unilatéral de résolution du contrat dépend largement de la clarté et de la simplicité des exigences qui doivent être satisfaites afin que le créancier puisse terminer le contrat. À cet égard, quelques doutes se présentent du fait que l'article 1226 du projet ne précise d'aucune manière le seuil de gravité nécessaire ni les critères décisifs pour son évaluation. Comment un créancier qui a mis en demeure le débiteur peut-il savoir si, par exemple, la non-livraison persistante des marchandises peut être considérée comme suffisamment grave ?

En outre, à mon avis, le bénéfice d'efficacité serait sérieusement mis en cause si un créancier, ayant bien satisfait les prérequis légaux pour la

¹⁶ Cf. Huth, Die Fristsetzung zur Erfüllung und Nacherfüllung und ihre Entbehrlichkeit – §§ 281, 323, 637 *BGB*, 2006, p. 1 et s.

<http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2006/2822/pdf/Dissertation-Tobias-Huth.pdf>.

résolution unilatérale, risquait toutefois d'être confronté ultérieurement à une décision judiciaire divergente.

En effet, si le créancier devait craindre que, à la suite d'une résolution unilatérale et en dépit d'une inexécution grave, le juge maintienne finalement le contrat, le pouvoir unilatéral de résolution ne serait qu'à titre provisoire et, pour cette raison, ne lui servirait pas à grande chose. Surtout le créancier ne pourrait pas réallouer ses ressources rapidement à de nouveaux contrats avec d'autres partenaires.

Je ne suis pas tout à fait sûre de la position du projet sur ce point et je voudrais bien préciser mes doutes : l'article 1228 du projet confère au juge de larges pouvoirs de tenir compte des circonstances individuelles et d'ordonner l'exécution du contrat. Est-ce que cet article s'applique au cas d'une résolution unilatérale ? En d'autres termes, est-ce que le contrôle judiciaire *a posteriori* de la résolution, prévu à l'article 1226 alinéa 4 du projet, permet une évaluation indépendante et souveraine de la résolution par le juge ou se limite-t-il à un réexamen par le juge des présupposés de la résolution unilatérale contenus dans l'article 1226 alinéa 1 à 3 ? À mon sens, sur ces questions, le texte proposé n'est pas tout à fait clair.

III. CONCLUSION

Quant au cumul des remèdes, le projet français et le droit allemand sont similaires en ce qu'ils permettent, en principe, la combinaison de remèdes compatibles les uns avec les autres.

Cependant, la hiérarchie des remèdes dans le projet français me semble principalement déterminée par le critère de gravité suffisante comme présupposé, notamment, d'une résolution unilatérale. Par contre, en droit allemand, c'est l'écoulement infructueux d'un délai supplémentaire qui joue un rôle décisif.

En ce qui concerne la résolution unilatérale, on peut d'un côté critiquer le modèle allemand pour son manque de flexibilité, plutôt au détriment du débiteur. D'un autre côté, à mon avis, le projet français ne précise pas assez le seuil de gravité nécessaire pour une résolution unilatérale. En outre, il est ouvert à une interprétation selon laquelle le juge a le pouvoir *a posteriori* de renverser la résolution unilatérale, même si celle-ci était bien fondée sur une inexécution grave. Ainsi, le projet d'ordonnance risque de dépouiller la résolution unilatérale de ces principaux avantages pour le créancier, celui-ci n'agissant alors qu'à titre provisoire.

Pour conclure, il me reste à remarquer qu'à mon avis il n'y a pas de compromis idéal entre les deux modèles, combinant les avantages de la résolution unilatérale et ceux de la résolution judiciaire.

PARTIE VI

LE NOUVEAU RÉGIME DES OBLIGATIONS CONSTITUTIONNELLES

LE NOUVEAU RÉGIME DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

Mathias LATINA *

La notion de condition fait l'objet d'un grand nombre de controverses¹. Il est difficile, pour ne pas dire impossible, de définir les conditions suspensives et résolutoires sans prendre partie d'emblée entre les différentes conceptions qui coexistent en doctrine. Une condition peut ainsi être définie comme un mécanisme qui permet aux parties, ou au législateur², d'intégrer un motif dans le champ contractuel. La condition est donc un outil contractuel qui permet de donner un rôle aux motifs, ces derniers n'ayant normalement aucun impact sur la destinée du contrat³. Lorsque la condition est suspensive, le contrat ne produit pas d'effet tant que le motif d'au moins une des parties ne s'est pas réalisé. Au contraire, lorsque la condition est résolutoire, le contrat produit immédiatement son effet, mais sera résolu si l'évènement redouté se produit⁴. Les conditions suspensives et résolutoires font l'objet de modifications substantielles dans le projet d'ordonnance. Toutefois, on peut immédiatement regretter que le nouveau régime mis en place ne permette pas de trancher définitivement les discussions qui ont

* Professeur à l'Université de Toulon.

¹ J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977 ; B. SCHALL, *La notion de condition dans le contrat*, thèse Strasbourg III, 1999 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, préface par J. GHESTIN, LGDJ, 2001 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préface par D. MAZEAUD, LGDJ, 2009.

² Le débat roule en doctrine sur le point de savoir si une condition peut être d'origine légale.

³ L'erreur sur le motif est, en effet, indifférente, tandis que la conception classique de la cause, qui distingue entre cause de l'obligation et cause du contrat, ne permet de s'intéresser aux motifs que s'ils sont illicites ou immoraux.

⁴ L'évènement redouté est, soit la non-réalisation d'un motif, soit la survenance d'un évènement qui fait disparaître un motif.

cours en doctrine. Le premier regard porté sur la section consacrée à l'obligation conditionnelle permet de faire deux remarques initiales.

D'abord, les dispositions relatives aux conditions ont subi une sérieuse cure d'amaigrissement. Le Code civil consacre en effet 17 articles aux conditions, tandis que le projet se contente de 8 articles. Le projet d'ordonnance, qui s'inspire de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, a donc taillé à la serpe, et dans le Code civil, et dans l'avant-projet Catala⁵, jusqu'à remettre en cause la cohérence d'ensemble de ce dernier. En particulier, les définitions des conditions casuelles⁶, mixtes⁷ et potestatives⁸ disparaissent, en même temps que les précisions relatives aux modalités d'accomplissement des conditions⁹. Si la disparition des premières, que l'on pouvait juger exagérément doctrinales, ne pose pas véritablement de difficultés¹⁰, celle des secondes est plus problématique. Pour justifier leur éviction, l'avant-projet Catala précisait qu'elles ne faisaient qu'énoncer des « vérités d'évidence »¹¹. Pourtant, ces dispositions avaient le mérite d'être didactiques, ce qui n'est pas nécessairement inutiles dans un Code. Ces articles sont d'ailleurs régulièrement utilisés par les juges¹², signe qu'ils ne sont pas dénués de tout intérêt¹³.

⁵ L'avant-projet CATALA consacrait 14 articles à la condition. Certains articles ont été repris tels quels. Par ex., l'art. 1179 de l'avant-projet CATALA, relatif aux actes que le créancier peut accomplir *pendente conditione*, figure à l'article 1304-5 du projet d'ordonnance.

⁶ Art. 1169 C. civ. : « La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. »

⁷ Art. 1171 C. civ. : « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. »

⁸ Art. 1170 C. civ. : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. »

⁹ Art. 1175 à 1177 C. civ.

¹⁰ La disparition de ces définitions est même un progrès. En effet, l'imprécision de celles-ci, et l'évolution du sens que la doctrine a donné à la condition mixte, ont compliqué à l'excès la question de la prohibition des conditions potestatives : v. *infra*.

¹¹ V. J.-J. TAISNE, « exposé des motifs – Obligations conditionnelles, à terme, alternatives et facultatives », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, spéc. p. 53.

¹² V. pour quelques ex. récents d'utilisation de l'art. 1176 du C. civ. : Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 2014, n° 13-18745 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 2014, n° 12-28362 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 sept. 2013, n° 12-22753 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 sept. 2013, n° 12-22163 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 févr. 2013, n° 12-14074.

¹³ Les rédacteurs auraient pu maintenir l'art. 1175 qui énonce : « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût », ainsi que l'art. 1176 : « Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas ». En revanche, l'art. 1177 est effectivement inutile puisqu'il ne fait que reprendre la solution posée par l'art. 1176 dans l'hypothèse d'une condition négative, c'est-à-dire d'une condition qui ne s'accomplit que si son événement ne survient pas.

La seconde remarque, qui vient immédiatement à l'esprit à la lecture de la section consacrée aux conditions, est que la condition est toujours traitée comme une « modalité de l'obligation ». La section étudiée traite donc moins des conditions en elles-mêmes que des « obligations conditionnelles ». Pourtant, cette perspective est réductrice. Les conditions n'affectent pas uniquement les obligations contractuelles mais, plus largement, tous les effets du contrat qu'ils soient créateurs, d'obligations ou de droits, translatifs ou extinctifs¹⁴. Les effets des contrats ne se réduisent en effet pas à la seule création d'obligations¹⁵. D'ailleurs, le projet d'ordonnance semble avoir intégré cette état de fait puisqu'il ne fait plus aucune référence à la très controversée « obligation de donner »¹⁶. Les rédacteurs ont donc considéré que le transfert de propriété était un effet direct du contrat, et non la conséquence de l'exécution d'une obligation de donner. C'est le sens de l'article 1197 du projet qui énonce que « dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat »¹⁷.

Reste alors que si, d'un côté, le transfert de propriété s'effectue indépendamment de l'exécution d'une obligation et, de l'autre, que la condition n'affecte que les obligations, on pourrait être amené à en déduire que la condition ne peut pas suspendre ou résoudre le transfert de propriété... Ce n'est pas ce qu'ont voulu les rédacteurs du projet, qui ont expressément envisagé la question de la répartition des risques dans le contrat translatif affecté d'une condition suspensive¹⁸. Il y a donc une

¹⁴ Sur ce point, v. not. P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *RTD civ.* 1999, p. 771, spéc. n° 43 s.

¹⁵ P. ANCEL, *art. préc.* ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, 2005, Dalloz, p. 211 s.

¹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 733 s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 95 s. ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, *chron.*, p. 67 s. ; P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, p. 673 s.

¹⁷ Art. 1197 : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère dès la conclusion du contrat.

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou d'une disposition de la loi.

Sous réserve des dispositions de l'article 1322-1, le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. »

¹⁸ L'art. 1304-6 du projet traite en effet, dans son alinéa 2, de la question de la répartition des risques lorsque la condition suspensive a un effet rétroactif. Cela signifie donc que la condition suspensive peut affecter les contrats translatifs de propriété : « Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition aura un effet rétroactif à compter du jour auquel l'engagement a été contracté. Dans ce cas, la chose, objet de l'obligation, demeure aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et en perçoit les fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition ».

incohérence entre, d'une part, la volonté de ne pas réduire tous les effets du contrat à la seule création d'obligations et, d'autre part, le maintien de la présentation classique, qui fait de la condition une modalité de la seule obligation contractuelle. Le projet aurait ainsi gagné à s'affranchir de la perspective qui réduit l'assiette de la condition aux seules obligations contractuelles pour adopter une conception plus large en vertu de laquelle la condition affecte tous les effets du contrat.

Ces deux remarques préliminaires faites, il faut entrer dans le détail de la réglementation en s'intéressant, d'abord, aux règles qui concernent la validité des conditions et, ensuite, à celles qui concernent leur jeu.

I. LA VALIDITÉ DES CONDITIONS

Deux questions, d'inégale importance, concernent la validité des conditions. Celle, accessoire, des conditions dites impossibles et illicites, et celle, fondamentale, des conditions dites potestatives.

A. – *Les conditions impossibles et illicites*

Le projet de réforme a maintenu, dans son article 1304-1¹⁹, la prohibition des conditions impossibles et illicites qui figure actuellement à l'article 1172 du Code civil²⁰. Pourtant, les rédacteurs, qui ont eu le souci de réduire à l'épure la réglementation de la condition, auraient pu faire l'économie d'une telle disposition. D'abord, il est incohérent de traiter des conditions impossibles et des conditions illicites dans le même article et, surtout, de leur appliquer la même sanction, à savoir la nullité de l'obligation affectée par la condition. En effet, une condition impossible est une condition dont l'évènement ne se réalisera jamais, tel « si le ciel nous tombe sur la tête ». Dans cette hypothèse, il est inutile de prescrire, comme le fait l'article 1304-1, la nullité de l'obligation affectée par la condition. En effet, la convention passée sous condition suspensive impossible est inefficace puisqu'il est certain que jamais l'évènement ne se produira dans l'avenir et, ainsi, que jamais l'effet suspensif ne cessera. La convention est stérile, dès l'origine, faute de pouvoir engendrer le moindre effet mais, à proprement parler, ni l'obligation, ni la convention ne sont nulles²¹.

¹⁹ Art. 1304-1 : « La condition doit être possible et licite. À défaut, l'obligation est nulle. »

²⁰ Art. 1172 C. civ. : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

²¹ À la limite, l'impossibilité de la condition peut révéler une insanité d'esprit. La convention serait donc annulable, mais pas sur le fondement de la condition.

Quant à la condition résolutoire dont l'évènement est impossible, elle ne devrait avoir aucun impact sur l'efficacité de l'acte puisque l'évènement redouté ne pourra jamais s'accomplir. La convention devrait donc produire son effet immédiatement, sans remise en cause possible. Or, contrairement à l'évidence, l'article 1304-1 prescrit encore la nullité de l'obligation... S'agissant de conditions impossibles, il aurait donc mieux valu s'en tenir à la logique de la condition, plutôt que de prescrire la nullité de l'obligation affectée et, par le jeu du défaut de contrepartie, la nullité de la convention²².

Pour ce qui est de la condition illicite, on peut également considérer que l'article 1304-1 est inutile. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il n'est pas interdit d'ériger en condition un évènement illicite ou immoral, dès lors que cet évènement est conçu comme indépendant de l'action des parties. Par exemple, rien n'interdit à un contractant de prêter son second véhicule à un autre, sous la condition résolutoire du vol de son véhicule principal... La prohibition des conditions illicites ou immorales a donc, en vérité, pour fonction de condamner la pression qui est exercée par une personne sur une autre dans le but, soit de lui faire accomplir un acte illicite (« je te donne telle somme d'argent, à condition que tu tues telle personne »), soit dans le but de restreindre sa liberté ou ses droits fondamentaux (« je te donne ceci à condition que tu ne te remaries jamais, ou que tu vives dans tel lieu perpétuellement »). Autrement dit, ce n'est pas l'illicéité ou l'immoralité intrinsèque de l'évènement qui est condamnée, mais celle de la structure de l'opération. Or, on aura compris que de telles conventions tombent sous le coup de l'article 1161 du projet qui précise que le « contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

D'ailleurs, l'article 1172 du Code civil n'est, actuellement, jamais utilisé dans le domaine des conditions *stricto sensu*. Si cet article a connu, un temps, le succès, c'est parce qu'avec l'article 900²³, il a permis à la jurisprudence de développer la théorie de la nullité partielle des actes, faute de dispositions spécifiques sur ce point dans le Code civil²⁴. La jurisprudence a, en effet, considéré que le terme condition devait être pris pour synonyme de « clause »²⁵. Ainsi, face à une clause illicite, la

²² Dans le projet d'ordonnance, on remarque que la « possibilité » de la condition est mise entre crochets. Est-ce à dire que les rédacteurs s'interrogent sur la pertinence du maintien de cette condition ? L'avenir le dira.

²³ Art. 900 C. civ. : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

²⁴ Sur cette question, v. Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969, spéc. n° 3 s. ; M. LATINA, *op. cit.*, spéc. n° 393 s.

²⁵ Ph. SIMLER, *op. et loc. cit.* : « Une jurisprudence constante et une doctrine unanime donnent un sens très large au concept de « condition » visé dans les deux textes [900 et 1172] en y incluant les notions de 'charge' et de 'clause' en général ». Dans cette interprétation, ces deux

jurisprudence vérifie si la convention « dépend » de celle-ci, c'est-à-dire si la clause est la « condition impulsive et déterminante » de l'acte²⁶. Si c'est le cas, l'illicéité de la clause entraîne la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1172. Si ce n'est pas le cas, la clause est alors réputée non écrite, sur le modèle de l'article 900 du Code civil. Or, cette fonction, attribuée par la jurisprudence à l'article 1172, disparaît dans le projet puisque la nullité partielle des actes est directement consacrée dans l'article 1185, qui reprend le système qu'a élaboré la jurisprudence²⁷.

L'article 1304-1 du projet est donc inutile pour les conditions illicites, et néfaste vis-à-vis des conditions impossibles puisqu'il prescrit la nullité de l'obligation affectée par la condition alors que, lorsque la condition impossible est suspensive, l'obligation ne peut venir à existence, mais n'est pas nulle à proprement parler, et, lorsque la condition est résolutoire, elle ne devrait avoir aucun impact sur la destinée du contrat.

Quid à présent des conditions potestatives ?

B. – *Les conditions potestatives*

Ce n'est qu'en tremblant que l'on peut aborder le thème des conditions potestatives²⁸. Il s'agit d'une question particulièrement complexe qui a suscité un contentieux très abondant, contentieux qui semble toutefois s'être apaisé dans le domaine des conditions *stricto sensu*. La notion de condition potestative prohibée a évolué avec le temps. Initialement, pour les premiers commentateurs du Code civil, la condition potestative prohibée était celle qui dépendait exclusivement de la volonté du débiteur. Il s'agissait donc de la condition dite « *si voluero* » (si je veux), encore appelée « condition purement potestative »²⁹. La prohibition de ces conditions, par l'article 1174

articles juxtaposés englobent, par conséquent, l'ensemble des actes juridiques et fournissent apparemment les données d'un système cohérent. » V. aussi n° 35, p. 40.

²⁶ *Ibid.* spéc. n° 5, p. 6 : « la nullité d'une clause n'entraîne la nullité de l'acte lui-même que si cette clause peut être considérée comme la cause ou la condition impulsive et déterminante de cet acte ».

²⁷ Art. 1185 : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ».

²⁸ Qui ont suscité une littérature plus qu'abondante. V. par ex. : J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code Civil », in *Études offertes à A. WEILL*, Dalloz, 1983, p. 243 s. ; S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'art. 1174 à 1178 du Code Civil », *LPA* 21 et 22 juin 2000, n° 123 et 124 ; W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701 s. ; B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007, p. 677 s. ; M. LATINA, *op. cit.*, spéc. n° 295 s.

²⁹ LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 2, 1885, spé. art. 1174, n° 2 ; LAURENT, *Droit civil français*, t. 17, spé. n° 52, p. 68 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*

du Code civil³⁰, avait donc pour but de rappeler aux contractants que leur consentement était irrévocable : les parties ne peuvent consentir, tout en se réservant le droit de reprendre ce consentement unilatéralement, au moyen d'une condition³¹.

Reste que l'article 1170 du Code civil est mal rédigé. Cet article définit en effet la condition potestative comme celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. Sous l'influence de la jurisprudence, le critère de la prohibition des conditions potestatives s'est donc progressivement modifié. De théorique, ce critère s'est fait social, afin d'empêcher que le débiteur ne tienne le créancier à sa merci en conservant la faculté de se libérer, à son seul gré, de l'engagement souscrit³². La jurisprudence, plutôt que de s'en tenir au critère de la « seule volonté », a donc commencé à scruter les conditions afin de vérifier si l'évènement ne dépendait pas exagérément du pouvoir du débiteur³³. Plus la maîtrise, en fait, du débiteur sur l'évènement était importante, et plus le risque d'annulation, en droit, était grand. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence était incertaine, et il était difficile de savoir, *a priori*, si une condition allait tomber sous le coup de la nullité pour potestativité, ou si, au contraire, elle allait être validée. Tout était question de degrés, et il n'existait aucun critère opératoire permettant de savoir à partir de quand la maîtrise du débiteur sur l'évènement allait faire basculer la condition dans la potestativité prohibée³⁴.

théorique et pratique de droit civil, t. XIII ; *Obligations* t. II par BARDE, 1907, spé. n° 781, p. 18 et 19 ; TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, continué et complété par DUVERGIER, 6^{ème} éd., Vol. 3, 2^{ème} partie, spé. n° 495, p. 312.

³⁰ Art. 1174 C. civ. : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

³¹ Dans l'esprit des premiers commentateurs du Code civil, la nullité de l'art. 1174 du C. civ. confinait à l'inexistence. Pour des développements plus substantiels, v. M. LATINA, *op. cit.*, spéc. n° 304 s.

³² J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *le contrat au début du XXI^{ème} siècle, études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. p. 748.

³³ À l'origine, la potestativité était un vice de formation ; il permettait au juge de s'assurer que le consentement du débiteur n'avait pas fait l'objet d'une rétention contredisant l'idée même d'engagement (*potestas*=volonté). Progressivement, à mesure que la fiction de l'égalité des contractants s'érodait, la potestativité prohibée s'est transformée en vice d'unilatéralisme, le débiteur ne pouvant tenir le créancier à sa merci (*potestas*=puissance) : CARBONNIER, *Les obligations*, Droit civil 4, 22^{ème} éd., Thémis, 2000, § 137, p. 269.

³⁴ Par ex., la condition suspensive de vente d'un appartement était tantôt considérée comme nulle au motif que l'acheteur avait conservé, en pratique, la possibilité de ne pas vendre son bien (Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1963, *Bull. civ. I*, n°14 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 avr. 2004, *inédit*, n° de pourvoi : 00-22025), tantôt comme valable (Cass. civ. 1^{ère}, 2 juill. 1962, *Bull. civ. I*, n° 326 ; Cass. com., 17 mai 1965, *Bull. civ. IV*, n° 321 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 1976, *Bull. civ. I*, n° 72 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, *Defrénois* 1996, art. 36272, p. 348 obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1996, p. 604 note Ph. MALAURIE ; *RTD civ.* 1997 p. 128 obs. J. MESTRE ; *CCC* 1996, *comm.* n°19 obs. L. LEVENEUR).

Pire, l'article 1174, qui prescrit la nullité de l'obligation affectée d'une condition potestative, et l'article 1178³⁵, qui répute accomplie la condition lorsque celle-ci a défailli par la faute du débiteur, sont entrés en conflit. En effet, si le débiteur peut influencer sur l'évènement, n'est-ce pas parce qu'il avait un pouvoir sur celui-ci et, par conséquent, que la condition était prohibée ?³⁶ Petit à petit, s'est donc opéré un glissement de l'article 1174 du Code civil vers l'article 1178³⁷. Plutôt que de sanctionner, *a priori*, une condition dont l'évènement pouvait être manipulé par le débiteur, la jurisprudence a préféré interdire cette manipulation, *a posteriori*, grâce à l'article 1178, en réputant la condition accomplie. La prohibition de la condition potestative est donc redevenue une hypothèse d'école, limitée à la condition « *si voluero* ». C'est heureux car, même si les contractants ont un pouvoir de fait sur l'évènement conditionnel, ils n'ont plus le droit d'en contrecarrer l'avènement. C'est tout le sens de l'article 1178 du Code civil.

Le projet de réforme semble ainsi consacrer la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. L'article 1304-2 prohibe toujours la condition potestative, mais sans la nommer explicitement³⁸. Surtout, comme le fait déjà l'article 944 du Code civil³⁹, il définit la condition potestative interdite comme celle qui dépend de la « seule volonté du débiteur », sans plus faire de référence au pouvoir des contractants sur l'évènement. Il faut donc espérer que la jurisprudence continuera, comme elle semble le faire depuis quelques années, de limiter la condition potestative prohibée à la seule condition « *si voluero* ». Car, même si le débiteur peut influencer, en pratique, sur le cours des événements, il n'a plus le droit de le faire puisqu'il a donné irrévocablement son consentement au contrat. Il ne peut donc, sans se contredire, consentir au contrat, puis œuvrer pour voir la condition suspensive défailir ou la condition résolutoire s'accomplir. De toute façon, s'il venait à le faire, la sanction du « réputé accompli » viendrait le frapper, de manière bien plus adéquate que la nullité de l'obligation⁴⁰. L'article

³⁵ Art. 1178 C. civ. : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. »

³⁶ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, spéc. n° 294 s. : « La distinction entre condition potestative et condition dont la défaillance est le fait du débiteur n'est plus que chronologique, l'une sanctionnant *a posteriori* ce que l'autre interdit *a priori*. »

³⁷ S. GJIDARA, art. préc.

³⁸ Art. 1304-2 : « Est nulle l'obligation suspendue à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ».

³⁹ Art. 944 C. civ. : « Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle. »

⁴⁰ La nullité de l'obligation, et du contrat tout entier par le biais du défaut de contrepartie, libère le débiteur ! Le « réputé accompli » emprisonne au contraire le débiteur dans le contrat dont il avait voulu s'échapper en manipulant l'évènement conditionnel.

1304-3⁴¹ du projet reprend à cet effet le principe posé par l'article 1178 du Code civil en réputant accomplie la condition suspensive « si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement ». Le projet prévoit également une disposition similaire pour la condition résolutoire, disposition qui n'existe pas dans le Code civil, mais que la jurisprudence a consacré en bilatéralisant l'article 1178⁴².

Les dispositions relatives à la condition potestative semblent ainsi de nature à entériner le point d'équilibre auquel la jurisprudence contemporaine est parvenue en la matière. Reste que cet équilibre est fragile, et que tous les auteurs ne s'accordent pas sur la conception contemporaine de la condition potestative prohibée. Le temps était donc sans doute venu de se débarrasser de la condition potestative prohibée, qui n'est rien d'autre qu'un faux concept, et de se doter d'une réglementation des droits potestatifs. Le droit positif est en effet schizophrène. Si la condition qui dépend de la seule volonté du débiteur est prohibée, nombreux sont les droits potestatifs qui, au contraire, sont parfaitement valables. Un arrêt du 26 septembre 2012, rendu par la première chambre civile⁴³ est, à cet effet, particulièrement révélateur des difficultés qu'engendre l'absence de reconnaissance des droits potestatifs. Dans cette affaire, un contrat contenait une clause attributive de juridiction qui contraignait une des parties à agir devant les tribunaux luxembourgeois, mais qui autorisait l'autre à saisir « tout autre tribunal compétent ». La cour de cassation a ainsi décidé que cette clause ne liait qu'une seule des parties, et revêtait en conséquence un caractère potestatif. L'idée sous-jacente est, semble-t-il, que l'unilatéralisme d'une clause ne doit pas basculer dans l'arbitraire. Pourtant, aucun critère fiable n'existe en droit positif.

Mieux, c'est se payer de mots que de considérer que les clauses de dédit, les clauses de résiliation unilatérale, ou encore le réméré sont autre chose que des conditions purement potestatives. Le projet d'ordonnance amorce ainsi une révolution. Comme le fait le droit québécois⁴⁴, et renouant

⁴¹ Art. 1304-3: « La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.

La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt ».

⁴² Les arrêts ne sont pas très nombreux : CA Aix-en-Provence, 16 sept. 1987, *JurisData* n°1987-051235 ; *RTD civ.* 1987, p. 757 obs. J. MESTRE.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n°11-26022, *D.* 2012, p. 2876, note D. Martel ; *RLDC* nov. 2012, p. 12, obs. C. LE GALLOU ; *JCP G* 2012, 1065, obs. E. CORNUT ; *Gaz. Pal.* 14 nov. 2012, n°228, p. 7, note J.-G. MAHINGA ; *JCP E* 2013, 1003, n°9, obs. P. GRIGNON ; *RLDA* mars 2013, p. 51, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G* 2013, 105, note L. DEGOS et D. AKCHOTI ; *RDC* 2013, p. 661 s. obs. J.-B. RACINE.

⁴⁴ Art. 1500 du C. civ. du Québec : « L'obligation dont la naissance dépend d'une condition qui relève de la seule discrétion du débiteur est nulle ; mais, si la condition consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose, quoique cela relève de sa discrétion, l'obligation est valable ». C'est nous qui soulignons.

avec la doctrine des exégètes⁴⁵, l'article 1304-2 du projet d'ordonnance ne semble plus sanctionner que la seule condition suspensive potestative. Cet article précise en effet qu'« est nulle l'obligation suspendue à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ». On comprend ainsi que la condition résolutoire, qui dépend de la seule volonté du débiteur, est valable. Cette validité gomme donc une partie des incohérences du droit positif. Toutefois, il manque toujours une véritable réglementation des droits potestatifs, réglementation dont le but serait de donner un cadre à ces derniers⁴⁶.

Quoi qu'il en soit, une telle réglementation n'a rien à faire dans les dispositions relatives aux conditions suspensives et résolutoires, la volonté ne pouvant pas être érigée en événement conditionnel. En outre, si un événement extérieur venait à être influencé par la volonté ou l'action d'une des parties, la conséquence naturelle ne devrait pas être la nullité, mais le « réputé accompli », qui sanctionne de manière satisfaisante celui qui a voulu contrarier le cours des événements pour se libérer d'un contrat qu'il regrette. En définitive, il aurait été plus sain, et plus utile, non pas d'interdire la condition suspensive qui dépend de la seule volonté, et de valider en creux la condition résolutoire purement potestative, ces mécanismes n'ayant de condition que le nom, mais de réglementer les droits potestatifs qui connaissent actuellement un véritable essor.

Qu'en est-il à présent du jeu de la condition ?

II. LE JEU DES CONDITIONS

Le jeu des conditions pose également au moins deux questions. La première est celle relative au statut de l'obligation conditionnelle, avant la dissipation de l'incertitude, c'est-à-dire lorsque la condition est pendante. La seconde est liée à la rétroactivité que le droit positif attache à l'accomplissement de la condition.

A. – *La condition pendante*

Lorsque la condition est résolutoire, elle n'a aucun effet sur le contrat, avant la dissipation de l'incertitude. La convention produit donc ses effets

⁴⁵ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009, spéc. n° 303 s., p. 219 s.

⁴⁶ En l'absence de réglementation, la question de la validité des droits potestatifs accordés par le contrat à une partie sera tranchée, dans le droit commun, par le biais de l'art. 1169 du projet qui prohibe les clauses abusives.

comme si elle était pure et simple. En revanche, l'impact de la condition suspensive sur l'obligation est plus problématique. Le débat roule en doctrine sur le point de savoir si l'obligation conditionnelle existe ou non *pendente conditione*. La doctrine majoritaire s'accorde pour dire qu'à la différence du terme, la condition n'affecte pas que la seule exigibilité de l'obligation⁴⁷ ; elle aurait un impact sur l'existence même de celle-ci. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui ont ressenti le besoin de consacrer l'existence d'une « obligation en germe »⁴⁸, afin d'expliquer que le contrat conditionnel puisse produire certains effets *pendente conditione*. Le détour par ce fameux « germe de droit », dont les contours n'ont jamais pu être précisés, est inutile.

Si le contrat sous condition suspensive est d'ores et déjà obligatoire, c'est parce qu'il est parfait du point de vue des conditions de validité. Les normes supra-contractuelles d'intangibilité, d'irrévocabilité et de bonne foi s'appliquent donc à lui. Peu importe à cet égard qu'il n'ait pas encore engendré d'obligation. En d'autres termes, il n'est nullement antinomique de dire, d'une part, que le contrat sous condition suspensive a d'ores et déjà force obligatoire et, d'autre part que, *pendente conditione*, les obligations ne sont pas encore nées. Avant la dissipation de l'incertitude, les parties sont d'ores et déjà cocontractantes, ce qui explique que le contrat doive être respecté, mais elles ne sont pas encore créancières et débitrices l'une de l'autre, ce qui explique qu'elles ne puissent pas encore se prévaloir de l'effet caractéristique du contrat.

On peut donc regretter que le projet n'ait pas pris partie sur cette question en consacrant, par exemple, l'inexistence de l'obligation avant l'accomplissement de la condition suspensive⁴⁹. L'article 1304 du projet se contente en effet de dire que l'accomplissement de la condition suspensive « rend l'obligation pure et simple », tandis que l'article 1304-6, alinéa 1, énonce que « l'obligation produit tous ses effets à compter de

⁴⁷ Par ex. : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd. par BARTIN, spéc. § 303, p. 126 ; H., J. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*. T. 2, 1^{er} vol. : *Obligations, théorie générale* par F. CHABAS, 9^{ème} éd., Montchrestien, spéc. n° 1027 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1998, spéc. n° 159 et *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, spéc. n° 189 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations* t. 3 : *le rapport d'obligation*, 8^{ème} éd., Armand Colin, spé. n° 277 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^{ème} éd., Defrénois, spé. n° 1221 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, spé. n° 1210 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., LGDJ, spé. n° 170.

⁴⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2009, spéc. n° 1230 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^{ème} éd., Defrénois, spéc. n° 1238 ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, Droit civil 4, 22^{ème} éd., Thémis, spéc. n° 136, p. 265.

⁴⁹ C'est ce que faisait l'avant-projet CATALA dont l'article 1173 énonçait, dans son alinéa 2, que « l'événement auquel est suspendue la naissance de l'obligation est une condition suspensive ». C'est nous qui soulignons.

l'accomplissement de la condition suspensive ». Ces articles laissent donc entendre, sans prendre partie explicitement, que l'obligation existe déjà, mais qu'elle ne produit pas tous ses effets. Quant à l'article 1304-6, alinéa 3, il précise qu'« en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé ». Or, si l'obligation est réputée, par une fiction, n'avoir jamais existé, c'est bien qu'elle existait, au moins pour partie...

Est-ce à dire, qu'à l'image des principes Lando⁵⁰, les rédacteurs du projet ont souhaité unifier le terme et la condition, la condition, comme le terme, n'affectant alors que l'exigibilité de l'obligation ?⁵¹ Peut-être, mais la prise de position n'est pas claire⁵². Si telle avait été leur intention, ils auraient pu utiliser la même formulation pour la condition et le terme, en précisant que l'obligation est à terme « lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain »⁵³, et qu'elle est affectée d'une condition suspensive lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et incertain. Or, en usant de formulations différentes, le projet maintient le flou conceptuel sur l'impact de la condition suspensive sur l'obligation⁵⁴.

Cette incertitude n'aura toutefois pas de conséquence majeure en pratique puisque l'article 1304-5 du projet précise les droits des parties *pendente conditione*, notamment celui d'accomplir des actes conservatoires, et d'agir contre les actes passés en fraude de leurs droits⁵⁵. Contrairement au

⁵⁰ Art. 16.101 : « L'obligation contractuelle peut être conditionnelle si on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en différant sa prise d'effet jusqu'à ce que l'événement arrive (condition suspensive), soit en la résiliant lorsque l'événement arrive (condition résolutoire) ».

⁵¹ V. sur ce thème : G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat* sous dir. P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 151 s.

⁵² On peut noter, dans le sens d'un rapprochement de l'impact du terme et de la condition, que les droits du créancier conditionnel et du créancier à terme, avant la dissipation de l'incertitude ou l'arrivée du terme, sont, dans le projet, identiques. Les art. 1304-5, relatif à la condition, et 1305-2, al. 2, relatif au terme, contiennent en effet le principe selon lequel le créancier « peut exercer tous les actes conservatoires de son droit et agir contre les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits ». Toutefois, si l'art. 1305-2, al. 1 énonce que le débiteur à terme, qui a payé avant l'échéance, ne peut obtenir le remboursement, rien n'est précisé à ce sujet dans la section relative aux obligations conditionnelles. C'est assez fâcheux puisqu'on considère généralement que le débiteur conditionnel, qui a payé avant la dissipation de l'incertitude, peut au contraire obtenir le remboursement, précisément parce que son obligation n'existe pas encore *pendente conditione*. C'est d'ailleurs la différence pratique majeure (unique ?) entre l'impact du terme, qui n'affecte que l'exigibilité de l'obligation, et l'impact de la condition, qui affecte l'existence de l'obligation. Le projet n'est donc définitivement pas clair sur la question de l'impact de la condition suspensive.

⁵³ Art. 1305.

⁵⁴ Sur l'unification possible des effets du terme et de la condition, v. M. LATINA, *op. cit.*, spéc. n° 425, p. 325 et 326.

⁵⁵ Art. 1304-5 : « Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut

droit positif, le créancier n'aura donc plus à attendre la dissipation de l'incertitude pour utiliser l'action paulienne. Toujours est-il que le projet manque l'occasion de clarifier la situation d'attente qui précède l'accomplissement de la condition suspensive en optant clairement pour l'inexistence de l'obligation ou la seule suspension de son exigibilité. L'obligation conditionnelle est ainsi maintenue dans un « entre-deux » quelque peu mystérieux.

Quant à la caducité du contrat en cas de défaillance de la condition, elle n'est pas consacrée dans la section relative à l'obligation conditionnelle. À ce titre, le projet de la chancellerie corrige une malfaçon de l'avant-projet Catala. Ce dernier, qui avait également pris le parti de n'étudier la condition que sous l'angle de l'obligation, énonçait, dans son article 1182, qu'en « en cas de défaillance de la condition l'obligation est caduque ». Or, la caducité est une sanction qui frappe, classiquement, le contrat, et non les obligations, de manière isolée. Le projet de la chancellerie traite donc de la caducité dans la section relative aux sanctions du contrat. L'article 1186 précise en effet que le contrat valablement formé est caduc « lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité », ce qui correspond, essentiellement, mais pas exclusivement, à l'hypothèse de la défaillance de la condition suspensive. La sanction de la caducité, appliquée à la défaillance de la condition par la jurisprudence, est donc reprise dans le projet, au moins implicitement.

Enfin, et pour en terminer avec la situation d'attente, il faut se féliciter que le projet contienne une disposition qui permette au bénéficiaire exclusif de la condition d'y renoncer, avant la dissipation de l'incertitude⁵⁶. Même s'il faut solliciter une interprétation *a contrario* de l'article 1304-4, le projet semble ainsi fermer la porte à la renonciation unilatérale, postérieure à la défaillance de la condition. Or, sur ce point, l'on sait que la jurisprudence n'est pas claire, certains arrêts semblant autoriser le bénéficiaire exclusif de la condition à renoncer à se prévaloir des effets de la défaillance⁵⁷, tandis que d'autres refusent au bénéficiaire une telle prérogative⁵⁸. Le projet pourrait donc mettre fin à une jurisprudence plus que confuse⁵⁹.

Reste enfin à voir les effets de la condition accomplie.

accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits ».

⁵⁶ Art. 1304-4 : « une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie. »

⁵⁷ V. par ex. Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, *Bull. civ.* III, n° 82.

⁵⁸ V. par ex. Civ. 3^{ème}, 28 avr. 2011, n° de pourvoi : 10-15630.

⁵⁹ Sur cette question, v. Th. GENICON, « Renonciation à une condition suspensive : l'incertitude demeure », *RDC* 2010, p. 567 s.

B. – *L'accomplissement de la condition*

En droit positif, l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif. Lorsque la condition suspensive s'accomplit, le contrat est censé avoir produit tous ses effets au jour de la rencontre des consentements. De même, lorsque la condition est résolutoire, l'accomplissement de l'évènement entraîne l'anéantissement rétroactif des effets de la convention. La rétroactivité du jeu de la condition est critiquée depuis le début du 20^{ème} siècle⁶⁰. Plus précisément, c'est la rétroactivité de la condition suspensive qui a soulevé le plus d'objections⁶¹. La rétroactivité de la condition résolutoire est, en effet, une conséquence, non du jeu de la condition, mais de la résolution qu'elle entraîne. Or puisque, *pendente conditione*, le contrat soumis à une condition résolutoire produit tous ses effets, il est nécessaire, lorsque l'évènement conditionnel arrive, de détruire ce qui a été fait pour préserver les parties du risque auquel elles voulaient précisément échapper. En effet, les contractants souhaitaient que le contrat ne produise des effets qu'en l'absence d'un évènement particulier. Plutôt que d'attendre la dissipation de l'incertitude, la condition résolutoire leur permet ainsi d'anticiper, en faisant produire immédiatement tous ses effets au contrat, sachant qu'ils auront l'assurance que ces effets seront effacés, si l'évènement redouté vient finalement à s'accomplir.

La symétrie entre la rétroactivité de la condition suspensive et celle de la condition résolutoire est donc en trompe-l'œil. À ce titre, les projets européens d'harmonisation du droit des contrats sont allés trop loin dans la remise en cause de la rétroactivité. L'article 16.103 (2) des Principes du droit européen du contrat dispose en effet que « l'obligation sous condition résolutoire *s'éteint* lorsque la condition se réalise, à moins que les parties n'en conviennent autrement ». Or, le système de restitution après résolution mis en place par ces Principes ne permet aux contractants que de récupérer les prestations pour lesquelles la contrepartie attendue n'a pas été reçue⁶². En d'autres termes, le système de restitution prévu n'est applicable qu'à la seule résolution pour inexécution, ce qui prive de tout intérêt le jeu de la condition résolutoire, les effets passés ne pouvant être, dans ce système, effacés, dès lors que chaque partie a reçu ce qui lui avait été promis. *Quid* alors de la résolution d'une vente, consécutive à l'accomplissement d'une condition résolutoire, lorsque la vente a été régulièrement exécutée ? À

⁶⁰ LELOUTRE, *De la non-rétroactivité de la condition accomplie dans l'acte et le fait juridique*, th. Caen, 1904 ; L. BERNARD, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, th. Aix-Marseille, 1909 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, th. Paris, 1922.

⁶¹ En ce sens : J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. Lille, 1977, spéc. n° 333, p. 464.

⁶² V. art. 9.306 à 9.309.

suivre les Principes Lando, les effets passés ne pourraient être remis en cause, la seule obligation éteinte, pour l'avenir, étant alors l'obligation de garantie... Il faut donc se réjouir que le projet de réforme ait traité différemment la condition suspensive, pour laquelle la rétroactivité de principe a été supprimée⁶³, de la condition résolutoire, pour laquelle la rétroactivité de principe a été maintenue⁶⁴.

1. La suppression de la rétroactivité de l'accomplissement de la condition suspensive

Historiquement, la rétroactivité de l'accomplissement de la condition suspensive a été instaurée dans un souci de protection du créancier conditionnel. La rétroactivité viendrait en effet détruire les actes passés par le vendeur avant la dissipation de l'incertitude, purgeant, par là-même, le bien vendu des engagements que ce dernier aurait pu prendre *pendente conditione*. Pourtant, l'argument est faible. En effet, il est admis depuis longtemps que les parties peuvent renoncer à la rétroactivité pour ne faire produire effet à la convention qu'au jour de l'accomplissement de la condition. Est-ce à dire, qu'en renonçant à la rétroactivité, le créancier aurait renoncé à toute protection contre les actes passés par le débiteur, *pendente conditione*, en contradiction avec son engagement ? Certes pas. C'est la raison pour laquelle la rétroactivité n'a jamais été qu'une justification d'appoint, qui masquait le fondement réel de la protection, à savoir l'opposabilité du contrat conditionnel. Le contrat conditionnel étant valablement formé, son existence, et la situation juridique qu'il a engendrée est opposable aux tiers⁶⁵. La protection des parties, *pendente conditione*, ne s'explique donc, ni par l'existence d'un germe de droit, ni par la

⁶³ Art. 1304-6 : « L'obligation produit tous ses effets à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition aura un effet rétroactif à compter du jour auquel l'engagement a été contracté. Dans ce cas, la chose, objet de l'obligation, demeure aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et en perçoit les fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

⁶⁴ Art. 1304-7 : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation sans remettre en cause, le cas échéant, les actes d'administration.

La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si l'économie du contrat le commande ».

⁶⁵ On précisera toutefois que l'opposabilité du contrat, comme la rétroactivité d'ailleurs, cède, en matière immobilière, devant les règles de la publicité foncière ; en cas de conflits entre acquéreurs conditionnel et pur et simple d'un même bien immobilier, le premier ayant publié sera considéré comme propriétaire. De même, en matière mobilière, l'opposabilité, comme la rétroactivité, cède devant le jeu de l'article 2276 du Code civil ; celui qui a été mis en possession le premier peut se prévaloir de la règle en fait de meuble possession vaut titre : V. J.-J. TAISNE, « art. 1175-1180 », in *Juris-cl. Civil*, spéc. n° 34.

rétroactivité, mais par l'existence d'un lien contractuel, valablement formé et, comme tel, déjà opposable aux tiers⁶⁶.

La suppression de la rétroactivité de principe de l'accomplissement de la condition suspensive n'affaiblit donc pas la situation des parties. Le système français aura ainsi tendance à se rapprocher du système allemand qui, plutôt que de recourir à fiction de la rétroactivité, a prescrit « l'inefficacité » des actes de disposition accomplis par le débiteur/vendeur *pendente conditione*⁶⁷. L'article 1304-5 du projet permet en effet au créancier, avant même la dissipation de l'incertitude, d'agir contre les actes du débiteur qui ont été passés en fraude de ses droits. Peut-être aurait-il fallu cependant prescrire, comme le droit allemand, l'inefficacité automatique des actes passés par le débiteur en contradiction avec son engagement, plutôt que de s'en remettre à l'action du créancier.

Reste que si la rétroactivité de principe de l'accomplissement de la condition suspensive a été supprimée, la rétroactivité de principe de l'accomplissement de la condition résolutoire a été maintenue.

2. Le maintien de la rétroactivité de l'accomplissement de la condition résolutoire

L'accomplissement de la condition résolutoire reste, en principe, rétroactive ; la condition résolutoire ne devient donc « résiliatoire » ou « extinctive » que si les parties en ont fait le choix, ou si l'économie du contrat le commande. Cette dernière précision est quelque peu obscure. Il est peu probable que les rédacteurs aient visé, par cette exception, l'ensemble des contrats à exécution successive. Comme cela a été démontré, ces

⁶⁶ Comp. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, spé. n°272 s., p.258 s. M. WICKER a tiré les conséquences de la clarification des concepts d'effet relatif et d'opposabilité en donnant une nouvelle signification à la rétroactivité. La rétroactivité ne serait en effet que la simple manifestation de l'existence *pendente conditione* de l'« obligation définitive à l'état imparfait » et, partant, de l'opposabilité de celle-ci. En d'autres termes, c'est l'existence du « rapport d'obligation », composante de l'obligation matérialisant la force obligatoire de la promesse selon M. WICKER, qui fonderait l'opposabilité.

⁶⁷ § 161 BGB : « Lorsqu'une personne a disposé d'un bien sous condition suspensive, tout autre acte ultérieur de disposition de cet objet qu'elle effectuerait pendant la période de suspension est inefficace en cas de réalisation de la condition, dans la mesure où cet acte anéantirait ou amoindrirait l'effet juridique dépendant de la condition. Est assimilé à une telle disposition un acte de disposition effectué pendant la période de suspension, soit sous forme d'exécution forcée ou de saisie-arrêt, soit par le fait du syndic de la faillite ». Sur ce point, v. C. WITZ, *Droit privé allemand*, Litec, spé. n° 560. V. aussi l'art. 152, a. 3 du Code suisse des obligations. Cet article est cependant plus ambigu car il prescrit la nullité des actes de disposition. V. P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973, spé. n° 268 qui estime que « cette règle ne signifie qu'une chose : les dispositions sont absolument inopposables au bénéficiaire de la condition ». Italique ajouté au texte. Comp. D. GUGGENHEIM, *Les effets du contrat*, vol. 2, Georg édition, 1995, spé. n° 9, p. 327 qui déclare que « le débiteur ne peut plus disposer de la chose ou de la créance pendant la période où le contrat est en suspens ».

contrats ne sont en rien réfractaires, par principe, à la rétroactivité⁶⁸. L'économie du contrat fait donc, plus vraisemblablement, référence à l'intention implicite des parties, telle que révélée par le contenu du contrat.

On regrettera pourtant que le projet n'ait pas clarifié le problème de l'attribution des risques en cas de condition résolutoire. L'article 1304-5 précise en effet que, lorsque le jeu de la condition suspensive est rétroactif, les risques pèsent sur le vendeur⁶⁹, par exception à la rétroactivité. En bonne théorie, l'acquéreur, censé avoir été propriétaire du bien depuis l'échange des consentements, aurait du supporter les risques de perte survenus *pendente conditione*. En posant une exception au jeu de la rétroactivité, le projet est ainsi conforme au droit positif⁷⁰. Or, le débat roule en doctrine pour savoir si cette exception à la rétroactivité vaut également pour la condition résolutoire⁷¹. Autrement dit, si la chose a péri avant l'accomplissement de la condition résolutoire, les risques sont-ils pour le vendeur, qui est censé n'avoir jamais perdu la propriété, ou pour l'acheteur, par analogie avec la dérogation prévue en matière de condition suspensive ? Les mêmes causes devant produire les mêmes effets, on aurait tendance à étendre l'exception prévue pour la condition suspensive, à la condition résolutoire⁷². Reste que, faute de texte, le doute persiste toujours, et il en sera de même si le projet de réforme est adopté dans les termes qu'on lui connaît à l'heure où ces lignes sont écrites.

En définitive, il n'est pas certain que les rédacteurs du projet de la Chancellerie aient saisi tous les enjeux qui se cachent derrière la question des conditions suspensives et résolutoires. La section relative aux obligations conditionnelles ne règle ainsi pas toutes les questions qui agitent la matière. La réforme est toutefois significative puisqu'elle valide, en creux, les conditions résolutoires qui dépendent de la seule volonté du

⁶⁸ V. par ex. Th. GENICON, *RDC* 2009, n° 1, p. 70, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2008 ; v. déjà J. GHESTIN, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution des contrats à exécution successive », in *Mélanges P. Raynaud*, p. 203 s.

⁶⁹ Le projet utilise le terme de « débiteur », ce qui est maladroit. Dans un contrat synallagmatique, les contractants sont en effet créanciers et débiteurs en même temps. C'est d'acquéreur dont il aurait fallu parler.

⁷⁰ Art. 1182 C. civ. : « Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périée sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts. »

⁷¹ V. J.-J. TAISNE, art. 1183, in *Juris-Cl. civ.*, spé. n° 37 à 39. V. aussi *op. cit.*, spéc. n° 320, p. 442 s.

⁷² *Contra*. J.-J. TAISNE, *préc.*

débiteur, et abandonne la rétroactivité de l'accomplissement de la condition suspensive.

LES CONDITIONS QUELQUES REMARQUES D'UN POINT DE VUE ALLEMAND

Oliver REMIEN*

Les conditions peuvent apparaître comme un sujet fort classique et traditionnel, et dont l'analyse comparative ne promet ni grandes découvertes, ni surprises. Néanmoins, les comparaisons franco-allemandes sont toujours intéressantes. Je vais donc faire quelques brèves observations, d'un point de vue allemand, sur l'étude de M. Latina couvrant les obligations conditionnelles des articles 1304 et suivants du projet d'ordonnance.

Avec ma formation de juriste allemand, je commencerai par quelques remarques préliminaires avant d'exposer certains points particuliers, le tout présenté successivement en trois plus trois donc au total six points.

1. Partie générale – Oui ou Non?

Tout d'abord, le juriste allemand peut être étonné par le fait que ces articles 1304 et suivants ne concernent que les « obligations conditionnelles » (soulignement ajouté). En Allemagne, les articles 158 et suivants du *BGB* se trouvent bien dans la fameuse partie générale du livre premier du *BGB*¹. Pourtant, au regard du fait que ni le droit français en vigueur ni le projet ne reconnaissent les principes de séparation et d'abstraction du *BGB*², cela se comprend, au moins en partie. Le projet contient même une disposition

* Professeur à l'Université de Würzburg.

¹ Sur la partie générale, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, 1997, p. 79; C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^{ème} éd. 2013, p. 88.

² V. O. REMIEN, « Le transfert de propriété – une perspective allemande », *Revue des contrats* 2013, 1714, 1716; WITZ *ibid.* 105.

spécifique concernant « l'effet translatif » du contrat à l'article 1197, c'est-à-dire l'effet de transférer la propriété, ce qui, en Allemagne, relève du droit des biens du livre 3 du *BGB*, et non du livre 2 sur les obligations³. Dès lors, il apparaît qu'en dépit d'une systématisation différente, tant les dispositions allemandes que françaises fixent les conditions concernant transfert de propriété.

Naturellement, le juriste allemand va ici tout de suite penser à la réserve de propriété et peut-être à la fiducie, c'est à dire aux suretés au sens large du terme⁴. Est-ce que les règles sur les obligations conditionnelles présentent une utilité en France en droit des suretés ? C'est une question que le juriste allemand peut se poser.

Si le juriste français se demande si les conditions relèvent plutôt des obligations ou des effets⁵ – je pense que les effets ne sont jamais plus grands que les obligations. Est-ce que la question est pertinente?

En outre, bien que les conditions ne sont généralement pas permises en matière d'état civil, en droit de la famille⁶, le juriste allemand est amené à se demander si les dispositions sur les conditions ne pourraient pas être utiles aux juristes français en matière de succession. En Allemagne, c'est clairement le cas – tandis que pour acceptation ou refus de la succession les conditions ne sont pas permises⁷, pour les conditions dans les testaments le *BGB* dans les articles 2074, 2075 et 2076 même donne des règles spécifiques pour leur interprétation, le § 2074 pour les conditions suspensives, le § 2075 pour les conditions résolutoires et le § 2076 pour les conditions au profit d'un tiers. Là, les conséquences juridiques des conditions sont déterminées par les §§ 158 et suivants *BGB*, l'interprétation est régie par les §§ 2074, 2075 et 2076 *BGB*⁸ et le testateur peut donc essayer d'influencer le comportement de ses héritiers par de telles conditions⁹. Qu'en est-il en France ? Je me demande si les articles 1304 et suivants du projet d'ordonnance pourraient recevoir application au delà du droit des obligations.

2. Parallélisme Condition et Terme – Oui ou Non?

Deuxièmement, l'observateur allemand remarquera que les articles 1304 à 1304-7 du projet ne concernent que l'obligation conditionnelle, et

³ V. REMIEN *ibid.* 1716 et s.

⁴ V. FERRAND p. 618, n° 647 et s.

⁵ V. LATINA, « Le nouveau régime des obligations conditionnelles » n° 2.

⁶ V. p. ex. pour le mariage § 1311 phrase 2 *BGB*, pour l'adoption § 1752 al. 2 phrase 1 *BGB*, pour la reconnaissance de paternité § 1594 al. 3 *BGB*; pour le principe v. WESTERMANN in *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 1: §§ 1-240, § 158 n° 27.

⁷ Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 333, n° 848.

⁸ V. LEIPOLD, ERBRECHT, 20^{ème} éd. 2014, p. 170, n° 447.

⁹ V. LEIPOLD *ibid.*, aussi sur les bonnes mœurs comme limite selon § 138 *BGB*.

non pas l'obligation à terme. Celle-ci est réglée spécialement dans les articles 1305 à 1305-5. Dans le *BGB* allemand, la situation est différente : le titre 4 de la section concernant les actes juridiques – les fameuses « *Rechtsgeschäfte* » – du livre premier du *BGB*, soit les articles 158 à 163 du *BGB*, porte l'intitulé « Condition et Terme ». En outre, bien que ces dispositions règlent d'abord la condition, l'article 163 *in fine* dispose tout simplement que les règles sur les conditions s'appliquent par analogie aux termes. C'est à dire qu'en droit allemand les règles sur les conditions et les termes sont quasiment identiques et elles ont trouvé une réglementation quasi uniforme. Il n'en est pas de même en droit français. Pourquoi? Le parallélisme allemand est-il faux ou bien est-ce la distinction française qui est superflue ?

L'objet de notre propos étant la condition, je me limiterai à ces quelques remarques, quoique la question de l'assimilation du régime du terme à celui de la condition mérite, selon moi, véritablement d'être posée.

3. Brièveté – Oui ou Non?

Troisièmement, M. Latina remarque très pertinemment qu'il est prévu de réduire la réglementation française de 17 à 8 articles¹⁰. Sur les conditions, le *BGB* n'a quant à lui que 5 articles. Toutefois, ces observations relèvent sans doute d'une « Erbsenzählerei » – c'est à dire d'un comptage de petits pois. En tout cas, à mon avis, le juriste allemand appréciera l'allègement proposé de la réglementation française. Contrairement à l'opinion de M. Latina, les articles 1175 et 1176 du Code civil, par exemple, me paraissent vraiment superflus en raison de leur évidence. Ne sont-ils pas plus doctrinaux, ou peut-être plutôt de style quasiment anglo-américain, que les articles du *BGB*? Un premier projet partiel du *BGB* comptait d'ailleurs 33 articles sur les conditions¹¹. Le *BGB* ne démontre-t-il pas qu'il est possible de faire preuve de davantage de concision ?

4. Quelques consonances et dissonances

Un peu à la manière de l'article 1304 du projet d'ordonnance, l'article 158 du *BGB* définit les obligations suspensives et résolutoires.

Une règle comme celle de l'article 1304-1 sur les conditions impossibles ou illicites apparaît superflue en droit allemand. Pour la condition résolutoire impossible ou illicite, il est clair que la seconde partie

¹⁰ V. LATINA, « Le nouveau régime des obligations conditionnelles » n° 1.

¹¹ Th. FINKENAUER, in *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB Band I : Allgemeiner Teil* §§ 1-240. Hrsg. v. M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT u. R. ZIMMERMANN 2003, §§ 158-163 n° 13.

de l'article 1304-1 est une erreur du point de vue allemand, comme du point de vue de M. Latina¹².

La nullité entière ou partielle en Allemagne est traitée de façon générale à l'article 139¹³. On peut donc dire que le droit allemand fait référence, en support de la critique de l'article 1304-1 du projet d'ordonnance par M. Latina¹⁴.

La condition potestative de l'article 1304-2 du projet est également un objet classique du droit allemand. Aussi, en droit allemand, il n'est pas facile de déterminer quelles sont les conditions qui doivent être qualifiées de « potestatives ». Elles sont néanmoins considérées comme licites, seules les conditions « *si voluero* » (*Wollensbedingungen*) sont problématiques¹⁵. L'approche me semble assez souple, l'interdiction étant plutôt restreinte. En droit successoral, le testateur peut – dans les limites des bonnes mœurs – essayer d'influencer le comportement de ses héritiers par de telles conditions potestatives¹⁶. Toutefois, une condition de changement de religion, de mariage ou non d'une personne déterminée, ou de divorce serait contraire aux bonnes mœurs tandis que la clause de remariage est valable parce qu'elle protège la participation des enfants à la succession¹⁷.

Les règles sur les conditions empêchées ou provoquées se trouvent déjà dans le *BGB* (voir l'article 162 du *BGB*).

5. Jeu de la condition - avec ou sans soucis

S'agissant du jeu des conditions, le droit allemand ne se fait pas les soucis du droit français. Comme déjà indiqué, le *BGB* adopte une approche unitaire de la condition et du terme. En revanche, il me semble que les principes Lando¹⁸ ne règlent que les conditions, laissant ouverte la question du terme.

Dans des règles assez détaillées, le *BGB* prévoit que les actes juridiques passés en contradiction avec la condition sont d'une nullité relative vis-à-vis la personne titulaire du droit (§ 161 *BGB*). Ceci me paraît très clair, peut-être plus clair que le nouvel article 1304-5 du projet français.

En ce qui concerne la renonciation unilatérale de l'article 1304-4 du projet, le *BGB* ne la connaît pas expressément. Une telle disposition est-elle véritablement nécessaire ?

¹² V. LATINA « Le nouveau régime des obligations conditionnelles » n° 5.

¹³ Le § 139 n'est toutefois pas applicable à la condition illicite d'un testament, LEIPOLD *ibid.* p. 170, n° 449.

¹⁴ H. P. WESTERMANN in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band I Allgemeiner Teil*, 6^{ème} éd. 2012, § 158 on. 46 et s.

¹⁵ H. P. WESTERMANN *préc.*, § 158 n° 18 et s.

¹⁶ LEIPOLD, *préc.*, p. 170, n° 448.

¹⁷ LEIPOLD, *ibid.*

¹⁸ Art. 16.101 PECL.

6. *Rétroactivité – Nécessaire ou non ?*

En matière d'accomplissement de la condition, le *BGB* ne connaît pas de rétroactivité et cette approche est partagée par les Principes Lando¹⁹. Les travaux préparatoires, les *Motive*, sont très clairs : nul besoin de la rétroactivité²⁰. En effet, même pour les conditions résolutoires l'effet rétroactif est superflu : aussitôt que la condition est remplie, le droit conféré retombe dans les mains du titulaire initial. Une action en restitution n'est, à strictement parler, même pas nécessaire. Les *Motive* du *BGB* se sont expressément décidés en ce sens (§ 158 alinéa 2 *BGB*). Les points de vues allemands et français semblent donc être bien différents en la matière.

En ce qui concerne la condition suspensive, le § 161 *BGB* assure le régime de protection pour les actes réalisés pendant la période intermédiaire, comme M. Latina l'a déjà expliqué²¹.

CONCLUSION

Ces observations du point de vue allemand nous permettent de faire deux remarques :

D'abord, il semble que, par le projet d'ordonnance, les droits français et allemands se rapprochent, mais seulement dans une certaine mesure. Décidemment, sur des questions qui ne sont pourtant point nouvelles, les opinions restent divisées. Nous avons beaucoup en commun, mais, en droit civil, nombre d'aspects nous séparent encore.

Ensuite, il apparaît que la comparaison franco-allemande est toujours constructive. Elle est susceptible de nous aider à mieux comprendre les enjeux des problèmes posés et à trouver les solutions pour y répondre, tant dans le système juridique voisin que dans notre propre système juridique.

Qui sera le grand gagnant du concours de beauté européen du droit des obligations ? L'avenir le dira.

¹⁹ Art. 16.103 PECL.

²⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch* Motive Band I, Zehnter Titel, p. 252 et s.

²¹ V. LATINA, « Le nouveau régime des obligations conditionnelles » n° 22.

PARTIE VII

LA CONSÉCRATION DE LA CESSION DE DETTE

LA CONSÉCRATION DE LA CESSIION DE DETTE

Yves PICOD*

On sait que le rapport d'obligation est un droit de nature patrimoniale. Du côté du créancier, il représente une valeur d'actif : le créancier peut chercher légitimement à en tirer finance par la transmission de son titre ; du côté du débiteur un élément de passif : le débiteur peut vouloir transférer sa dette à autrui.

Or, toute l'histoire de la transmission de l'obligation procède d'un mouvement permanent en faveur de la circulation des créances et des dettes. Le droit romain perçoit le rapport d'obligation comme un lien de droit entre deux personnes : ce dernier est donc intransmissible, même si le principe a trouvé quelques palliatifs. L'intransmissibilité s'appliquait aussi aux héritiers avant que le droit romain accueille par la suite la transmission à cause de mort des créances et des dettes. C'est sous l'ancien droit que la cession de créances entre vifs va apparaître à travers la *denunciatio* faite au débiteur ; mais le transfert s'opérait en réalité par la *traditio* (remise de la chose), la vente n'étant pas elle-même translatrice. Puis, en 1804, le Code civil des Français a consacré dans sa forme actuelle la cession de créances aux articles 1689 et suivants, au sein du titre consacré à la vente : le seul accord des parties suffit à la validité du transfert, mais suppose une signification au débiteur pour lui être opposable¹.

Si aucun obstacle n'existe à la cession de créance, sous réserve de la publicité dont la notification fait office, en revanche, la cession des dettes – qui semble pourtant en être le pendant – pose problème : la personne du débiteur, ses qualités, son patrimoine sont des éléments déterminants pour le

* Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Perpignan, Responsable du Centre de la concurrence Y-S.

¹ Seules certaines variétés particulières de cession, apparues par la suite, seront dispensées de ce formalisme (titres négociables, cession de créances professionnelles).

créancier. Autrement dit, la dimension du lien personnel du rapport d'obligation est ici sous-jacente. Il n'est donc pas étonnant que le Code civil n'ait pas consacré la cession de dette.

Or, aujourd'hui, la vie contemporaine des affaires fait appel à des montages juridiques complexes tels que la substitution de garantie, la fusion acquisition « où se négocient, s'inversent et s'échangent, aussi, les qualités de créancier et débiteur² ». C'est tout le défi de la complexification des relations conventionnelles.

Ainsi, à l'occasion d'une vente d'immeuble acquis au moyen d'un prêt, le sous-acquéreur peut vouloir prendre en charge la dette de son vendeur, ce qui a l'avantage de libérer le vendeur de sa dette et pour l'acquéreur d'éviter une défaillance de son vendeur : voilà pourquoi les notaires y sont favorables. C'est aussi l'hypothèse de la vente de fonds de commerce qui n'est pas une universalité de droit : les créances et les dettes ne sont pas un élément incorporel du fonds. Dès lors, une clause du contrat de cession d'un fonds de commerce aux termes de laquelle les créances et dettes attachées à son exploitation sont transmises à l'acquéreur peut être d'un intérêt majeur pour assainir la situation.

À titre autonome, on peut l'envisager en tant qu'opération de crédit (un débiteur obtient la prise en charge de ses dettes par un tiers pour un temps déterminé contre rémunération) ou bien encore comme une opération de gestion (une entreprise confie à une autre la liquidation de ses dettes). Le cessionnaire peut enfin vouloir faire une libéralité au cédant en assumant sa dette sans contrepartie : le père pour aider son fils à assumer sa dette, par exemple.

D'une façon générale, la cession de dette peut s'avérer utile dans le cadre du droit des entreprises en difficulté.

Par ailleurs, la cession de dette est consacrée par le droit comparé, notamment le droit allemand³, le droit suisse⁴ ou le droit italien⁵, mais aussi les projets européens qu'il s'agisse des principes Unidroit, de l'avant-projet du groupe de Pavié⁶, des principes du droit européen des contrats⁷, ou du projet de cadre commun de référence⁸. On mesure alors l'isolement du droit français au cours de ces dernières années. Certes, des solutions de substitution permettent d'atteindre le même résultat par des moyens indirects tels que la stipulation pour autrui ou la délégation, la novation, voire la

² D. R. MARTIN : préface de la thèse de L. ANDREU : *Du changement de débiteur*, Dalloz, Nouv. Bibl. thèses, 2010, p IX.

³ § 414 BGB; cf F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 304 s.

⁴ Art. 175 C. oblig.

⁵ Art. 1268 C. civ.

⁶ Art. 126 C. civ.

⁷ Art. 12:101 et 12.

⁸ Art. III-5 : 201 et III-5 : 202.

subrogation conventionnelle *ex parte debitoris*, mais sans présenter les mêmes avantages.

La question fait pourtant débat en France depuis longtemps : en 1898, Gaudemet y consacrait sa thèse⁹, faisant office de pionnier et s'inspirant de la reprise de dette d'Outre-Rhin. L'auteur estime que l'ancien débiteur trouve dans cette convention un moyen de transférer sa dette à un nouveau débiteur, sans que le créancier n'ait à participer à la convention. Mais pour protéger les droits du créancier, la cession est inopposable à ce dernier : elle laisse ses droits inchangés et ne lui confère aucune action contre le nouveau débiteur, sauf s'il consent à l'opération. Parallèlement, Saleilles¹⁰ s'inspirera du modèle allemand ; toutefois, à la différence de Gaudemet, il opère une distinction quant à l'effet à l'égard du créancier : la cession à son égard est parfaite s'il souhaite en invoquer l'effet translatif ; en revanche, si l'on entend invoquer contre lui le mécanisme, son consentement est nécessaire. Plus tard, certains auteurs, tels que Christian Larroumet¹¹, défendront aussi l'idée que les principes de notre droit civil ne s'opposent pas à l'admission de la cession de dette. Plus récemment, il a été soutenu que la liberté des conventions autorisait à décider, par un accord tripartite entre le nouveau débiteur, l'ancien et le créancier que le premier assumera désormais la dette du second, le créancier libérant ce dernier pour l'avenir¹².

Toutefois, les résistances sont nombreuses, le changement de débiteur paraissant inconcevable à un certain nombre d'auteurs, malgré le modèle allemand de la théorie de la reprise de dette. Ainsi, dans leur ouvrage de droit des obligations, Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck considèrent par exemple qu'à la différence de la créance, la dette est inséparable de sa cause, du but pour lequel le débiteur s'engage. Par conséquent, la reprise de dette passe par la création d'une obligation nouvelle : mais l'obligation n'est pas translatrice¹³. D'autres auteurs y sont nettement opposés, estimant que les dettes ne sont pas des biens et qu'elles restent donc étrangères au patrimoine¹⁴. On a aussi avancé qu'il n'était pas possible pour les parties de transformer la dette en bien¹⁵. Cela participe de l'idée selon laquelle un

⁹ *Étude sur le transport de dette à titre particulier*, Thèse Dijon, 1898. Sur ce travail, cf. F. CHENEDE et É. GAUDEMET, « le transport de dettes », *RDC* 2010, p. 363.

¹⁰ « De la cession de dette », *Ann. Droit comm.* 1890, Doctr. 1.

¹¹ Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux, 1968 ; cf aussi Ch. LAPP : *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, Strasbourg, 1950 ; Ch. VILAR : *La cession de contrat en droit privé*, thèse, Montpellier, 1968 ; L. AYNÈS et plus récemment L. ANDREU, préc.

¹² TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 2013, n° 1308.

¹³ *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n° 1443 ; L. AYNÈS *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984, n° 61 s.

¹⁴ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1998, n° 179.

¹⁵ MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 1998, n° 1281.

individu ne peut se décharger volontairement de ses dettes, comme il ne pourrait se libérer lui-même des ses péchés.

En l'absence de texte consacrant la technique translatrice dans notre droit, la jurisprudence ne l'admet généralement que de façon parcimonieuse, dans des hypothèses liées à la transmission d'un bien, encore qu'un arrêt rendu en 2009 ait parfois été présenté comme une ouverture à la cession de dette en cas de consentement du créancier à l'opération¹⁶.

On ne pouvait manquer de relancer le débat à l'occasion de la réforme du droit des obligations. Mais là encore, des divergences de fond interviennent entre les projets successifs. Néanmoins, le projet d'ordonnance de la Chancellerie portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de février 2015, largement inspiré par le projet Terré, propose de consacrer la cession de dette en droit français, à l'instar de la plupart des droits modernes au sein d'une section consacrée aux opérations translatives, de même qu'il propose d'assouplir et de faciliter la cession de créance ainsi que de consacrer parallèlement la cession de contrat. Pour autant, de nombreuses questions restent posées par les textes dont l'interprétation reste parfois difficile et dont on ne mesure peut-être pas à première lecture toutes les retombées. C'est en tout cas la réforme la plus innovante du régime des obligations qui, pour l'essentiel, est assez peu modifiée. Elle permettra sans doute d'harmoniser notre droit avec celui des pays voisins, tels que l'Allemagne.

Ainsi, l'avènement de la cession de dette apparaît comme l'aboutissement d'un long parcours. Son régime juridique reste néanmoins à construire à partir des articles proposés.

I. L'AVÈNEMENT DE LA CESSIION DE DETTE

Au cours de ces dernières années, l'idée d'une cession de dette à titre particulier a fait son chemin, parfois avec hésitation, pour finalement aboutir comme une mesure phare du projet de la réforme du droit des obligations.

A. – *Un cheminement hésitant*

Certaines dettes présentent la particularité d'être associées au sort d'un bien par une sorte d'« *intuitus rei* » ; dès lors, quand le bien est aliéné,

¹⁶ Cf *infra*, n°20.

l'obligation qui se greffe sur lui devrait suivre le même sort¹⁷. À des fins de politique juridique, le législateur a parfois consacré cette idée, encore qu'il s'agisse plus de cession de contrat que de cession de dette à proprement parler : on citera l'obligation pour l'acquéreur d'un immeuble de respecter les baux souscrits par le cédant (article 1743 Code civil) ou encore en droit des assurances, la continuation de plein droit du contrat en cas d'aliénation de la chose assurée (article 121-10 Code des assurances)¹⁸. La jurisprudence a toutefois admis des hypothèses de transmission de plein droit liées à la transmission d'un bien, en l'absence de tout texte législatif (obligations dites réelles ou *propter rem*). Une certaine évolution s'est même produite à propos des clauses de non-concurrence figurant dans les contrats de cession de biens immobiliers à travers la notion contestée de servitude de non-concurrence¹⁹.

Un arrêt très remarqué de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 avril 2009²⁰ pose plus particulièrement une belle question de droit : la clause du contrat de cession d'un fonds de commerce aux termes de laquelle les créances et dettes attachées à son exploitation sont transmises à l'acquéreur est-elle opposable au créancier du cédant ? En visant maladroitement l'article 1165 du Code civil concernant l'effet relatif des contrats, alors qu'il s'agissait d'une question de validité de la transaction, la Cour répond négativement : « une telle cession ne peut avoir effet à l'égard du créancier qui n'y a pas consenti ».

On pouvait lire dans l'acte de cession de fonds de commerce que « les créances et la totalité des dettes générées par l'activité du cédant sont transmises à l'acquéreur ». Pouvait-on conclure à la transmission de plein droit de ces obligations attachées au fonds cédé ? La Cour de cassation ne l'admet pas : la cession de fonds de commerce n'emporte transfert des dettes qui y sont attachées qu'à deux conditions : il faut que la cession ait été prévue dans l'acte de cession et acceptée par le cocontractant cédé, ce qui se justifie par le fait qu'il ne s'agit pas d'une transmission universelle de patrimoine et que l'on ne peut imposer au créancier un nouveau débiteur²¹.

¹⁷ En ce sens : O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LGDJ 2005.

¹⁸ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, Litec, 13^e éd., 2014, n° 475.

¹⁹ Cass. civ. 3^e, 4 juill. 2001, *D.* 2002, p. 433, note R. LIBCHABER ; *RTD* civ. 2002, p. 125 obs. T. REVET.

²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 30 avr. 2009, n° 08-11.093 : *Bull. civ.* 2009, I, n° 82 ; *D.* 2009, p. 2400, note L. ANDREU ; *JCP* G 2009, n° 27, 73, note J.-J. ANSAULT ; *JCP* G 2009, n° 37, 228, § 3, obs. M. BILLIAU ; *Defrénois* 2009, p. 1289, obs. R. LIBCHABER ; *RLD* civ. 2009, n° 3490, obs. V. MAUGERI.

²¹ Cf. A.-S. BARTHEZ, *JCP* 2009, I, 574, n° 25.

On a interprété cet arrêt de deux façons : rejet de la cession de dette pour les uns ; consécration implicite pour les autres. En réalité, les juges sont ici prudents ; toutefois, le visa est éclairant : c'est l'effet relatif des contrats qui est ici mentionné ; en d'autres termes, ce n'est pas la validité de l'opération qui est remise en cause, mais son opposabilité au créancier. On suppose donc que si le créancier avait accepté l'opération, elle lui aurait été opposable.

Le rapport Catala, reflétant ici une grande partie de la doctrine, hésite à franchir le pas, et reste en retrait sur la question du changement de débiteur. Détachant la cession de créance de la vente, il décide d'éclaircir les opérations sur créances dans un chapitre IV en regroupant la subrogation personnelle, la novation et la délégation. Il simplifie la cession de créances : l'établissement de l'écrit qui constate la cession opère à lui seul et par lui-même le transfert, et celui-ci est censé accompli, sans notification, *erga omnes* (article 1254) ; mais le projet ne propose pas la cession de dette à titre isolé.

L'exposé des motifs de l'avant-projet Catala éclaire le rejet de la cession de dette, tout en ouvrant la voie au développement d'autres stratégies : « Les conventions ne lient que les parties contractantes (article 1165). Mais elles-mêmes sont souvent liées dans une opération d'ensemble qui crée entre elles une interdépendance riche de conséquences (article 1137). C'est au demeurant dans un tel cadre – si la cession de dette n'est pas isolément admise – que peut s'opérer un transfert de contrat (notamment par fusion ou scission de société) entraînant une substitution de contractant...²² ».

Pourtant, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de février 2015, n'hésite pas à franchir le pas, dans la foulée du projet Terré...

B. – Une mesure phare de la réforme à double détente

I. Les événements se sont accélérés avec la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures du gouvernement à légiférer par ordonnance.

²² Art. 1165-4 : Un contractant ne peut sans l'accord exprès ou tacite de son cocontractant, céder entre vifs à un tiers sa qualité de partie au contrat. Art. 1165-5 Il est fait exception à ce principe dans les cas prévus par la loi. Hormis ces cas, la substitution de contractant s'opère lorsque le contrat fait partie intégrante d'une opération formant un ensemble indivisible, comme sont les fusions ou scissions de sociétés et les apports partiels d'actifs. Hormis ces cas, la substitution de contractant s'opère lorsque le contrat fait partie intégrante d'une opération formant un ensemble indivisible, comme sont les fusions ou scissions de sociétés et les apports partiels d'actifs.

Rappelons que l'article 3 du projet de loi s'assignait clairement pour objectif de :

« (...) 11° Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation ; consacrer dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi ; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation ; consacrer la cession de dette et la cession de contrat ; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat. »

Auparavant, le rapport Terré de l'Académie des sciences morales et politiques consacrait, pour sa part, un chapitre 4 aux « opérations sur obligations », se déclinant en 5 sections : cession de créance, cession de dette, cession de contrat, novation et délégation. La cession de dette faisait pour sa part l'objet de cinq articles (141 à 145)²³.

C'est le plan repris par le projet d'ordonnance dans sa version du 25 février 2015 (lors de sa présentation en Conseil des ministres), dans un chapitre IV consacré à « La modification du rapport d'obligation », lequel regroupe la cession de créance (section 1), la cession de dette (section 2), la cession de contrat (section 3), la novation (section 4) et la délégation (section 5).

La cession de créance (art. 1332 s.) est simplifiée et améliorée. Le changement essentiel réside dans la suppression de la formalité de l'opposabilité aux tiers de l'actuel article 1690 du Code civil. En effet, l'exigence d'une signification au débiteur qui vaut publicité à l'égard des tiers étant à la fois coûteuse et inutile, conduisant parfois les contractants à opter pour la subrogation personnelle, ersatz de la cession de créance. La cession de contrat est également consacrée (art. 1340), ce qui est habituel dans les droits qui admettent la cession de dette. On observe néanmoins que la cession de contrat figure dans le régime général des obligations alors qu'elle ne concerne que le contrat. Mais la véritable consécration est celle de la cession de dette. L'ignorance de l'institution nous avait obligés jusqu'ici à réaliser le transport des dettes par d'autres moyens : novation, délégation, stipulation pour autrui, promesse d'exécution, indication de paiement...

Trois articles lui sont consacrés, mais nous ne nous intéresserons pour l'instant qu'au premier, lequel pose le principe de validité de l'opération :

« Un débiteur peut céder sa dette à une autre personne. Le cédant n'est libéré que si le créancier y consent expressément. À défaut, le cédant est simplement garant des dettes du cessionnaire » (art. 1338).

²³ *Pour une réforme du régime général des obligations*, sous dir. F. TERRÉ, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p 20 et s., 123 et s.

Par conséquent, le pas est franchi. Mais comment vont s'articuler ces dispositions ?

2. Le consentement du créancier à l'opération de cession, pourtant visé dans la version du projet du 23 octobre 2013, n'est plus expressément requis dans la dernière mouture (ce que nous constatons au moment où ces lignes sont sous presse) ; mais on ne saurait substituer un débiteur à un autre à l'insu du créancier. Sinon, observe Eugène Gaudemet, « il serait trop facile de transférer ses dettes à des insolvable, au grand détriment du crédit général²⁴ ». En effet, malgré leur effet translatif commun, la cession de dette n'est pas le pendant de la cession de créance, opération dans laquelle le cédé n'intervient pas²⁵. Elle ne présente pas le même danger dans la mesure où la personne du créancier est indifférente au débiteur. En revanche, la cession de dette doit se faire à trois personnes pour être opposable au créancier. Mais elle peut s'opérer selon des modalités différentes, comme en atteste le modèle allemand.

Dans le modèle du § 414 du *BGB*, la reprise de dette peut être réalisée par un simple accord passé entre le créancier et le nouveau débiteur, sans l'accord du débiteur substitué, ce qui la rapproche d'une novation par changement de débiteur²⁶. C'est également le cas des principes Unidroit qui admettent que la cession peut résulter d'une convention entre le créancier et le nouveau débiteur²⁷.

À l'instar du modèle du § 415 du *BGB*, différent de celui de l'article précédemment visé, car procédant d'un accord entre un débiteur cédant et un cessionnaire, la ratification du créancier devrait être considérée dans le projet d'ordonnance comme une condition d'efficacité de l'opération translatrice. En l'attente d'approbation du créancier, l'accord entre le cédant et le cessionnaire pourrait néanmoins valoir, nous semble-t-il, comme une simple promesse entre les deux signataires, immédiatement efficace à leur égard.

Le projet d'ordonnance reste toutefois en retrait par rapport au projet Terré permettant au débiteur de céder sa dette sans l'accord du créancier : en effet, selon l'article 141 du texte de l'Académie des sciences morales et politiques, « le débiteur peut, sans l'accord du créancier, céder sa dette, à moins qu'elle ait été stipulée incessible ou qu'elle ne puisse être exécutée que par lui (...) », l'article 142 précisant que « le créancier peut invoquer la cession dès qu'il en a connaissance (...) ».

²⁴ *Op. cit.*, p. 10 s. ; rapp. SALEILLES : *op. cit.*, p. 2 s.

²⁵ Le projet actuel rappelle d'ailleurs que le consentement du débiteur n'est pas requis.

²⁶ E. GAUDEMET : *op. cit.*, p. 496 s.

²⁷ Art. 9.2.1 b.

Le texte gouvernemental se rapproche en partie de l'article 12 :101 des principes européens du droit des contrats relatifs à la « substitution²⁸ » de débiteur : un tiers peut accepter la dette d'une autre personne avec l'effet d'être substitué au débiteur. Selon les PEDR, un accord entre le tiers et le débiteur ne peut donc en lui-même suffire : l'opération ne trouve son efficacité que si le créancier y consent. Même si le texte ne le précise pas, on considère néanmoins qu'il n'est pas nécessaire que le consentement du créancier soit exprès, à condition qu'il soit certain et non équivoque²⁹.

La plupart du temps, l'initiative viendra sans doute d'un accord entre le débiteur et un tiers, ratifié ensuite par le créancier. Pour sa part, le projet d'ordonnance ne suppose son consentement exprès que pour libérer le débiteur initial, ce qui laisse entendre qu'un agrément tacite du créancier est suffisant pour assurer l'efficacité de l'opération, comme cela a été jugé en matière de délégation³⁰.

Toutefois, à l'image de la délégation, on conçoit une fusée à deux étages :

- Une cession de dette parfaite, lorsque le créancier consent à libérer son débiteur originel. À l'instar de la délégation qui, pour décharger le délégant doit être expresse dans l'article 1275 du Code civil, l'accord du créancier doit être également exprès. La solution n'est paradoxalement pas reprise par le nouveau texte à propos de la délégation novatoire (article 1349)³¹.

Son effet est radical : la libération du débiteur initial, le second débiteur se substituant au premier par un effet qui est ici translatif, en ce sens qu'il n'y a pas création d'un nouveau lien.

- Une cession de dette imparfaite, lorsque le créancier n'y consent pas : le cédant n'est alors pas libéré à l'égard du créancier ; il est simplement garant des dettes du cessionnaire. Autrement dit, le créancier pourra toujours le poursuivre pour le tout, sans subsidiarité, c'est-à-dire sans avoir à poursuivre au préalable le cessionnaire.

Comme dans la délégation imparfaite, l'opération aboutit à une garantie nouvelle conférée au créancier : le texte désigne d'ailleurs le débiteur initial comme garant. C'est le « transport cumulatif », consistant à octroyer au créancier une action contre un nouveau débiteur, sans pour autant qu'il perde son droit contre le débiteur initial. Encore n'y a-t-il pas véritablement

²⁸ Laquelle ne se confond pas avec la novation, faute d'effet extinctif, mais a des effets plus réduits qu'une cession.

²⁹ *Principes du droit européen du contrat*, SLC, 2003, p. 488.

³⁰ Solution admise pour la délégation : Com. 7 déc. 2004, Bull. civ. IV, n° 214.

³¹ Le texte vise, en harmonie avec la novation, une volonté clairement exprimée du créancier (art. 1273 C. civ. et 1343 du projet).

substitution de débiteur mais adjonction³². C'est en apparence plus une nouvelle sûreté personnelle que l'on constitue qu'une dette que l'on transfère. C'est à ce titre le cessionnaire qui supportera en dernière analyse le poids de la dette : même si le créancier poursuit le débiteur originel, désigné comme garant, celui-ci aura un recours contre le cessionnaire, à l'instar de toute garantie personnelle.

Le régime de cette cession nouvelle reste toutefois à construire...

II. LE RÉGIME À CONSTRUIRE

De ce régime à double détente, découle l'inévitable complexité du régime de la cession de dette ; par ailleurs, la coexistence avec d'autres mécanismes, maintenus par le projet d'ordonnance et pouvant se substituer à la cession pose la question de son utilité réelle.

A. – *L'inévitable complexité du régime*

Les questions abordées par les deux articles suivants ont trait à l'opposabilité des exceptions et au sort des garanties.

1. Le deuxième article du texte traite en effet de l'opposabilité des exceptions : « Le cessionnaire et le cédant, s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles » (article 1339).

On a donc prévu que le cessionnaire et le cédant, s'il reste tenu (cas de la cession imparfaite) peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, mais que chacun peut opposer les exceptions qui lui sont personnelles. Celles, en revanche, qui ne peuvent pas être opposées par le cessionnaire, sont celles qui sont personnelles au cédant, en d'autres termes celles nées de la relation entre le créancier et le cédant.

On oppose ici les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles, comme en matière de cession de créance, alors qu'on y a renoncé dans le projet en matière de solidarité, où sous l'influence européenne, on oppose exceptions communes et personnelles, pour éviter les ambiguïtés de la distinction précédente. Ce qui vaut dans un cas, ne vaut pas dans l'autre.

³² Cf D. HOUTCIEFF, « Changement de débiteur, changement de créancier » in *La réforme du régime général des obligations*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p 111 s. ; F. CHÉNÉDÉ et E. GAUDEMET, « Le transport de dettes », *RDC* 2010/1, p 363.

Pour clarifier, il faut partir du principe d'opposabilité des moyens de défense quand il y a effet translatif, à la différence des opérations créatrices (délégation, novation, stipulation pour autrui), dans lesquelles il n'y a pas transport. Pourquoi ? Parce que le nouveau débiteur est pour l'avenir tenu au paiement de la même dette que celle du débiteur initial.

Il en découle deux conséquences : d'une part, le nouveau débiteur peut opposer au créancier les moyens de défense qui auraient pu être opposés par l'ancien ; d'autre part, le cessionnaire étant désormais le nouveau débiteur, celui-ci peut opposer au créancier les moyens de défense nés de leur relation.

L'exception au principe est constituée par l'inopposabilité des moyens de défense personnels au cédant. Plutôt que « purement personnelles » (expression du Code civil en matière de cautionnement), le texte utilise le qualificatif « personnelles ». On peut imaginer le dol et l'erreur, d'une façon générale les vices du consentement dans les relations créancier/cédant. Ce sera la même chose pour la remise de dette faite *in personam* ou encore la compensation qui, malgré les positions de certains auteurs classiques comme Planiol et Ripert, est une exception personnelle³³.

En revanche, le défaut d'objet ou le non-respect des formes, la remise de dette *in rem*, la prescription acquise à l'égard de tous, pourraient être opposés. Cela permet de différencier la cession de dette des opérations créatrices, c'est-à-dire des procédés qui permettent d'unir le créancier à un nouveau débiteur par la création, à la charge de ce dernier, d'une obligation nouvelle : le nouveau débiteur est tenu, dans ces hypothèses, non pas en vertu d'un droit transmis provenant du patrimoine du débiteur initial, mais d'un droit direct.

Enfin, le texte n'envisage ici que les moyens de défense tirés de l'obligation transportée. Qu'en est-il des moyens de défense tirés des relations entre le cessionnaire et le cédant ? Le texte reste silencieux sur cette question. Le cessionnaire étant tenu sur le fondement de l'obligation même qui pesait sur le premier débiteur, il ne nous paraît pas pouvoir opposer au créancier les moyens de défense issus de ses relations avec le cédant, ainsi que le prévoit expressément le droit allemand.

2. Quant au sort des garanties, une distinction s'impose. Elle est clairement exprimée par le projet d'ordonnance de la Chancellerie dans sa version de février 2015, lequel reprend le rapport Terré. Le troisième article du texte régit le sort des garanties éventuelles :

« Lorsque le cédant n'est pas déchargé par le créancier, les garanties subsistent. Dans le cas contraire, les garanties consenties par des tiers ne

³³ La position de droit allemand semble identique sur ce point : § 417.

subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette » (article 1339-1).

Tout d'abord, lorsque le débiteur cédant n'est pas déchargé par le créancier (cession imparfaite), toutes les garanties subsistent. On procède en effet ici par ajout et non par substitution. Le créancier peut continuer à exercer ses droits contre le cédant et ses garants. Il pourra, en outre, poursuivre le cédé et ses garants éventuels.

Ensuite, dans l'hypothèse contraire (cession parfaite), les garanties subissent un sort nuancé : les sûretés sur soi-même (pesant sur le débiteur en paiement de sa propre dette) subsistent : hypothèque, privilèges, gage immobilier et mobilier, nantissement, fiducie...

En revanche, les garanties données par des tiers (donc des personnes autres que le débiteur lui-même) disparaissent ou du moins ne subsistent qu'avec leur accord. En effet, dans ce cas, on assiste à une dissociation des qualités de débiteur et de constituant. C'est le cas du cautionnement, envisagé par Saleilles : autoriser le changement de débiteur sans autorisation de la caution risquerait d'aggraver singulièrement sa situation. Sa garantie pourrait facilement passer d'un débiteur solvable à un débiteur insolvable. La caution s'est engagée en considération d'un débiteur et de ses qualités. La cession parfaite rend ainsi son engagement caduc.

Cela vaut pour la lettre d'intention où la considération du débiteur est déterminante et pour les sûretés réelles constituées pour autrui (autrefois, dénommées cautions réelles) : c'est le cas de l'hypothèque donnée par le père en garantie de la dette de son fils. S'il souhaite continuer à garantir la dette de son fils pour faciliter la cession, il faut son accord exprès.

La question reste posée en ce qui concerne la garantie autonome, la considération de la personne étant largement atténuée, à tel point que « le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie ». Toutefois, ce détachement ne justifie pas que l'on distingue là où la loi ne distingue pas elle-même³⁴.

Quant au sort des codébiteurs solidaires, il est expressément prévu : en cas de décharge du débiteur cédant, ils restent tenus déduction faite de la part de ce dernier. Ici, chaque débiteur solidaire est placé sur un pied d'égalité dans ses relations avec le créancier³⁵. La solution est *a priori* différente des opérations extinctives : l'article 1281 du Code civil énonce que par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés, solution maintenue par l'article 1347 du projet ; de même, l'article 1285 du même code prévoit que la remise de dette au profit

³⁴ *Contra* : L. ANDREU, thèse préc., n° 205.

³⁵ En ce sens L. ANDREU, thèse préc., n° 206.

de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres (...)³⁶, encore que le nouvel article 1329-1 prévoit désormais la solution inverse³⁷.

Certains points devront être éclaircis par la jurisprudence : par exemple, dans quelle mesure peut-on envisager une substitution future ? L'article 12 :101 des PEDC prévoit que le créancier puisse consentir à l'avance une substitution future qui ne prend effet que lorsque le nouveau débiteur lui notifie l'accord qu'il a conclu avec le débiteur originel³⁸. Le texte de la réforme n'aborde pas cette question, alors qu'il traite de la cession de créances futures.

Il faut aussi se demander à quoi sert la cession de dette, telle qu'elle est conçue ici, notamment par rapport à ses substituts actuels qui permettent de remplir la même fonction.

B. – *La subsistance de régimes concurrents : la question de l'utilité de la cession de dette*

L'article 1341 du nouveau texte maintient trois types de novation : par changement d'obligation, de débiteur ou de créancier. Or, la novation par changement de débiteur peut sembler rendre *a priori* la cession de dette inutile. Mais en ce qui concerne les accessoires, la novation éteint les accessoires, sauf volonté contraire exprimée : en cas de changement de débiteur, les sûretés réelles d'origine peuvent être réservées avec le consentement des titulaires des droits grevés (article 1278 du Code civil et 1346 du nouveau texte). Par ailleurs, la novation convenue entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les autres (article 1281 du Code civil et 1347 du nouveau texte). Enfin, la nouveauté de l'obligation substituée conduit à l'application du principe d'opposabilité des exceptions, encore que les parties puissent conventionnellement réserver telle ou telle action³⁹.

La délégation, définie comme l'opération par laquelle une personne (délégant) obtient d'une autre (délégué) qu'elle l'oblige envers une troisième (délégataire), qui l'accepte comme débiteur (article 1275 du Code civil et 1348 du nouveau texte)⁴⁰. Elle est caractérisée par l'opposabilité des exceptions. En effet, le délégué ne peut opposer aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre le délégant et le

³⁶ Sauf réserve des droits du créancier.

³⁷ Solution qui s'harmonise toutefois avec la confusion (cf art. 1330-1 du projet).

³⁸ Cf « Principes du droit européen du contrat », SLC, 2003, p. 488 ; *Principes contractuels communs*, SLC, 2008, p. 759.

³⁹ Cf TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1486.

⁴⁰ Et ce, à la différence de l'indication de paiement faite par le débiteur pour payer sa dette à sa place, laquelle n'emporte ni novation, ni délégation (art. 1277 C. civ. et 1352 du projet).

délégataire (article 1348). Mais des aménagements conventionnels sont possibles.

En outre, dans l'hypothèse fréquente de la délégation imparfaite (dite simple), il n'y a pas décharge : le mécanisme confère au créancier (délégataire) un second débiteur, faisant fonction de sûreté, ce qui la rapproche de la cession de dette imparfaite⁴¹. Dans ce cas, le paiement fait par l'un des débiteurs (délégué ou délégant) libère l'autre à due concurrence (article 1350)⁴².

En matière d'opposabilité des exceptions, la cession se distingue de la délégation, qui implique un nouvel accord du débiteur et génère une obligation nouvelle, pouvant être différente dans son étendue. Le nouveau débiteur ne peut en principe opposer au créancier des moyens de défense issus des relations qu'entretient ce dernier avec le débiteur initial⁴³. La règle s'explique par l'indépendance qui caractérise l'obligation souscrite par le nouveau débiteur par rapport à l'obligation initiale, qui est éteinte.

Les garanties sont également par principe effacées en cas de novation ou de délégation novatoire, ce qui diffère de l'effet translatif de la cession de dette. Cette dernière se rapproche en revanche de la situation du créancier dans la délégation imparfaite, lequel conserve les garanties et sûretés dont était assortie sa créance initiale contre le délégant⁴⁴. Cette conséquence explique le caractère exceptionnel de la délégation novatoire.

Néanmoins, on constate que ces techniques concurrentes sont maintenues, laissant au créancier le choix qui lui paraît le plus opportun. C'est le cas du droit italien, qui a consacré la cession de dette tout en

⁴¹ La question de savoir si le délégué dispose d'un recours contre le délégant. En réalité, deux situations doivent être distinguées, à la différence de la cession de dette imparfaite.

Dans un premier cas, le délégué peut accepter de s'engager envers le délégataire, bien qu'il n'ait aucune obligation envers le délégant. Dans cette hypothèse, il sera loisible au délégué de se retourner contre le délégant après exécution de son engagement en invoquant le mécanisme de la subrogation, sauf dans l'hypothèse où il a voulu consentir au délégant une donation indirecte.

Dans un second cas, le plus fréquent, le délégué a accepté de s'engager en vertu d'une dette le liant au délégant. De ce fait, en payant le délégataire il éteint sa propre dette. C'est l'hypothèse d'une délégation du locataire par le bailleur au bénéfice d'un créancier ou de la désignation du maître de l'ouvrage par l'entrepreneur principal au bénéfice d'un sous-traitant. Dans cette hypothèse, le délégué acquitte une dette personnelle entre les mains du créancier, mais sans recours contre le délégant.

⁴² L'art. 1351 est consacré aux relations entre le délégant et le délégué. Quand le délégant est créancier du délégué, l'extinction de la dette n'a lieu que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le créancier. Jusque là, la créance du délégant sur le délégué ne peut être cédée et le délégant ne peut en exiger ou en recevoir paiement que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué. Toutefois, si le délégataire libère le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant.

⁴³ Sous réserve de la délégation incertaine, laquelle vise l'engagement du délégué de payer au délégataire ce que le délégant lui devait. S'il ne s'oblige qu'à payer la dette du délégant sans autre précision, le caractère accessoire de son engagement lui permettra d'opposer toutes les exceptions affectant la dette principale. En revanche, si le délégué s'engage à payer ou à fournir une prestation déterminée (délégation certaine), l'autonomie de son engagement rend les exceptions inopposables.

⁴⁴ Cf. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE : *op. cit.*, n° 1448.

conservant la délégation et la novation. Ces autres techniques devront cohabiter avec la cession de dette : elles conservent un intérêt particulier lorsque l'on souhaite une rupture entre la situation de l'ancien débiteur et celle du nouveau.

Par exemple, si l'on veut libérer les garants ou purger les exceptions, on utilisera alors une technique novatoire. En revanche, lorsque l'on entend maintenir les garanties ou préserver le principe d'opposabilité des exceptions, le recours à la cession de dette s'avérera utile. Certes, on peut arriver au même résultat en modifiant conventionnellement le régime des techniques de substitution, mais il est plus simple pour les parties de se référer à un modèle clair.

Observons enfin que la stipulation pour autrui permet aussi d'atteindre un résultat proche. Le débiteur, agissant comme stipulant, invite un tiers à s'engager en qualité de promettant envers son créancier dans les limites de la créance. C'est comme si le promettant reprenait la dette du stipulant. Cependant, la stipulation pour autrui confère au bénéficiaire une obligation nouvelle contre le promettant, distincte de celle qui pesait sur le débiteur⁴⁵, non assortie des sûretés qui garantissent la dette initiale. En réalité, le créancier aura deux débiteurs tenus d'obligations distinctes⁴⁶.

En conclusion, la réforme française va dans le sens de la diversité, offrant une palette de techniques permettant au débiteur de céder sa dette tout en préservant les intérêts des créanciers. Cette richesse participe de l'attractivité du modèle à construire. Elle facilitera également la cession de contrat, laquelle combine et s'appuie sur les règles de cession de créance et de cession de dette. Mais les difficultés d'application sont à venir : la balle est désormais dans le camp de la jurisprudence et de son prétendu génie créateur...

⁴⁵ FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Le rapport d'obligations*, Sirey U, 2013, 8^e éd., n°395- n° 394.

⁴⁶ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1305.

LA REPRISE DE DETTE UNE PERSPECTIVE ALLEMANDE

Matthias LEHMANN*

La cession de dette est connue en Allemagne depuis l'entrée en vigueur du *BGB* le 1^{er} janvier 1900. Avant cette date, le droit commun ne l'admettait pas¹. Dès lors, il était nécessaire de recourir aux mêmes détours que ceux utilisés encore aujourd'hui en France, tels le contrat tripartite. Du point de vue allemand, il est surprenant de constater que le droit français, à ce jour, ne connaît pas la cession de dette. A l'instar de mon collègue Yves Picod, je me réjouis à l'idée que cette grande divergence entre le droit allemand et le droit français appartienne – peut être – bientôt au passé. On peut féliciter les rédacteurs du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, qui ont réussi à régler ce problème complexe dans trois dispositions très brèves en utilisant un langage à la fois simple et clair. Les règles proposées se distinguent judicieusement du droit allemand, lequel contient quatre dispositions beaucoup plus longues pour traiter le même sujet et dont la rédaction est si compliquée qu'il faut être un vrai génie du droit pour les comprendre.

L'admission de la cession de dette permet de couper court aux constructions contractuelles longues et complexes. Elle sert à réduire les coûts des transactions et augmente ainsi l'efficacité économique². Pourtant, il ne faut pas surestimer l'importance pratique de la cession de dette. Son

* Je tiens à remercier M. Julian TITZE, Maître en droit, pour ses recherches complémentaires et ses suggestions utiles et à Mme Élodie TOUJAS et Mme Charline DELANGLE pour la rédaction linguistique.

¹ Sur l'histoire de la cession de dette, v. BUCH, *Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht* (1912), pp. 13-16, 103-106.

² Sur l'importance des coûts des transactions, v. RICHTER/FURUBOTN, *Neue Institutionenökonomik* (2003), ch. 2 p. 53ss ; POSNER, *Economic Analysis of Law* (7^e éd, 2007), pp. 5s.

utilisation en Allemagne est assez rare. Beaucoup plus courantes sont l'accession à la dette (*Schuldübernahme*) et la cession du contrat (*Vertragsübernahme*), qui ne sont pas réglées dans notre code civil, mais dont la validité est reconnue par les tribunaux sur le fondement de la liberté contractuelle³. Il serait irréaliste de penser que le succès économique d'un pays est très influencé par le fait que son ordre juridique admette ou non la cession de dette. De plus, il ne faut pas se faire d'illusions sur une éventuelle harmonisation entre le droit français et allemand. Les concepts du *BGB* et du projet d'ordonnance restent assez éloignés. Les divergences vont subsister. Un premier signe résulte déjà de l'emploi de noms différents : « reprise de dette » (*Schuldübernahme*) en deçà du Rhin, « cession de dette » au-delà. Même si les résultats sont pour l'essentiel les mêmes, les techniques pour y parvenir se distinguent.

Ces précisions étant faites, je vous invite néanmoins à vous pencher avec moi sur les règles du droit allemand concernant la reprise de dette et leur application. Dans un premier temps, nous allons nous lancer dans une plaisante ballade intellectuelle. Elle nous permettra de relever, une fois de plus, la distance entre deux pensées juridiques apparentées mais différentes. Elle démontrera aussi ce qui est nécessaire pour surmonter, à l'échelle européenne, les divergences entre les traditions nationales. Dans un deuxième temps, je vous propose un survol de la jurisprudence allemande sur le sujet. Il est à espérer que l'expérience faite en Allemagne de la reprise de dette pendant plus d'un siècle puisse servir à nos amis français. Il ne s'agit pas de dire que la France devrait suivre notre exemple, bien au contraire. Il est plus que probable que les tribunaux français trouvent des solutions autres que celles de leurs pendants allemands, si ce n'est que par la différence du texte législatif qu'ils sont obligés d'interpréter. Mais on peut au moins donner à nos collègues français un aperçu des types de problèmes auxquels ils devraient s'attendre dans les prochaines années.

En poursuivant ces deux buts successivement, je vais d'abord m'attarder sur la reprise de la dette en tant que concept théorique, pour ensuite analyser plus précisément les problèmes soulevés en pratique.

³ V. à propos l'accession à la dette: *Reichsgericht*, RGZ 59, 232, 233; la cession du contrat : Cour fédérale, 25 mars 1986, NJW 1986, p. 2108, 2010; Cour fédérale, 15 août 2002, NJW 2002, p. 3461, 3462.

I. LA REPRISE DE DETTE DANS LA THÉORIE

A. – Deux voies différentes pour conclure une reprise de dette

Si on regarde les dispositions du BGB sur la reprise de dette, leur point de départ est tout à fait différent de celui du projet d'ordonnance. Au lieu de traiter le cas du contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire de la dette, c'est-à-dire entre le débiteur initial et le tiers qui va devenir son successeur, le législateur allemand commence son chapitre sur la « Schuldübernahme » avec une autre situation. Il considère en premier lieu le contrat conclu entre le créancier de la dette et le tiers (le « cessionnaire » de la dette en droit français) par lequel ce dernier reprend la dette du débiteur initial⁴. Cette situation n'est même pas envisagée par les dispositions des articles 1338 et suivants du projet d'ordonnance ; pourtant, le législateur allemand l'a considérée comme primordiale. Pourquoi ? Parce que pour le législateur allemand, les personnes qui sont principalement concernées par une telle transaction sont le créancier et le tiers, le premier parce qu'il perd son débiteur, le dernier parce qu'il encourt une nouvelle obligation. Par conséquent, le législateur allemand estime que la voie « théoriquement correcte » par laquelle la dette doit être transférée est un contrat entre ces deux parties. Le consentement du débiteur initial n'y est pas nécessaire et, selon une opinion influente de la doctrine, il ne peut même pas s'opposer à la reprise de dette⁵. Pour la même raison, le législateur allemand écarte l'idée d'appeler cette transaction une « cession ». Dans sa conception, il ne s'agit pas d'une cession entre le débiteur initial et le tiers, et, dès lors, une dette ne peut pas être « cédée » par le débiteur, mais seulement « reprise » par un autre.

Il importe peu au législateur allemand que la solution à la base de ses règles ne s'applique que très rarement en pratique. Dans la majorité des cas, le débiteur initial va être impliqué dans la transaction sur sa dette, situation qui n'est pas envisagée par la première disposition du chapitre sur la reprise de dette. Ce qui compte c'est que l'hypothèse prévue au § 414 du BGB est en théorie le cas principal. Il s'agit de l'approche dogmatique par

⁴ § 414 BGB.

⁵ V. BYDLINSKI dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, § 414, [6] ; GRÜNEBERG dans Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 414, [1] ; RÖTHEL dans Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 414, [4]. Pour l'opinion contraire, v. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Vol. 1, § 35 I a, p. 603, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil* (vol. 1, t. 2), § 37 II 1, p. 318, note 138.

excellence, qui est assez classique pour le *BGB* et qui lui a valu le reproche de s'adresser plutôt aux juristes érudits qu'au peuple allemand⁶.

Néanmoins, le législateur allemand envisage aussi dans la disposition suivante la situation qui paraît conforme au projet d'ordonnance, dans laquelle le débiteur initial et le tiers se mettent d'accord sur la reprise de dette. La solution qu'apporte le § 415 du *BGB* à cette situation est très semblable, voir identique, à celle prévue par l'article 1338 du projet d'ordonnance : l'accord entre le débiteur et le tiers doit être approuvé expressément par le créancier pour avoir les effets escomptés. Seulement en cas de reprise d'une obligation garantie par une hypothèque, le silence du créancier pendant une période de six mois peut suffire pour le transfert de la dette⁷. Cette règle particulière s'explique par le fait que le changement du débiteur ne devrait pas trop nuire aux intérêts du créancier et que le législateur voulait éviter, dans la mesure du possible, une dissociation entre la dette et la sûreté réelle constituée pour elle en cas de transfert de l'hypothèque⁸.

À défaut d'accord du créancier sur le transfert, on parle d'une « cession imparfaite ». C'est le point sur lequel la solution allemande se distingue le plus nettement de la proposition française. Le projet d'ordonnance suggère dans ce cas que le débiteur initial est tenu d'une garantie envers le créancier⁹. Le droit allemand prévoit par contre que le tiers est obligé envers le débiteur d'exécuter la dette de ce dernier¹⁰. Du point de vue allemand, il n'y a aucune raison d'accorder au créancier le bénéfice d'avoir un débiteur de plus et pouvoir de choisir entre les deux. Il est ainsi à craindre que le créancier du droit français, véritable pacha, sera incité à refuser son accord à la cession de dette, puisque cela le priverait d'un débiteur. La solution allemande paraît plus adéquate parce qu'elle est plus proche des intérêts des parties.

À cette différence de fond s'ajoute une différence de style assez révélatrice. Le § 414 du *BGB* accorde beaucoup d'attention à traiter la question de la période entre la conclusion du contrat, par le débiteur et le tiers, et la déclaration de l'accord par le créancier. Il précise, par exemple, que les parties sont libres de scinder leur convention avant cet accord¹¹. Il permet aussi aux parties de demander au créancier de se prononcer sur la reprise de dette dans un certain délai, à l'expiration duquel l'accord sera

⁶ V. VON GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1889), p. 3 (« Mit jedem seiner Sätze wendet dieses Gesetzbuch sich an den gelehrten Juristen, aber zum deutschen Volke spricht es nicht. »).

⁷ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 416, [1].

⁸ V. BYDLINSKI dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, § 418, [1].

⁹ Art. 1338 al. 2, deuxième phrase du projet d'ordonnance.

¹⁰ § 415 al. 3, première phrase *BGB*.

¹¹ V. § 415 al. 1er, troisième phrase *BGB*.

présupposé avoir été refusé¹². Cette vue procédurale ou dynamique des choses permet de connaître à tout moment les droits des parties et a donc le grand avantage de renforcer la sécurité juridique. Mais, en même temps, elle rend la rédaction de la loi particulièrement lourde et compliquée. En conséquence, la législation allemande est beaucoup plus détaillée, au prix d'être moins élégante que son pendant français. Cette différence confirme ainsi tous les stéréotypes qui existent sur nos deux codes, pour ne pas dire sur nos deux pays...

En matière d'exceptions qui peuvent être opposées par le tiers-concessionnaire, les textes semblent aboutir à la même solution. Des divergences n'existent que sur le plan linguistique¹³. Tandis que le droit français parle des « exceptions inhérentes à la dette », le législateur allemand a préféré utiliser l'expression « exceptions qui résultent de la relation entre le créancier et le débiteur original ». Encore une fois, le texte allemand paraît plus précis sur les détails, mais aussi plus lourd et académique. Le *BGB* ne mentionne d'ailleurs pas les exceptions personnelles, suggérant que celles-ci peuvent être opposées de toute façon¹⁴.

Les règles du droit allemand sur le sort des garanties ou sûretés sont, à première vue, les mêmes que celles du projet français. En cas de reprise de dette, elles s'éteignent sauf si le tiers accepte qu'elles soient maintenues¹⁵. Il y a pourtant une différence. De la formulation de du projet d'ordonnance, on peut déduire que les garanties du débiteur initial lui-même subsistent automatiquement¹⁶. Tel n'est pas le cas en droit allemand qui ne distingue pas entre garanties du débiteur et celles d'autres personnes. Par conséquent, une garantie du débiteur initial ne subsiste que s'il y consent lors de la reprise de sa dette¹⁷. Il est permis de considérer que la solution du droit allemand correspond davantage aux intérêts traditionnels des parties en ce qu'elle permet au débiteur de rompre avec la dette. Mais il ne faut pas non plus surestimer l'opposition puisque que, selon le projet français, le créancier a la possibilité de renoncer aux sûretés fournies par le débiteur initial. Le même résultat que celui prévu par le droit allemand peut dès lors être atteint.

¹² § 415 al. 2er, deuxième phrase *BGB*.

¹³ V. le § 417 *BGB* en comparaison avec l'article 1339 du projet d'ordonnance.

¹⁴ V. BYDLINSKY dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, § 414 [6].

¹⁵ V. le § 418 *BGB* en comparaison avec l'article 1339-1 du projet d'ordonnance. Il faut noter pourtant qu'en droit allemand, l'hypothèque ne s'éteint pas, mais se transforme en *Grundschuld* (sûreté réelle non-accessoire en droit allemand) qui va appartenir au propriétaire du terrain hypothéqué (v. § 418 al. 1^{er}, deuxième phrase en combinaison avec § 1168 al. 1^{er} *BGB*). Le but de cette règle est de maintenir le rang d'autres sûretés sur le même terrain.

¹⁶ V. la contribution de mon collègue Y. PICOD, dans ce volume.

¹⁷ § 418 al. 1^{er}, troisième phrase *BGB*.

B. – *Le débat doctrinal sur la nature de la reprise de dette*

En dépit du cadre relativement clair et figé imposé par le *BGB*, une discussion a surgi à la suite de son entrée en vigueur, et, bien qu'étant un peu poussiéreuse, elle continue à diviser la doctrine à ce jour. Cette discussion concerne la question de savoir comment conceptualiser, d'un point de vue théorique, la reprise de dette dans le cas où le débiteur initial et le tiers se mettent d'accord à son propos, ce qui constitue l'hypothèse du § 415 du *BGB* et qui sera la règle en droit français. Selon une opinion doctrinale, il faut considérer dans ce cas que le débiteur et le tiers *disposent* de la créance qui appartient au créancier¹⁸. Parce qu'ils n'en ont pas le droit, encore faut-il l'accord de ce dernier¹⁹. Suivant l'habitude en Allemagne, non seulement d'étiqueter toutes les opinions avec le titre de « théorie », mais aussi de leur donner des noms pour les identifier, on appelle cette opinion doctrinale la « théorie de la disposition » (*Verfügungstheorie*). Elle est opposée à une autre opinion qui considère que le débiteur et le tiers ne veulent et ne peuvent pas disposer sur une créance qui ne leur n'appartient pas. Selon cette opinion, leur « accord » n'est en fait rien d'autre qu'une offre faite par le tiers au créancier, transmise par le débiteur, et que le créancier peut accepter ou rejeter²⁰. On appelle cette opinion la « théorie de l'offre » (*Angebotstheorie*).

L'importance pratique de cette controverse est minime. Elle peut jouer un rôle s'agissant du moment de la conclusion du contrat et des exigences de forme auxquelles il est soumis²¹. Elle peut aussi avoir certains effets dans la mesure où l'autorisation postérieure d'une disposition, initialement non autorisée, a un effet rétroactif (*ex tunc*), tandis que la conclusion d'un contrat ne vaut que pour le futur (*ex nunc*). Mais surtout, la controverse met en relief deux choses. Premièrement, le cas imposé comme paradigme par le législateur allemand, c'est à dire le contrat entre le créancier et le tiers, a eu un effet si fort sur certains auteurs – les défenseurs de la théorie de l'offre – que ceux-ci ne peuvent pas s'imaginer que le contrat puisse aussi être conclu par un accord entre le débiteur et le tiers. Pour cette raison, ils réinterprètent cette situation pour la rendre conforme à l'idéal du *BGB*, c'est-à-dire en un contrat conclu entre le tiers et le créancier. Deuxièmement, le débat démontre que l'idée suivant laquelle la reprise de dette est un acte de

¹⁸ V. BYDLINSKI dans Münchener Kommentar, vol. 2 § 415 *BGB*, [1]-[2] ; GRÜNEBERG dans Palandt § 415 *BGB*, [1] ; RIEBLE in J. von STAUDINGERS *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 414 [6] ; RÖTHEL dans Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, vol. 1, § 415, [1].

¹⁹ Ceci résulte de l'application du § 185 *BGB* sur les dispositions des non-ayant droits.

²⁰ V. BÖHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, II 1, 1951, § 8 IV 1, PIEPER, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*, p. 194 ss.

²¹ V. BYDLINSKI dans Münchener Kommentar, vol. 2, § 415 *BGB*, [2].

disposition heurte non seulement les conceptions fondamentales des auteurs français, mais aussi celles de bon nombre d'auteurs en Allemagne.

II. LA REPRISE DE DETTE DANS LA PRATIQUE

Comme il a été mentionné en introduction, la reprise de dette joue un rôle assez limité dans la pratique allemande. Il y a donc relativement peu de jurisprudence disponible sur le sujet. Néanmoins, des problèmes ont dû être résolus par les plus hautes cours. Sans prétendre dresser un panorama exhaustif, je vais décrire ci-après deux exemples qui me paraissent particulièrement intéressants.

A. – *Le rôle en droit des sociétés*

En 1998, la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*) devait statuer sur l'espèce suivante : une personne, disons A, avait acheté une machine à B pour un prix considérable. A (l'acheteur) n'avait pas agi en son propre nom, mais dans celui d'une société à responsabilité limitée (GmbH). À l'insu du vendeur B, cette société n'avait pas encore été créée. Elle n'a été fondée et immatriculée dans le registre de commerce que quelque mois après la conclusion du contrat. Plus tard, elle tomba en faillite. Pour le règlement du prix, B s'adresse donc personnellement à A. La cour d'appel a débouté B de sa demande. Elle considéra qu'au moment de la conclusion du contrat, ce dernier obligeait A puisque la société n'avait pas encore été créée. Cependant, une fois la société créée, celle-ci avait, selon la cour, repris la dette de A avec l'accord du créancier B, en utilisant le mécanisme de la « reprise de dette » prévu par le *BGB*. A serait donc libéré.

La Cour fédérale casse la décision²². Elle analyse en détails les dispositions sur la reprise de dette. Elle considère qu'en principe une telle reprise pourrait avoir lieu par le biais d'un contrat entre A et la société, mais son plein effet dépendrait alors de l'accord du créancier B. Or, celui-ci n'avait à aucun moment été informé d'une éventuelle reprise de la dette. C'est à ce moment que l'arrêt prend une tournure très intéressante. La Cour fédérale examine si l'accord du créancier avait éventuellement été donné en avance, c'est-à-dire avant la reprise de dette. En fait, la cour d'appel avait jugé que tel était le cas. Elle avait retenu que l'on pouvait supposer que le créancier était d'accord pour que la société, une fois constituée, reprenne la dette de A, dès lors que le créancier avait aussi accepté de traiter avec une

²² Cour fédérale (BGH), 9 mars 1998, NJW 1998, p. 1645.

société en tant que contractant. Cependant, la Cour fédérale est de l'avis contraire. Selon elle, le fait que le créancier soit prêt à contracter avec une société n'impliquerait pas nécessairement qu'il accepterait également de substituer une personne physique qui est devenue débiteur du contrat par une société dont les associés n'ont qu'une responsabilité limitée. En d'autres termes, il ne faut pas supposer que le créancier renonce sans contrepartie à l'avantage de la responsabilité personnelle et illimitée de son cocontractant²³. Par conséquent, il faut une déclaration expresse du créancier pour pouvoir constater qu'il a donné son accord à une reprise de dette.

La leçon que l'on peut tirer de cet arrêt est la suivante : la reprise de dette ne peut pas être utilisée en matière de droit des sociétés pour élaborer une sorte de transfert automatique à une société de toutes les obligations qui sont nées dans la période avant son immatriculation. Ces obligations lient avant tout les fondateurs de la société. Ils ne peuvent pas se libérer de leur responsabilité personnelle sans l'accord exprès de leur créancier.

B. – *Le problème du droit de la consommation*

Une autre série de décisions de la jurisprudence confronte la reprise de dette avec le droit de la consommation. Il arrive assez fréquemment qu'un consommateur reprenne la dette de quelqu'un autre. Un exemple peut être trouvé en matière de crédit-bail de voiture. Si la voiture est reprise par un autre, il faut transférer le contrat. Cela peut se faire par des moyens différents : soit par une accession du nouveau débiteur au contrat (*Schuldbeitritt*), soit par une cession de contrat (*Vertragsübernahme*), soit par une reprise de dette. En toutes hypothèses, la question se pose de savoir si les dispositions du droit de la consommation s'appliquent à la transaction. Ceci est particulièrement important pour les conditions de forme, le contrôle des clauses abusives et le droit de révocation.

La question occupe les tribunaux allemands depuis très longtemps. La Cour fédérale a jugé à plusieurs reprises que les dispositions du droit de la consommation sont applicables, par voie d'analogie, à l'accession à la dette²⁴ et à la cession du contrat de crédit²⁵. Elle a justifié cet avis par le fait que ces deux types de transactions créeraient des obligations contractuelles entre un prêteur-entrepreneur et une partie structurellement vulnérable. La Cour fédérale en a déduit, par exemple, que toutes les obligations cédées devaient être décrites minutieusement dans le contrat de cession pour

²³ V. Commentaire de l'arrêt par GEHRLEIN, NJW 1998, p. 2651.

²⁴ Cour fédérale (BGH), 5 juin 1996, NJW 1996, p. 2156, 2157.

²⁵ Cour fédérale (BGH), 3 juill. 1991, NJW 1991, p. 2903, 2904 ; Cour fédérale (BGH), 5 juin 1996, NJW 1996, p. 2156, 2158.

l'accomplissement des formalités imposées par le droit de la consommation²⁶. Quant à la reprise de dette, la situation est plus compliquée. Une cour d'appel a exclu l'application par analogie du droit de la consommation lorsque la reprise a été conclue entre le débiteur et le tiers, en se fondant sur l'absence de « contrat » entre consommateur et entrepreneur²⁷. Du point de vue de la protection des consommateurs, cette approche est discutable. Pour éviter la fraude à la loi, la majorité de la doctrine considère alors que le domaine du droit de la consommation devrait être plus étendu²⁸.

La leçon que l'on peut tirer de cette jurisprudence est que la reprise ou « cession » de dette n'est pas un type spécial de contrat. Il s'agit plutôt d'un caméléon juridique qui prend la couleur des obligations à transférer. Suivant les circonstances, elle peut être considérée comme un contrat de crédit ou comme un contrat de vente au sens du droit de la consommation. De tels problèmes de qualification pourraient aussi se poser si la cession de dette était introduite en droit français, comme le propose le projet d'ordonnance.

CONCLUSION

Il faut se réjouir que le législateur français introduise la cession de dette dans le Code civil. Le texte du projet d'ordonnance sur ce point est d'une clarté admirable. S'il nous était demandé de donner des conseils, nous ne ferions que deux recommandations pour le perfectionner. Premièrement, dans le cas d'une cession de dette imparfaite, le tiers ne devrait pas être tenu d'une obligation directe envers le créancier, mais seulement envers le débiteur. Deuxièmement, une clarification s'impose dans la mesure où toutes les sûretés devraient être éteintes par l'effet de la cession de dette, y compris celles qui ont été fournies par le débiteur initial. Dans le cas contraire, le créancier serait excessivement favorisé puisqu'il aurait toujours un recours contre le débiteur qui voulait pourtant se libérer de ses obligations.

²⁶ Cour fédérale (BGH), 26 mai 1999, NJW 1999, p. 2664, 2667.

²⁷ Cour d'appel (OLG) Dresde, 4 oct. 2006, NJ 2007, 130.

²⁸ V. SAENGER dans *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 1, § 491, [24]; SCHÜRNBRAND dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2 § 491, [30], selon lesquelles le droit de consommation serait applicable toutes les fois que la reprise de dette est due à l'initiative du créancier. Une application générale du droit de la consommation aux cessions de dettes issues de crédits aux consommateurs est favorisée par KESSAL-WULF dans J. von STAUDINGERS *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 491, [22].

PARTIE VIII

LA REMISE DE DETTE

LA REMISE DE DETTE DANS L'AVANT-PROJET DE RÉFORME

Nathalie PICOD*

Lorsque l'on étudie la place actuelle de la remise de dette, il est surprenant de constater qu'elle est partout présente, mais pourtant nulle part définie par notre droit.

Partout présente, que ce soit dans les relations familiales (remise du *pater familias* à ses enfants, legs de libération), en droit des sociétés à travers les abandons de créance, dans les relations de travail (où elle est mal dénommée « renonciation à une clause de non-concurrence »), mais surtout en droit des procédures collectives où elle est utilisée comme un remède au surendettement des particuliers ou aux difficultés des entreprises – voire dans les rapports étatiques où elle permet d'éradiquer les déséquilibres les plus criants entre pays endettés et solvables.

Pourtant, paradoxalement, la remise de dette n'est nulle part définie par le législateur : elle ne l'est notamment pas par notre Code civil, comme si la magie ou la puissance des mots suffisait à en éclairer le sens et rendait évidente sa signification. Les sept articles du Code civil (1282 à 1288) qui lui sont consacrés dans une section au sein du chapitre traitant de l'extinction des obligations n'abordent qu'une question de preuve et certains effets de la remise, faisant l'économie d'une définition.

Les projets académiques européens et le droit comparé – en particulier le droit allemand – ne nous sont ici d'aucun secours, à la différence de la plupart des dispositions de nos avant-projets et projets successifs, sur lesquels soufflent, à des degrés divers, des vents venus d'ailleurs.

* Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole - Centre de droit des affaires.

Cette relative indifférence de la doctrine vis-à-vis de la remise de dette, tant en droit comparé qu'en droit français, peut trouver plusieurs explications. La première réside sans doute dans la tendance de notre droit à réduire les effets du contrat à un « acte créateur par excellence ». La seconde tient d'une façon plus générale à un certain désintérêt pour l'extinction des obligations, comme si la pérennité de celles-ci s'imposait en tant que nécessité et son dénouement comme une circonstance accessoire. La convention extinctive est vue en réalité comme une sorte d'acte pathologique, contre-nature, de prime abord peu intéressant.

Cela explique sans doute que les textes issus du Code Napoléon soient demeurés inchangés malgré leur vieillissement, leurs lacunes et quelques maladresses rédactionnelles.

À la différence d'autres outils du droit des obligations – tels que la cession de dette ou la cession de contrat –, la remise de dette n'a pratiquement pas été au centre des débats au cours de ces dix dernières années. Malgré tout, les rédacteurs des différents projets de réforme du droit des obligations ont eu conscience du caractère lacunaire des textes actuels et de la nécessité d'une cure de jouvence de la remise de dette. Il est symptomatique d'observer que tous les travaux prennent soin de définir la remise de dette, ce qui est déjà un progrès non négligeable en soi, mettant l'accent sur le caractère conventionnel de l'acte. Par ailleurs, ils font tous l'effort de « toiletter » cette technique extinctive¹, en aménageant ses règles de preuve et ses effets, avec un apport nuancé d'un projet à l'autre. Les solutions jurisprudentielles, certes peu nombreuses, n'ont pour autant pas toutes été consacrées, à la différence de nombreuses autres dispositions des avant-projets et projets. En réalité, on n'assiste pas à une véritable réécriture des textes, d'autant que l'apparition de nouvelles sûretés personnelles n'a pas été intégrée dans les dispositions relatives à la remise de dette. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de la Chancellerie – dans sa dernière version connue du 25 février 2015 – s'inspire pour partie de l'avant-projet Catala, mais encore plus nettement de l'avant-projet de réforme du régime des obligations de l'Académie des sciences morales et politiques – lequel reprend d'ailleurs grandement le premier.

C'est donc sous l'angle de la consécration expresse de sa nature conventionnelle, puis sous celui de la modification cantonnée de son régime que nous analyserons les futures dispositions relatives à la remise de dette.

¹ Cf P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2005 : « Il s'agit d'un simple toilettage des dispositions actuelles du Code civil ».

I. LA CONSÉCRATION EXPRESSE DU CARACTÈRE CONVENTIONNEL DE LA REMISE DE DETTE

Rejetant les modèles alternatifs offerts par le droit comparé, le projet de la Chancellerie fait le choix du modèle contractuel.

A. – *Le rejet des modèles alternatifs du droit comparé*

1. *De lege lata*, la remise de dette n'est pas définie par le Code civil français. Le même constat peut être fait au sein des droits allemand, helvétique, brésilien, italien ou espagnol, lesquels s'attachent essentiellement aux effets de l'acte. Certes, le Code civil québécois, plus moderne, définit la notion dans son article 1687, mais il se contente d'énoncer très sobrement : « Il y a remise lorsque le créancier libère son débiteur de son obligation ».

1.1. Cependant, l'étude du droit comparé nous révèle que de nombreux systèmes juridiques reconnaissent l'essence contractuelle de la remise de dette, dans la lignée des figures romaines de l'« *acceptilatio* » et du « *pactum de non petendo* ». C'est ainsi que le BGB consacre expressément ce caractère conventionnel², ainsi que pour la figure concurrente allemande que constitue la « reconnaissance négative de dette »³ – alors même que le droit allemand est particulièrement tourné vers l'efficacité économique et connaît des mécanismes unilatéraux de nullité et de résolution par simple notification... Le Code des obligations suisse, lui aussi, qualifie la remise de dette de convention⁴ et non d'acte unilatéral de disposition : la seule renonciation du créancier ne suffisant pas à remettre la dette, elle doit être acceptée par le débiteur, ne serait-ce que tacitement⁵. Le Code civil brésilien se nourrit également de cette nature conventionnelle, puisqu'il prévoit expressément que la remise de dette éteint l'obligation si elle est acceptée par le débiteur⁶. De même, la doctrine québécoise défend ce caractère⁷, malgré le mutisme des textes. Enfin, les droits anglo-saxons opposent la

² BGB, art. 397, § 1^{er} : « Le lien d'obligation s'éteint si le créancier remet la dette au débiteur par voie contractuelle ».

³ BGB, art. 397, § 2 : « Il en est de même si le créancier reconnaît que le débiteur ne lui doit plus rien ».

⁴ Art. 115 du Code des obligations suisse.

⁵ P. TERCIER, « *Le droit des obligations* », Schulthess Verlag, Zürich, 4^{ème} éd., 2009, p. 265 s., n°1344 et 1353.

⁶ Art. 385 du C. civ. brésilien.

⁷ Cf J. PINAUD, D. BURMANN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^{ème} éd., Les éditions Thémis, Québec, 2008, n°524.

« *release* » – contrat bilatéral de remise de dette – à la « *debt waiver* » – déclaration unilatérale de renonciation⁸. De manière originale, les auteurs anglais semblent même déduire de l'exigence d'une cause (« *consideration* ») à la remise de dette son caractère bilatéral⁹.

I.2. Or, l'article 1236 du Code civil italien datant de 1942 se singularise en faisant de la déclaration de remise de dette un acte unilatéral réceptice : intitulé « *Dichiarazione di remissione del debito* », ce texte énonce que la déclaration de remise de dette faite par le créancier éteint l'obligation dès qu'elle est communiquée au débiteur, sauf si ce dernier fait savoir dans un délai raisonnable qu'il ne souhaite pas en bénéficier : « *La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare* »¹⁰. En d'autres termes, l'acceptation du débiteur italien est toujours présumée, cette présomption simple pouvant être renversée par la preuve d'une volonté contraire : concrètement, le créancier fait une déclaration de remise de dette au débiteur ; si celui-ci ne répond pas dans un certain délai et ne renverse donc pas la présomption légale, la décharge est définitivement acquise au débiteur. Cela revient à dire que le silence du débiteur italien vaut acceptation, un peu comme dans la fiction juridique créée par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 mars 1938, décidant que le silence gardé par le débiteur face à une offre de remise faite dans son intérêt exclusif vaut acceptation¹¹... Le droit italien semble en effet partir du postulat selon lequel la remise de dette est toujours présumée être faite dans l'intérêt (sinon exclusif, du moins partagé) du débiteur : ce n'est que lorsque ce dernier considérera ses intérêts insuffisamment satisfaits qu'il exprimera son désaccord, renversant ainsi la présomption simple légalement édictée en sa faveur. Le caractère unilatéral de la remise de dette italienne doit en effet être nuancé par la faculté d'opposition du débiteur, laquelle a pour effet de faire ressusciter la créance d'origine, mais – semble-t-il – sans ses garanties initiales¹².

⁸ Cf not. A. M. RABELLO, *Renunciation of Right and Remission of Debt in Comparative and Israeli Law*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 1994, Vol. 1, Issue 1, Art. 3, p. 49.

⁹ Cf not. A.-M. RABELLO : *op. cit.*, *loc. cit.* : « That English law requires consideration for effecting release (subject to the above exceptions) supports the conclusion that it is a bilateral act in English law » – Z. ZELTNER, « The law of contracts of the state of Israël », Tel Aviv, 1976, p. 130 : « In such circumstances, there is a fundamental rule concerning recourse to English law that renunciation and remission be effected by contract, a rule that, in English law, derives from the very requirement of consideration ».

¹⁰ V., en ce sens, FLORENSA i TOMAS, *La condonación de la deuda en el Código civil (estructura y objeto del negocio remisivo)*, Monografías Civitas, 1996, p. 54 s.

¹¹ Req. 29 mars 1938, DP 1939. I. 5, note P. VOIRIN.

¹² P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Naples, 1985, p. 632 s.

Quant à l'article 160 du nouveau Code civil hollandais, il adopte une solution originale de compromis : certes, le premier alinéa affirme clairement la nature conventionnelle de la remise de dette ; mais le second alinéa vient nuancer cette règle en matière de remise-libéralité en prévoyant que, dans cette hypothèse, l'offre de décharge est réputée formée dès qu'elle est notifiée au débiteur, à moins que celui-ci ne s'y oppose. Le compromis entre les thèses de la convention et de l'acte unilatéral réceptice ne pouvait être mieux affirmé.

A priori conformes au bon sens, les présomptions italienne et néerlandaise nous semblent néanmoins critiquables au regard des règles générales de formation du contrat. Il est vrai que le consentement du débiteur engendre rarement des difficultés : il a souvent intérêt à accepter un abandon de créance. Mais il faut relativiser l'idée populaire selon laquelle on ne refuse pas un cadeau. Le débiteur peut avoir un intérêt fiscal (ne pas atteindre le seuil de déclenchement de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune, par exemple) ou encore d'ordre moral, certaines personnes mettant encore aujourd'hui de l'honneur dans le paiement de leurs dettes, notamment dans des rapports familiaux ou amicaux. Au niveau macro-économique, la plus belle illustration de cette question a été la Grèce : lorsqu'en 2011 le Premier ministre grec Georgios Papandreou a soumis à référendum l'acceptation de remise de dette que lui proposait l'Union européenne, l'Allemagne et la France s'en sont indignées. Or, le comportement grec était logique en ce sens qu'il ne s'agissait que d'une offre de remise, devant être acceptée pour valoir remise de dette... Bien entendu, dans la théorie de l'acte réceptice, le débiteur peut s'opposer à la remise de dette dans un délai raisonnable ; pour autant, non seulement cette conception affaiblit le poids de la volonté du débiteur (qui est vue de manière négative et non positive), mais en outre il reste à déterminer concrètement ce qu'est un délai raisonnable...

I.3. Quoi qu'il en soit, on mesure combien l'approche contractuelle, voire réceptice, de la remise de dette est nuancée d'un pays à l'autre, sans que pour autant les conceptions soient frontalement opposées. Il n'y a guère que certains auteurs italiens¹³ et espagnols¹⁴ qui défendent encore l'essence véritablement unilatérale de la remise de dette ; plus précisément, la doctrine espagnole apparaît comme une mosaïque divisée entre les auteurs exigeant l'acceptation du débiteur, ceux la rejetant, ceux qualifiant la remise en tant qu'acte unilatéral réceptice à l'instar des Italiens, et enfin ceux adoptant une

¹³ Cf par ex. L. GAROFALO e M. TALAMANCA (dir. da), *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴ Cf par ex. C. E. FLORENSA i TOMAS, *op. cit.*, p. 133 s. ; C. FUENTESECA, « La condonación de deudas », *Editoriales de Derecho Reunidas*, 2003, p. 71 s., et auteurs cités.

position intermédiaire pour ne requérir le consentement du débiteur qu'en cas de remise de dette expresse¹⁵.

2. En tout état de cause, le caractère conventionnel de la remise de dette n'est plus débattu aujourd'hui en France, ne serait-ce que parce que les articles 1285 et 1287 du Code civil emploient l'expression « remise ou décharge conventionnelle ». Par ailleurs, on ne saurait consacrer l'existence parallèle d'une renonciation unilatérale à un droit de créance, dans la mesure où le modèle conventionnel imposé ne peut être contourné¹⁶. Si ce dernier n'est pas réalisé – absence d'acceptation du débiteur –, il appartiendra au juge, maître de la qualification des opérations juridiques, d'en tirer les conséquences : nous nous trouverons alors face à une remise de dette avortée. Le juge restituera à l'opération sa véritable identité juridique : remise de dette ou simple volonté du créancier dépourvue d'effet juridique, ou encore renonciation au droit de poursuite. L'énumération des causes d'extinction des obligations par l'article 1234 du Code civil est certes non exhaustive, mais on ne saurait déroger par une volonté unilatérale à un régime juridiquement établi. Un acte unilatéral prend naissance dans le for intérieur, de sorte que « l'individu ne délibère qu'avec lui-même et en lui-même »¹⁷. À ce titre, l'idée d'un soliloque du créancier est dérangeante en ce qu'elle est incompatible avec le modèle incarné par la remise de dette, une remise de dette instituée sous forme de dialogue par le Code Napoléon : dans la mesure où la loi a organisé la remise de dette sous forme de convention, il s'ensuit qu'elle a entendu exclure, pour le droit de créance, la renonciation unilatérale. Nous ne saurions donc conclure avec le Doyen Carbonnier qu'« il pourrait y avoir deux sortes de remises de dettes : l'une par convention qui seule aurait été prévue par le Code civil, et l'autre, par acte unilatéral dont il n'aurait rien dit »¹⁸. L'admission d'un acte concurrent au modèle conventionnel retenu serait dangereuse, car la renonciation unilatérale risquerait de le vider de son sens et de son contenu. Il est symptomatique de relever qu'autrefois, au sein de la Commission allemande chargée d'établir un projet de *BGB*, alors que d'aucuns avaient pu proposer de consacrer le mécanisme de la renonciation unilatérale, « on craignit que

¹⁵ Sur chacune de ces thèses, cf auteurs cités par C. FUENTESECA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶ Sur le débat portant sur l'éventuelle coexistence de la remise de dette conventionnelle et de la renonciation à un droit de créance, cf N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, Dalloz, 2013, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, n° 424 s.

¹⁷ P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. PATARIN, PUF, 1977, p. 182.

¹⁸ J. CARBONNIER, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1963, p. 289.

cette disposition ne fût interprétée abusivement, comme autorisant la donation par acte unilatéral »¹⁹, ce qui conduisit au rejet de la proposition...

3. Le projet de réforme du droit espagnol des obligations a trouvé un moyen original de combiner la remise de dette conventionnelle et la renonciation unilatérale à un droit de créance, en consacrant ces deux mécanismes au sein d'un même article : en effet, après avoir posé dans un premier alinéa, à titre de définition de la remise, l'exigence d'une acceptation du débiteur²⁰, le texte proposé reconnaît, dans un troisième alinéa, l'existence de la figure de la renonciation à un droit de créance par un acte unilatéral réceptice²¹. Il semblerait ainsi que les rédacteurs du projet aient entendu suivre la tendance conventionnelle de la remise de dette en vigueur dans la plupart des droits, tout en consacrant parallèlement la figure italienne et hollandaise de la remise-acte réceptice. Une telle proposition nous laisse quelque peu perplexe. Certes, la renonciation réceptice fait une petite place à la volonté du débiteur, ce qui atténue le caractère unilatéral de l'acte. Pour autant, la coexistence de ces deux modèles nous semble dangereuse. En effet, la renonciation unilatérale – même réceptice – obéit à des considérations pragmatiques, en ce qu'elle est moins contraignante pour tout créancier. Par conséquent, en pratique, le modèle de la remise de dette sera souvent contourné en droit espagnol par les créanciers (si le texte proposé est adopté en l'état), au profit de celui de la renonciation unilatérale : pourquoi requérir le consentement du débiteur lorsqu'une simple déclaration unilatérale de volonté est efficace ? En d'autres termes, épouser le pragmatisme de la renonciation aboutirait à affaiblir le caractère protecteur de la figure conventionnelle de la remise de dette... À ce titre, la consécration concomitante de la remise de dette et de la renonciation à un droit de créance, projetée en droit espagnol, paraît peu pertinente.

C'est donc en toute logique que le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie rejette les modèles alternatifs et fait le choix du modèle contractuel.

¹⁹ S. LESSONA, « Essai d'une théorie générale de la renonciation à un droit », *RTD civ.* 1912, p. 378.

²⁰ L'art. 1231, al. 1^{er}, insiste en effet sur la nature conventionnelle de la remise dans le cadre d'une définition de cet acte : « El acreedor puede remitir, total o parcialmente, la deuda siempre que el deudor lo consienta » (« Le créancier peut remettre, totalement ou partiellement, la dette à condition que le débiteur l'accepte ». Cf « Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos » (Comisión general de codificación), janv. 2009.

²¹ L'al. 3 du même art. prévoit en effet, à l'instar du Code italien : « *La renuncia unilateral del crédito notificada al deudor es extintiva si no se opone a ella en un tiempo prudencial* » (« La renonciation unilatérale à la créance notifiée au débiteur est extinctive s'il ne s'oppose pas à elle dans un délai raisonnable »).

B. – *Le choix du modèle contractuel*

1. *De lege ferenda*, le projet de la Chancellerie propose en son article 1329 la définition suivante : « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation », reprise textuelle de l'article 104 de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques sur le régime de l'obligation.

1.1. Ainsi, serait désormais expressément consacrée l'essence conventionnelle de la remise de dette, ce qui met définitivement un terme au débat historique : le créancier ne saurait « se faire juge du désir que peut avoir le débiteur de rester dans les liens de l'obligation »²². D'ailleurs, si le créancier s'abstient de réclamer à son débiteur l'exécution de son obligation, le débiteur désireux de payer pourra toujours se libérer en ayant recours au mécanisme de la consignation, dont la procédure est précisément modernisée par le projet d'ordonnance²³.

La définition de la remise de dette proposée est classique et contraste d'ailleurs avec celle proposée à l'article 1320 du projet pour le paiement²⁴ dans la mesure où, pour ce dernier, l'extinction de l'obligation est un effet de l'exécution, et encore à condition qu'il n'y ait pas subrogation²⁵ ; à l'inverse, l'extinction de l'obligation constitue à la fois l'objet et l'effet de la remise de dette²⁶ : ainsi que l'avait pertinemment perçu Langelier au début du XX^e siècle, « l'effet extinctif rentre dans la définition même de la remise de dette »²⁷.

²² P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *RTD Civ.* 1936, p. 763 et s., n°18.

²³ Art. 1323-1 du projet d'ordonnance. Not., la vieille figure des offres réelles est supprimée.

²⁴ Art. 1320, al. 1^{er} proposé : « Le paiement est l'exécution de la prestation due ».

²⁵ Cela fait d'ailleurs l'objet du troisième al. de l'art. 1320 du projet de la Chancellerie : « Le paiement libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi prévoit une subrogation dans les droits du créancier ».

²⁶ La doctrine moderne assimile les concepts d'objet et d'effet du contrat et Monsieur le Professeur FAGES considère même que le contrat n'a pas d'objet et qu'il n'a que des effets, B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°181. En tout état de cause, les notions d'objet et d'effet se confondent en matière de remise de dette, en l'absence de tout contenu obligationnel : l'objet de la décharge conventionnelle – résultat voulu – est l'extinction de la dette et son effet – résultat neutre, subi – coïncide en ce qu'il est lui-même extinctif. En d'autres termes, en absorbant tout autre effet de l'acte, l'effet extinctif nous ramène à l'objet de la remise. Ainsi, « l'objet du contrat prend une dimension nouvelle puisque, libéré de sa soumission à l'obligation, il intègre à juste titre les effets non obligationnels de celui-ci », A. LUCAS-S. PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005, n°572). L'auteur ajoute « Les effets du contrat qui ne résultent pas de l'exécution d'obligation doivent être intégrés à l'objet de celui-ci dès lors qu'ils participent de l'opération juridique poursuivie par les parties, mais aussi, très simplement, parce qu'ils se trouvent soumis au régime de l'objet » (*op. cit.*, n°573).

²⁷ L. LANGELIER, *Théorie générale de la remise de dette*, thèse, Lille, 1922, p. 63.

1.2. Le débiteur doit donc accepter l'offre de remise de dette qui lui est adressée par le créancier. Le texte ne précise pas quelle valeur doit être conférée au silence gardé par le débiteur. Au demeurant, l'article 1121 du projet de réforme énonce, au sein des dispositions générales relatives à la formation des contrats, que « 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 ». Si toutes ces exceptions constituent la reprise de solutions prétoriennes, n'est en revanche pas visée l'offre faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire, alors que la Cour de cassation a précisé en 1938 – précisément à propos d'une remise de dette – que le silence valait alors acceptation²⁸. Toutefois, malgré l'absence de reprise de cette solution, elle sera sans doute reconduite, pour peu que l'on considère que « l'intérêt exclusif » du destinataire autrefois visé est désormais couvert par l'expression générale « circonstances particulières », d'ailleurs empruntée à la jurisprudence récente de la Cour de cassation²⁹. Pour autant, à notre sens, le silence du destinataire de l'offre de remise ne devrait pas valoir acceptation, afin de ne pas entraver la faculté de rétractation de son auteur et de ne pas contourner le régime des donations (la remise de dette pouvant revêtir le moule d'une libéralité indirecte). D'autant que, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision de 1938, le caractère exclusif de l'intérêt des débiteurs n'allait pas de soi : il y avait plutôt un intérêt partagé, le créancier espérant recouvrer le reste de ses créances impayées grâce à une remise intéressée... Il conviendrait donc de préciser que le simple silence du débiteur ne saurait valoir acceptation de l'offre de remise, l'acceptation devant être expresse ou tacite.

2. Si l'effort d'une définition de la remise de dette est tout à fait louable, pour autant la formulation proposée par la Chancellerie peut susciter quelques réserves.

2.1. D'une part, il ne nous semble pas opportun que le terme « contrat » soit préféré à celui de « convention » pour désigner la remise de dette. On enseigne traditionnellement que le contrat est l'espèce d'un genre plus vaste, en l'occurrence celui des conventions : on se plaît à dire que « si tout contrat est une convention, toute convention n'est pas un contrat ; l'un est l'espèce,

²⁸ Req. 29 mars 1938, *préc.*

²⁹ La Cour de cassation, adoptant une conception large des exceptions, a en effet jugé que si, en principe, le silence n'a pas valeur d'acceptation, « il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation » : Civ. 1^{ère} 24 mai 2005, *JCP G* 2005, I, 194, obs. C. PERES-DOURDOU ; CCC 2005, comm. n°165, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2005, p. 1005, obs. D. MAZEAUD ; dans le même sens, v. Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *RDC* 2009, p. 1330, obs. T. GENICON ; D. 2009, p. 2137, obs. F. LABARTHE ; *RTD Civ.* 2009, p. 530, obs. B. FAGES.

l'autre est le genre »³⁰, et Pothier lui-même distinguait les deux actes³¹. Aujourd'hui, le terme « convention » désigne tout accord de volonté producteur d'effets de droit, alors que celui de « contrat » qualifie la seule convention créatrice d'obligations. Il existe en effet des conventions qui, bien que ne créant pas d'obligations, n'en produisent pas moins des effets de droit : il en est ainsi des conventions modificatives et extinctives. Or, la remise de dette ayant un effet extinctif, elle mérite *a priori* la seule qualification de convention et non de contrat. C'est d'ailleurs la remise de dette que Madame le Professeur Fabre-Magnan choisit comme exemple le plus topique pour illustrer la distinction entre conventions et contrats, en la définissant comme « une convention car elle nécessite l'accord du créancier et du débiteur pour produire ses effets, mais elle n'est pas un contrat puisqu'elle a pour objet d'éteindre l'obligation et non pas d'en créer »³².

La distinction entre contrat et convention est toutefois critiquée par la doctrine dominante, laquelle lui reproche de ne présenter aucune pertinence sur le plan pratique : il est en effet d'usage d'employer indifféremment les deux termes, à l'instar des rédacteurs du Code Napoléon, peu rigoureux à cet égard. À ce titre, on observe que le régime du contrat *stricto sensu* n'offre aucune particularité notable au regard de celui de la convention, la théorie du contrat s'identifiant à celle de la convention³³. Il s'agirait donc là d'une simple question de nuance, dont la portée ne saurait être exagérée.

³⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Vol. 24, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1^{er}, Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1868, n°12 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Vol. 7, *Contrats et obligations*, F. PICHON, Paris, 1894, n°3 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Les obligations*, t. 1, Librairie générale de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, Paris, 1897, n°7 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, n°49 ; J.-M. TRIGEAUD, « Vocabulaire fondamental du droit », V° « Convention », *Arch. phil. dr.*, t. 35, Sirey, 1990, 13.

³¹ R. J. POTHIER, *Traité des obligations in « Les œuvres de Pothier »*, t. 1, 2^{ème} éd., 1781, 1^{ère} partie, Chap. 1^{er}, Section 1 : « Des contrats », Art. 1^{er}, §1^{er}, « Ce que c'est qu'un contrat », n°3 ; M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Cosse, Delamotte, Videcocoq, Paris, t. 2, *Traité des obligations*, 1848, n°3, p. 4. Le terme « engagement » est ici synonyme d'obligation.

³² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, Coll. Thémis, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^{ème} éd., 2012, n°67.

³³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, n°80 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Les obligations*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, n°930 ; J. GHESTIN et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013, n°5 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations. Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, par F. CHABAS, n°52 ; MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd., 1989, n°23 ; A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, Coll. Domat, 14^{ème} éd., 2014, n°12 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. 3, 7^{ème} éd., Economica, 2014, n°73 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°49 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2013, n°434.

Mais, si cette différenciation semble en partie obsolète³⁴, il n'est pourtant pas sans intérêt de distinguer les conventions dont l'effet est extinctif (telle la remise de dette), translatif (comme la cession de créance) ou créateur d'obligations (le contrat au sens étroit du terme). L'enjeu n'est pas seulement didactique : il permet de mettre en évidence certaines particularités des conventions extinctives ou modificatives.

Dans sa dernière version, le projet de la Chancellerie bannit la distinction pour ne parler désormais que de contrat. Or, en prévoyant que ce dernier est tantôt unilatéral, tantôt synallagmatique, l'article 1104 proposé semble éluder l'hypothèse spécifique des conventions extinctives et modificatives, lesquelles, précisément, ne sauraient être ni unilatérales, ni synallagmatiques. La doctrine qualifie parfois de contrat unilatéral la remise de dette, qu'elle soit réalisée à titre gratuit ou onéreux, dans la mesure où seul le créancier, en consentant un sacrifice, semble prendre un engagement. La tentation est en effet grande d'y voir un contrat unilatéral, à l'instar de la donation, dont elle épouse d'ailleurs parfois le moule.

En réalité, le débat ne se pose pas en termes d'unilatéralisme et de synallagmatisme : pour que l'une de ces deux qualifications soit possible, encore faut-il que la remise de dette comporte un contenu obligationnel. Or, elle en est dépourvue, le mécanisme extinctif épuisant tous les effets de l'acte³⁵. L'on pourrait certes considérer que le créancier gratifiant souscrit une obligation. Il ne saurait s'agir là d'une obligation d'effacer la dette – laquelle constituerait une obligation matériellement inconsistante, ce qui serait remettre en cause l'effet de plein droit de l'acte. Pas davantage, il ne faut y voir une obligation de ne pas poursuivre le débiteur ou de ne pas réclamer sa créance, dans la mesure où une telle obligation de ne pas faire relève du mécanisme distinct de la renonciation aux poursuites. Il faudrait au contraire considérer que le créancier gratifiant souscrit une obligation de ne pas faire s'identifiant à l'obligation de ne plus se prévaloir de sa créance et se réalisant au moment-même de la restitution du titre ou lors de la signature de la convention³⁶. Cependant, il conviendrait ensuite de conclure que ce contenu obligationnel est immédiatement absorbé par l'effet extinctif, opérant en tant qu'effet automatique, instantané, de la remise. Au moment-même où il y a échange des consentements, l'obligation de ne pas faire souscrite par le créancier serait absorbée par l'effet extinctif. En d'autres termes, l'obligation s'épuiserait immédiatement par l'acte d'effacement. Une telle conception rappellerait, *mutatis mutandis*, la vente : l'effet

³⁴ À ce titre, le projet de cadre commun de référence (art. II.-1:101) reprend l'idée selon laquelle le contrat est un accord, mais précise qu'il peut avoir des effets juridiques quelconques (« quelque autre effet juridique »), ce qui clôt le débat.

³⁵ N. PICOD, *op. cit.*, n° 518 s.

³⁶ Selon que la remise de dette est tacite ou expresse.

translatif de propriété est concomitant à l'échange des consentements et, même si la question est controversée, on s'accorde à dire que l'obligation de donner est éteinte par l'effet translatif lui-même³⁷. La remise de dette serait alors un contrat ayant un contenu, mais celui-ci serait immédiatement absorbé par l'effet extinctif de l'acte.

Aussi séduisante puisse-t-elle paraître, cette conception intermédiaire entre le rejet et l'admission d'un contenu obligationnel ne saurait cependant satisfaire : elle apparaît ici comme une fiction juridique en raison de l'absorption du contenu obligationnel par l'effet extinctif, en ce sens qu'au moment même où l'obligation naît, elle s'éteint... En tout état de cause, la fiction juridique à laquelle on aboutit demeure dénuée d'intérêt pratique : si le débiteur saisit le juge, ce dernier se contentera de constater l'extinction de la dette et ne prononcera pas l'exécution forcée de la convention de remise. À ce titre, nous souscrivons totalement à la thèse défendue par Monsieur le Professeur Ancel, distinguant les notions de contenu obligationnel et de force obligatoire des conventions³⁸.

À notre sens, il serait donc plus pertinent de définir la remise de dette en tant que « convention », plutôt que « contrat », à l'instar de l'avant-projet Catala³⁹.

2.2. D'autre part, la deuxième réserve suscitée par la définition proposée par le projet de la Chancellerie concerne son caractère laconique. *De lege ferenda*, il serait opportun de proposer une définition de la remise de dette à la fois plus complète et plus affinée. Notamment, devrait être précisée la vocation large de l'objet de l'obligation remise, dont l'approche est traditionnellement restrictive, de sorte que certaines décharges conventionnelles (telles que les prétendues « renonciations » à une obligation de non-concurrence ou à un recours entre coobligés) demeurent encore inexploitées : à défaut de pouvoir viser toute obligation de donner, de faire ou de ne pas faire (triptyque abandonné par le projet d'ordonnance), il faudrait à tout le moins viser « toute obligation ». De même, la remise de dette ne saurait – à l'image appauvrissante du droit espagnol – se réduire à un acte à titre gratuit dont elle épouserait les règles de fond ; or, demain comme aujourd'hui, c'est en interprétant l'article 1288 du Code civil (ou 1329-2, al. 3, du projet d'ordonnance) traitant de la décharge accordée par le créancier à la caution moyennant contrepartie que l'on déduit et continuera à déduire l'existence de la remise à titre onéreux, alors qu'une simple

³⁷ Concept que Madame le Professeur FABRE-MAGNAN a pu qualifier de mythe : « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 s.

³⁸ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 s.

³⁹ Le groupe CATALA proposait en son article 1237 : « La remise de dette est la convention par laquelle le créancier libère le débiteur de son obligation avec l'accord, exprès ou tacite, de celui-ci ».

précision sur le caractère gratuit ou onéreux au sein de la définition de la remise de dette serait suffisante. Par ailleurs, les caractères exprès ou tacite (mentionnés par l'avant-projet Catala), total ou partiel ainsi que les modalités pouvant assortir la remise de dette – condition, terme, charge – devraient être énoncés. En outre, à l'instar de la novation et comme toute forme de renonciation à un droit, la remise de dette ne se présume pas, et la jurisprudence mérite d'être consolidée sur ce point ; non abordée par le Code civil, cette question ne semble pas davantage avoir été appréhendée par un autre Code étranger.

2.3. Enfin, il convient de ne pas occulter – contrairement aux législations voisines – le legs de libération, remise de dette outre-tombe. Il est vrai qu'une telle décharge ne s'identifie pas au modèle conventionnel de la remise, le testament étant d'essence unilatérale. Au demeurant, le consentement du légataire est requis à la mort du *de cuius*, pour l'efficacité du testament. En effet, il n'existe pas en droit français d'« héritier nécessaire », ce qui était le cas des esclaves à Rome : l'héritier ou le légataire doit manifester sa volonté d'accepter, nul n'étant tenu d'accepter une succession qui lui est échue. En d'autres termes, les volontés se manifestent séparément, selon des formes particulières, l'acceptation du débiteur n'intervenant qu'après le décès du créancier. Nous nous trouvons bien en présence de deux consentements (certes différés), ce qui relativise la dérogation portée à la nature conventionnelle de la remise de dette, la décharge n'étant en aucun cas imposée à son bénéficiaire : le créancier ne contraint pas, outre-tombe, le débiteur à accepter une décharge de sa dette et c'est ce qui importe. S'il n'y a pas accord des volontés au sens de la remise conventionnelle, il y a bien adhésion du débiteur... Plus précisément, il existe deux consentements, donnés pour deux actes distincts se répondant en miroirs. Nous nous trouvons en face non pas d'une offre à laquelle répond une acceptation au sein d'un même acte juridique, mais de deux consentements à deux actes distincts se répondant, en vis-à-vis. S'il ne saurait y avoir contrat (même formé de manière progressive), pour autant le legs de libération caractérise bien le « vouloir ensemble », ce qui le distingue d'une simple renonciation. Dans un souci de cohérence, le legs de libération mériterait donc d'être visé au sein de la définition de la remise de dette, tout en précisant qu'il produit les mêmes effets que la décharge conventionnelle.

3. S'il faut avoir conscience du fait que « toute définition en droit civil est dangereuse, car il est rare que l'on ne puisse pas la renverser »⁴⁰, nous souhaiterions proposer les textes suivants pour définir la remise de dette et ses caractères :

« La remise de dette est une décharge volontaire intervenant entre vifs ou à cause de mort, à titre gratuit ou onéreux, portant sur tout ou partie de la dette, et ayant pour objet de l'éteindre. La remise de dette est par essence conventionnelle mais peut également résulter d'une disposition testamentaire par laquelle le testateur entend renoncer, pour le temps où il n'existera plus, à sa créance ; elle produit les mêmes effets qu'une remise conventionnelle.

La remise de dette peut porter sur toute obligation. La décharge peut être pure et simple, subordonnée à une condition ou assortie d'un terme.

La remise de dette peut être expresse ou tacite. La remise tacite peut résulter de la restitution du titre constatant la créance ou de tout autre comportement du créancier manifestant sa volonté non équivoque de décharger son débiteur ou tout autre obligé à la dette.

La remise de dette s'interprète restrictivement. La volonté du créancier de l'opérer doit résulter clairement de l'acte ou des circonstances. Le simple silence du débiteur ne vaut pas acceptation de l'offre de remise. »

Ainsi, le caractère conventionnel de la remise de dette est expressément consacré par le projet de la Chancellerie, qui se contente parallèlement de réaliser une modification cantonnée du régime de la décharge conventionnelle.

II. LA MODIFICATION CANTONNÉE DU RÉGIME DE LA REMISE DE DETTE

Le projet d'ordonnance procède à quelques modifications du régime de la remise de dette, tant formelles que substantielles.

A. – *Les modifications formelles*

I. Tout d'abord, ce qui frappe d'emblée en lisant les textes proposés, c'est la « cure d'amaigrissement » subie par les dispositions actuelles

⁴⁰ I. PRISCUT, in *Digeste* 50, 17, 202 : « *Omnia definitio in juri civili periculosa est nam rarum est enim ut non subverti potest* ».

relatives à la remise de dette : plus que trois articles seraient désormais consacrés à cette notion, au lieu des sept actuels.

En réalité, deux autres textes ont fait l'objet d'une fusion et ont été déplacés, pour être intégrés au sein des dispositions relatives à la preuve du paiement⁴¹, conformément à ce que préconisaient les avant-projets doctrinaux des Commissions Catala et Terré : il s'agit des présomptions de libération attachées à la restitution du titre de créance, actuellement instituées par les articles 1282 et 1283 du Code civil. Certes, le choix d'un tel déplacement peut sembler nuire à la cohérence du régime de la remise de dette, en raison de la dispersion des textes qu'elle induit. Au demeurant, il se justifie sous le prisme des probabilités : en effet, le paiement constitue le mode normal et habituel d'extinction des obligations, alors que la remise de dette est un acte bien plus rare en pratique : statistiquement, la libération du débiteur ayant lieu plus fréquemment à la suite d'un paiement que d'une décharge, cela justifie le choix des différents groupes de travail de traiter de ces règles au titre de la preuve du paiement plutôt qu'à propos de la remise de dette elle-même⁴². Rappelons en outre qu'en dehors des cas prévus par la loi, les abdications de droits ne se présument pas.

2. Ensuite, il faut souligner la disparition d'une disposition désuète, en l'occurrence la règle actuellement posée à l'article 1286 du Code civil, selon laquelle « la remise de la chose donnée en gage ou en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette ». Ce texte était le seul, jusqu'alors, à avoir fait l'objet d'une petite retouche : à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés, l'expression « ou en nantissement » avait été ajoutée afin d'harmoniser droit des sûretés et droit de la remise de dette, et plus précisément afin de tenir compte du critère de distinction entre gage et nantissement qui était nouvellement posé.

Ainsi, les législateurs de 1804 puis de 2006 ont jugé opportun de préciser que la renonciation à un gage et à un nantissement par restitution de la chose gagée ou nantie n'emportait pas présomption de remise de dette. Or, point n'était besoin de le rappeler : on sait que, si l'accessoire suit le principal, l'inverse n'est pas vrai et, à ce titre, la renonciation à l'accessoire ne saurait emporter remise du principal... D'autant que la renonciation à une sûreté réelle constitue « un témoignage de confiance, manifesté par le

⁴¹ Le paiement fait l'objet de la Section 1^{ère} du chap. II relatif à l'extinction des obligations.

⁴² Cf Rapport à M. P. CLÉMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, 22 sept 2005, p. 120, note sous l'art. 1232 proposé par le groupe CATALA : « Ces dispositions correspondent aux actuels art. 1282, 1283, 1284 et 1286, figurant dans la section consacrée à la remise de dette. Or ces dispositions nous paraissent davantage relever de la libération du débiteur, qu'elles font présumer. D'où le rattachement au paiement, et à sa preuve ».

créancier à son débiteur »⁴³. Renoncer à la garantie du paiement n'implique pas que l'on renonce au paiement lui-même. On peut même dire, plus largement, que la renonciation à une sûreté, quelle qu'elle soit et sans qu'elle ne se matérialise forcément par la restitution d'une chose, n'emporte pas remise de dette. D'un point de vue comparatiste, l'article 1689 du Code civil du Québec connaît aujourd'hui une formule un peu différente : « La renonciation expresse à une priorité ou à une hypothèque par le créancier ne fait pas présumer la remise de la dette garantie ». Il est symptomatique de constater que, curieusement, alors que l'ancien article 1682 du même Code en prévoyait de même en matière de restitution de la chose donnée en gage, le texte a disparu⁴⁴, ce qui n'empêche pas la doctrine québécoise de continuer à retenir – en toute logique – l'application de cette règle⁴⁵. Ainsi, la suppression de l'article 1286, proposée par le projet d'ordonnance, doit être approuvée.

3. Enfin, le Code civil procède depuis 1804 à une fausse distinction formelle entre les diverses remises de dettes en se référant tantôt à la « remise ou décharge conventionnelle »⁴⁶ pour désigner les remises expresse, tantôt à la « remise du titre »⁴⁷ pour évoquer les remises tacites, comme si elles constituaient deux actes de natures opposées. En réalité, les rédacteurs de 1804 ont seulement entendu régler un problème de preuve, en attachant une présomption de libération du débiteur à la seule restitution du titre de créance. Mais, *de lege lata*, cette maladresse terminologique laisse faussement penser que seule la remise expresse – légalement baptisée « décharge conventionnelle » – a une nature contractuelle et que la « remise du titre » – remise tacite, réalisée par la restitution du titre de créance – est, en revanche, un fait juridique à l'instar du paiement, voire un acte unilatéral. Or, les remises tacites sont tout aussi contractuelles que les expresse : dans les deux cas, il s'agit bien d'une décharge conventionnelle, par opposition aux décharges d'origine légale ou judiciaire. Seule l'expression de la volonté abdicative diffère : à l'instar de la renonciation à un droit, elle est tantôt expresse, tantôt tacite et, dans ce dernier cas, la preuve est facilitée.

C'est donc très opportunément que le projet de la Chancellerie abandonne l'expression « remise ou décharge conventionnelle » pour ne parler désormais que de « remise de dette » ou de « remise » tout au long de la section 3 consacrée à ce mode d'extinction ; le fait d'avoir préalablement

⁴³ J. PINAUD, D. BURMANN et S. GAUDET, *op. cit.*, n°526.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Expression employée aux art. 1285 et 1287 actuels du C. civ..

⁴⁷ Expression employée aux art. 1282, 1283 et 1284 actuels du C. civ..

défini le concept en tant que contrat dans un article 1329 permet d'ailleurs de se dispenser de la redondance de l'ancienne expression.

4. Nous regretterons que l'opportunité n'ait pas été saisie de moderniser parallèlement l'expression « remise du titre »⁴⁸. Or, il eût été souhaitable de substituer au terme « remise » – lequel offre une double acception⁴⁹ – le vocable plus éclairant de « restitution ». L'ambiguïté du terme, employé par les textes actuels et nouveaux dans ses deux sens – mettre en main et libérer, la remise matérielle du titre faisant présumer la remise de la dette au sens propre – avait à juste titre été dénoncée autrefois par Marcadé⁵⁰ puis, plus récemment, par le Doyen Carbonnier⁵¹. L'expression « remise de la chose donnée en gage ou en nantissement » recèle une ambiguïté similaire, mais la disposition la contenant est vouée à disparaître dans le projet d'ordonnance. On observera que, par un raccourci surprenant, le Code civil du Québec désigne la remise de dette par le simple vocable « remise »⁵² malgré sa polysémie, ce qui est révélateur de la charge sémantique (la notion de dette étant sous-entendue) que véhicule ce terme, qui mérite donc d'être réservé à la seule remise de dette...

5. De manière accessoire, il serait opportun de prévoir une articulation entre le droit commun de la remise de dette et le droit spécial. En effet, l'octroi d'une décharge est fréquemment l'occasion d'une confrontation entre le droit commun et les droits périphériques : elle s'inscrit aujourd'hui, le plus souvent, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. En ce sens, à l'instar de l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés, il serait souhaitable d'établir une articulation entre le général et le spécial, en l'occurrence entre le droit commun de la remise de dette trouvant son siège dans le Code civil, et les dispositions spécifiques issues du droit de

⁴⁸ Expression actuellement employée par les art. 1282, 1283 et 1284 du C. civ., et reprise en ses deux alinéas par l'art. 1320-9 proposé.

⁴⁹ Les significations de ce terme sont même plus nombreuses. Cf N. PICOD, *op. cit.*, n° 7.

⁵⁰ V. N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 4, 1852, n° 792 : « Le législateur a peut-être eu tort, dans une section où le mot de remise est consacré pour exprimer l'extinction de la dette, d'employer ce même mot pour signifier la restitution et la livraison, que le créancier fait au débiteur du titre constatant la créance (...) ou de la chose qui lui avait été donnée en nantissement ».

⁵¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Les obligations*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, n° 1268 : « Sous cette rubrique, le Code civil (art. 1282 s.) a traité de deux questions, le mélange étant favorisé par les deux sens de « remettre », « libérer » et « mettre en mains », la remise de dette au sens propre, c'est-à-dire la libération du débiteur par la renonciation du créancier (art. 1285-1287), et la remise du titre constatant la dette (art. 1282-1284), qui fait d'ailleurs présumer, sous certaines conditions, une remise de dette au sens propre ».

⁵² C. civ. du Québec, art. 1687 s. La « remise » est d'ailleurs traduite en anglais par le terme « release ».

l'insolvabilité (où coexistent de véritables remises de dettes et des décharges judiciaires ou légales). Une référence générale aux Codes de commerce et de la consommation nous semble suffisante, par préférence à une énumération des procédures actuelles, dont la longévité demeure imprévisible. Il s'agit de préserver une certaine dialectique qui fait parfois défaut, entre le Code civil et le Code de commerce ou le Code de la consommation, afin de conjuguer harmonieusement leurs principes respectifs. Ainsi, il pourrait être opportun de préciser que « les dispositions de la présente section ne font pas obstacle à l'application des règles dérogatoires instaurées par le livre VI du Code de commerce et le titre III du livre III du Code de la consommation ».

En tout état de cause, les quelques retouches formelles proposées par le projet de réforme du droit des obligations sont assorties de quelques modifications substantielles.

B. – *Les modifications substantielles*

Le projet de réforme ne propose pas de nombreux changements quant aux règles de fond régissant la remise de dette. L'essentiel du régime est en effet conservé et, à tout le moins, les thèmes sélectivement développés restent les mêmes qu'en 1804 : les articles 1329-1 et 1329-2 sont consacrés aux effets de la remise de dette à l'égard des codébiteurs et cocréanciers solidaires pour le premier, et des cautions pour le second⁵³ ; quant à l'article 1320-9, il traite de la présomption de libération du débiteur faisant aujourd'hui l'objet des actuels articles 1282 et 1283 du Code civil. Au demeurant, quelques modifications de fond doivent être soulignées, tant à l'égard de la preuve que de la portée de la décharge.

I. Tout d'abord, dans le droit fil des propositions formulées par les Commissions Catala et de l'Académie des sciences morales et politiques, le projet de réforme émanant de la Chancellerie fait fusionner les présomptions actuelles de libération attachées à la restitution du titre de créance par le créancier au débiteur et leur accorde une force probante unique : les présomptions seront désormais toutes deux simples. *De lege lata*, si la présomption découlant de la restitution de la grosse présente déjà ce caractère⁵⁴, celle attachée à la remise du titre original sous seing privé est en revanche irréfragable. Les rédacteurs du Code Napoléon sont en effet partis

⁵³ Ces textes correspondent respectivement aux actuels articles 1285 pour le premier et 1287 et 1288 pour le second.

⁵⁴ Art. 1283 du C. civ.

du constat selon lequel, en se dessaisissant de l'acte original sous seing privé, le créancier s'est lui-même placé dans l'impossibilité totale d'établir la preuve de sa créance⁵⁵, ce qui ne peut s'expliquer que par le fait qu'il ait été payé ou qu'il ait renoncé à son droit de l'être. Dans la mesure où il s'est privé lui-même de la dernière arme dont il disposait à l'encontre de son débiteur, il n'est donc pas admis à renverser la présomption édictée⁵⁶; à l'inverse, le créancier se dessaisissant de la copie exécutoire de son titre peut toujours en obtenir une autre.

I.1. Si la gradation entre les deux présomptions s'explique aisément, pour autant, le caractère irréfragable de la présomption issue de l'article 1283 a pu sembler sévère, d'autant qu'en l'absence de présomption édictée par la loi, la restitution de l'original de l'acte sous seing privé eût emporté la conviction des juges du fond. En outre, dès lors que l'on se trouve en matière commerciale, la présomption irréfragable est susceptible de heurter de plein front le principe de la liberté de la preuve : après des hésitations, un arrêt de 1980 a fini par appliquer en droit commercial ladite présomption irréfragable⁵⁷, solution sujette à controverse. À titre de comparaison, si le droit italien connaît la même gradation entre les deux présomptions⁵⁸, à l'inverse la plupart des auteurs espagnols n'attribuent qu'un caractère simple à la présomption attachée à la remise du titre sous signature privée⁵⁹, en se fondant sur l'absence d'interdiction légale d'apporter la preuve contraire : la présomption est ainsi qualifiée de « *juris tantum* »⁶⁰. Au demeurant, ce sont, plus largement, l'inutilité et la complexité du système probatoire légal qui ont pu être relevées par la doctrine classique : certains auteurs relèvent que celui-ci ne fait que « compliquer une matière très simple et qui devrait être une question de fait à résoudre pour les juges »⁶¹. En effet, s'il semble raisonnable de considérer la restitution du titre de créance en tant que manifestation de la volonté du créancier d'octroyer une remise de dette, il eût, pour autant, été judicieux « d'abandonner aux lumières et à la prudence du magistrat »⁶² le soin de déterminer le sens à attribuer au geste du créancier, à l'instar de l'Ancien droit qui s'en remettait totalement à la sagesse des juges pour apprécier la portée des présomptions selon les

⁵⁵ Cf B. FAGES, in *Lamy Droit du contrat*, n°357-35.

⁵⁶ Civ. 12 févr. 1925, *Gaz. Pal.* 1925, 1, 726.

⁵⁷ Com. 30 juin 1980, D. 1982, 53, note G. PARLEANI ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 431, note J. DUPICHOT ; *RTD com.* 1981, 107, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

⁵⁸ Sur cette question, cf F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Edizioni scientifiche italiane, 14^{ème} éd., 2009, p. 562.

⁵⁹ Présomption énoncée à l'art. 1188 du C. civ. espagnol.

⁶⁰ Cf, en ce sens, TORRES LLANA, « *Comentario del Código civil* », Ministerio de Justicia, t. 2, 1993, commentaire sous art. 1188, p. 268.

⁶¹ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 3, LGDJ, n°1939.

⁶² L. LANGELIER, *op. cit.*, p. 45.

circonstances. À ce titre, Pothier proposait de ne reconnaître là que de simples présomptions de fait, qu'il signalait par ailleurs comme étant usuelles⁶³.

1.2. La fusion en une présomption simple proposée par tous les projets nous paraît donc pertinente, en ce qu'elle simplifie la matière et permettra d'éviter des difficultés en matière commerciale. Le projet de réforme du droit espagnol des obligations va même plus loin, en ne reprenant pas la présomption attachée à la remise du titre de créance⁶⁴, pourtant en vigueur dans le Code civil espagnol actuel, sans doute parce que ce système probatoire légal est considéré comme désuet autant qu'inutile... Sans aller jusqu'à adopter cette position extrême, un simple toilettage des textes français suffit, le système de la présomption attachée à la restitution du titre de créance ne devant pas, à notre sens, être remis en cause – ne serait-ce que parce que, selon l'expression de Ihering, « la main est la plus importante des parties du corps (...), elle est (...) l'organe de la volonté »⁶⁵.

1.3. Dans la mesure où les textes actuels ne posent qu'une présomption de libération, une telle absence de hiérarchie entre paiement et remise de dette n'est sans doute pas satisfaisante. Notre droit ainsi que la législation helvétique⁶⁶ contrastent à ce titre avec les choix des Codes espagnol⁶⁷ et québécois⁶⁸, lesquels donnent priorité à la remise de dette ; cependant, une telle hiérarchie ne tient pas compte de la prépondérance quantitative des paiements au regard des remises de dettes. On pourrait alors songer à renverser la proposition : il faudrait partir, à l'inverse, d'une présomption simple de paiement, en réservant expressément l'hypothèse où il y aurait des circonstances permettant d'en déduire une remise de dette. Toutefois, nous proposerons plutôt une solution de neutralité de principe tenant compte des circonstances tout en donnant priorité, en cas de doute sur le mode de libération, au paiement – mécanisme habituel et attendu d'extinction des obligations, que la remise de dette, mode extinctif sans satisfaction, ne

⁶³ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°608.

⁶⁴ « *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos* » (Comisión general de codificación), janv. 2009 : les futurs art. 1231 et 1232, seuls textes désormais consacrés à la remise de dette, s'abstiennent de mentionner la remise du titre de créance.

⁶⁵ R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par O. de MEULENAERE, T. IV, Paris, éd. Chevalier-Marescq, 1888, p. 260 s.

⁶⁶ L'art. 89.3 du Code suisse énonce que « la remise du titre au débiteur fait présumer l'extinction de la dette ».

⁶⁷ Art. 1188 du C. civ. espagnol.

⁶⁸ L'art. 1689, al. 1^{er}, du C. civ. du Québec semble avoir trouvé un compromis est prévoyant que le créancier est « présumé lui faire remise de dette, s'il n'y a d'autres circonstances permettant d'en déduire plutôt un paiement du débiteur ».

saurait statistiquement concurrencer... La proposition serait alors la suivante :

« La restitution volontaire du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre authentique, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération de ce dernier, sans préjudice de la preuve contraire. La libération du débiteur par paiement ou par remise de dette s'apprécie en fonction des circonstances de l'espèce. En cas de doute quant au mode de libération, le paiement sera présumé. »

2. Ensuite, s'agissant de la portée de la remise de dette à l'égard des codébiteurs et cautions, le projet d'ordonnance reprend quasiment à la lettre les propositions de l'Académie des sciences morales et politiques, au sein desquelles une innovation essentielle doit être relevée.

2.1. La nouveauté n'est pas l'affirmation selon laquelle « la remise consentie au débiteur principal libère les cautions » (article 1329-2, alinéa 1) puisque cette disposition figure déjà à l'alinéa 1 de l'actuel article 1287. Encore que l'on fasse désormais l'économie des alinéas 2 et 3 de ce texte, prévoyant que la remise accordée à la caution ne libère ni le débiteur principal, ni les cofidéjusseurs... Il est vrai que ces précisions découlent des rapports entre principal et accessoire et font appel au bon sens : si l'accessoire suit le principal, l'inverse n'est pas vrai, de sorte que les précisions des alinéas 2 et 3 actuels ont été supprimées en raison de leur « superfluité tant leurs dispositions confinent au truisme »⁶⁹.

2.2. Quant à l'actuel article 1288 prévoyant que la contrepartie reçue par le créancier consentant une remise de dette à la caution doit tourner à la décharge du débiteur principal, il fait l'objet de l'alinéa 2 de l'article 1329-2 du projet d'ordonnance, qui le reprend quasiment mot pour mot. Il est cependant assorti de la précision selon laquelle les cofidéjusseurs de la caution bénéficiaire de la décharge « ne restent tenues que déduction faite de la part de la caution libérée ou de la valeur fournie si elle excède cette part », précision bienvenue en ce qu'elle incorpore une règle jurisprudentielle et éclaire le mode de calcul du montant à déduire de l'obligation des cofidéjusseurs. Il est toutefois dommage que l'occasion n'ait pas été saisie d'étendre la solution posée par l'actuel article 1288 aux nouvelles sûretés personnelles et notamment aux garants autonomes malgré l'indépendance de leur engagement, ne serait-ce que pour des raisons de moralité contractuelle afin d'éviter toute démarche spéculative et frauduleuse du créancier souhaitant battre monnaie des garants afin d'obtenir plus que son dû.

⁶⁹ Cf rapport du Groupe de l'Académie des sciences morales et politiques.

2.3. Mais l'innovation essentielle du projet de la Chancellerie consiste dans « l'inversion de la solution biséculaire »⁷⁰ figurant à l'actuel article 1285 du Code civil. Actuellement, le principe consacré par ce texte en matière de remises expresses – et, accessoirement, par les articles 1282 et 1283 pour les remises tacites – est celui de l'effet extinctif *in rem* : la remise expresse octroyée à un coobligé solidaire ainsi que la restitution du titre à l'un des codébiteurs solidaires libèrent par principe les autres. Pour autant, le législateur n'a entendu conférer à cette règle qu'une valeur supplétive, en ce sens que l'article 1285 prévoit que le créancier est en droit de réserver ses droits contre les codébiteurs solidaires, ce qui rappelle la distinction romaine entre les remises *in rem* et *in personam*. Or, les rédacteurs de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques ont souligné la faible probabilité pour qu'en déchargeant l'un des codébiteurs solidaires, le créancier ait entendu également libérer « tous les autres ». Cela les a conduits à adopter la conception inverse, plus réaliste, selon laquelle une telle remise « libère les autres à concurrence de sa part » (article 106, al. 2), et non pour le tout, ce qui est repris dans la dernière version du projet de la Chancellerie (article 1329-1 et 1329-2). Davantage que des raisons juridiques, ce sont donc des données sociologiques qui ont dicté le changement de prisme. Un autre avantage, secondaire, de cette solution nouvelle a également été avancé : il s'agirait parallèlement d'harmoniser la solution avec celle prévue en cas de confusion (article 105 de l'avant-projet Terré, devenu article 1330-1 du projet de la Chancellerie). Mais cet argument est moins convaincant, en ce que la solution désormais consacrée est différente de celle appliquée à la novation : l'article 1281 du Code civil énonce que par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés, solution qui est maintenue par l'article 1347 du projet de la Chancellerie. Or, au nom de la cohérence des textes relatifs aux causes d'extinction des obligations, il aurait été opportun de consacrer une solution unique, commune à tous les modes d'extinction des obligations. Il convient de souligner qu'en droit romain, alors que l'*acceptilatio* produisait à l'égard des coobligés et des cautions le même effet extinctif que le paiement, à l'inverse le *pactum de non petendo* était plus ou moins étendu selon la portée que les parties avaient entendu donner à l'acte : *pactum in personam* ou *in rem*. Au demeurant, aucune hiérarchie n'étant établie entre les deux types de décharges, les jurisconsultes romains préconisaient de rechercher quelle avait été la volonté du créancier quant à la portée de l'effet extinctif⁷¹. Pothier avait alors repris cette théorie : enseignant qu'il fallait analyser l'intention du créancier lors de l'octroi la

⁷⁰ Cf rapport du Groupe de l'Académie des sciences morales et politiques.

⁷¹ Sur cette question, cf L. LANGELIER, *op. cit.*, p. 66.

remise, l'auteur considérerait que, dans le doute, il convenait de conclure que le créancier avait seulement entendu renoncer à la part d'obligation incombant au débiteur déchargé⁷².

3. En tout état de cause, on regrettera que l'occasion de la réforme n'ait pas été saisie pour compléter les effets de la remise de dette à l'égard des personnes gravitant autour du bénéficiaire de la remise, aujourd'hui lacunaires. Non seulement la portée de la décharge n'est traitée que sous le prisme du cautionnement alors que d'autres garants ont fait une entrée remarquée dans le Code civil en 2006, mais en outre même à l'égard des codébiteurs et cocréanciers le régime reste lacunaire. Par exemple, rien n'est précisé à propos des codébiteurs conjoints ou des dettes indivisibles, et il conviendrait d'y remédier...

4. Enfin, il est symptomatique de constater que le Code civil actuel et à venir ne s'intéresse à l'effet extinctif de la remise de dette que sous l'angle de la pluralité de personnes gravitant autour du bénéficiaire de la remise de dette. Or, le caractère extinctif de la remise de dette doit être expressément affirmé, à l'instar des Codes civils italien et brésilien, mais de façon moins rudimentaire. Il doit donc être appréhendé *per se* et analysé dans son étendue à l'égard du débiteur (remises partielles ou totales, sort des intérêts échus), avant même d'en décliner la portée à l'égard des autres obligés à la dette, ce qui nous conduit à formuler la proposition suivante, bien qu'elle soit inédite dans les différents droits dont nous avons eu connaissance :

« La remise de dette éteint l'obligation selon la volonté exprimée. Elle peut porter sur tout ou partie de la dette principale ou sur tout ou partie des seuls accessoires. En l'absence de stipulation expresse et de circonstances manifestant l'intention du créancier, les intérêts échus restent dus en cas de remise de la dette principale ; mais les intérêts à venir sont éteints. En tout état de cause, la restitution du titre constatant la créance éteint, outre la dette principale, tous les intérêts et accessoires, sans autre distinction ».

En conclusion, on peut se réjouir de l'apport du projet d'ordonnance, même si l'ébauche tant du régime que de la définition de la remise de dette peut laisser un petit goût d'inachevé. Cette réforme était pourtant l'occasion de réaliser le rêve du Doyen Cornu, qui voyait en la remise de dette une « petite merveille du droit »⁷³...

⁷² R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°275.

⁷³ G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 354.

PARTIE IX

RAPPORT DE SYNTHÈSE

RAPPORT DE SYNTHÈSE UN REGARD D'OUTRE-ATLANTIQUE

Benoît MOORE*

C'est un immense honneur pour moi de prononcer les quelques mots qui suivent à titre de synthèse de ce remarquable colloque. Cet honneur, je le dois à l'amitié que canalise l'Association Henri-Capitant et qui nous lie tous, Allemands, Français ou Québécois : elle seule peut expliquer comment il se fait qu'incombe à un Québécois la tâche de proposer une synthèse de ces Journées franco-allemandes. Or bien que cette opportunité me ravisse, la joie que j'en éprouve ne peut masquer l'inconfort qui m'habite. Quel est mon rôle ? Par quel angle aborder cette mission ? Suis-je un tiers arbitre, un conciliateur ou encore un examinateur externe ?

Ces doutes quant à l'approche que je dois adopter s'ajoutent à ceux que j'éprouve quant à la forme de l'exposé. L'art de la synthèse est délicat, périlleux, subtil. La ligne est parfois mince entre la véritable synthèse, celle qui reprend mais qui ajoute, et la simple redite. Pour ces raisons, j'ai accepté de prononcer ces quelques mots dans la mesure où l'on ajoutait le sous-titre suivant : Un regard d'outre-Atlantique.

Il est toutefois possible de justifier le choix d'un rapporteur québécois. En effet, bien que l'histoire du droit québécois et de sa codification ait débuté bien après celle de l'Europe, la situation s'est en quelque sorte inversée puisque le Québec – avec nos amis néerlandais – fait maintenant figure d'aîné de la famille des nouveaux codes. Rappelons en effet qu'au Québec, les volontés de recodification sont nées en 1955 par la mise en place de l'Office de révision du Code civil du Québec (ORCC), lequel a

* Professeur titulaire à l'Université de Montréal ; titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil et président du groupe québécois de l'Association Henri-Capitant. Le présent texte reproduit, tant dans le fond que dans la forme, la présentation faite lors de la clôture du colloque tenu les 23 et 24 oct. 2014 à Munster.

déposé son rapport en 1978. Par la suite, au gré des changements de politique (une volonté de codification d'ensemble alternant avec celle d'une codification sectorielle et successive), le Code a finalement été adopté en bloc en 1991 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. C'est dire que ce Code est maintenant un jeune adulte de 20 ans. Entre temps, des travaux similaires ont vu le jour ailleurs dans le monde. Certains efforts n'ont pas encore aboutis, alors que d'autres ont donné lieu à des recodifications complètes ou sectorielles. Pensons entre autres au Brésil, en 2002, ou à l'Allemagne qui, la même année, a recodifié son droit des obligations. Pensons encore à la Roumanie dont le Code est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2011 et pour la célébration duquel plusieurs d'entre nous étions réunis à Bucarest il y a de cela environ un an.

Il convient de nous réjouir, nous juristes de tradition romano-germanique, de cette déferlante de nouvelles codifications. À une époque où certains se demandent si les systèmes ou les traditions juridiques signifient encore quelque chose, que d'autres pourfendent la tradition civiliste, constatent ou souhaitent l'hégémonie de la *common law*, il est doux de constater que la technique de codification, loin d'être morte, est au contraire plus vivante que jamais. Il est, de même, rassurant d'observer que la synchronicité des ces recodifications renforce d'autant un certain solidarisme civiliste susceptible d'inspirer une salubre émulation. Il s'agit là d'un atout que nous devons cultiver, et un colloque comme celui-ci y participe pleinement.

Cette synchronicité caractérisant ces nouvelles codifications n'est évidemment pas le fruit du hasard. Elle témoigne que nous vivons tous, d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique, à l'est ou à l'ouest de l'Europe, au nord ou au sud de l'Amérique, le même phénomène général de désagrégation de nos codes civils. Dans sa conception classique, un code réunit en un tout l'ensemble des règles d'une matière¹. Le Code civil, premier entre tous, constitue le droit commun de la nation, sa « constitution civile », pour reprendre la formule de Carbonnier. De par cette vocation à l'intégralité, le Code civil a acquis, dans nos nations respectives, un statut identitaire, une position centrale qui le voue à être une loi tranquille, lui consacrant une certaine pérennité.

Ces caractères associés au Code civil sont à bien des égards paradoxaux. L'importance culturelle ou identitaire qu'il revêt est telle qu'il se prête mal au changement. Par ailleurs, ce rôle de centralité et l'aspiration à la pérennité évoquent des traits entièrement au rebours de ceux de nos sociétés actuelles qui ont tendance à n'aimer ni ce qui est simple, ni ce qui

¹ « Code : Corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière » dans G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 154.

ture. Nos codes sont-ils donc encore en adéquation avec cette période contemporaine qui voit fleurir la complexification, l'obsolescence accélérée, la densification, parfois outrancière, du droit et de son éclatement en des droits spécialisés de toutes sortes : droit de la consommation, droit de la concurrence... La centralité du Code et son caractère identitaire sont-ils conciliables avec la fondamentalisation, la constitutionnalisation de son droit privé ? Nos codes sont attaqués de toutes parts. Comme le rappelait récemment Denis Mazeaud, ces phénomènes divers les privent de leur « vertu d'accessibilité, de prévisibilité et de sécurité inhérentes à la codification »². Cette perte d'accessibilité menace aussi la simplicité des codes qui, pour reprendre l'image de Michel Grimaldi, leur assurait un caractère démocratique³. Alors que l'on aurait pu penser que la codification allait s'éclipser, elle contre-attaque.

Cette réalité de l'épuisement du Code civil affecte les matières qui le composent de façon variable. C'est ainsi que le droit de la famille, discipline ciblée plus que toute autre, a subi une succession de réformes majeures visant à l'adapter aux nombreux et profonds changements qui ont marqué la société au cours des dernières années. Pour sa part, le droit des obligations, plus à l'abri de ces transformations, a pu survivre plus longtemps. Mais à bien des égards, cette survie n'est qu'apparente, comme le rappelait Denis Mazeaud, « [i]l existe [...] aujourd'hui un très embarrassant contraste entre le code civil et le droit positif des contrats »⁴. Certes, le Code civil contient encore du droit des obligations, mais le portrait qu'il trace du contrat – lien isolé et ponctuel entre deux contractants qui en ont longuement négocié le contenu sur un plan d'égalité – est de plus en plus muséal. Le contrat d'aujourd'hui est bien moins une relation qu'une valeur économique ; il est bien souvent un produit de masse imposé, interrelié à des ensembles, instrument de normalisation, voire de réglementation, des rapports entre groupes distincts de la société (consommateur-professionnel ; assureur-assuré ; bailleur-locataire). Or bien plus que par le Code, ces contrats sont surtout encadrés dans des lois spécifiques, le droit européen et, de plus en plus, dans les recueils de jurisprudence.

Certes, la réforme s'impose, mais elle n'en est pas pour autant « simple » à mener. Le droit des obligations est la double victime, d'une part, de sa forte portée symbolique et identitaire aux yeux de la communauté juridique et, d'autre part, de son anonymat relatif au sein de la communauté en général – ce qui, dans ce cas précis, tend à dépouiller la réforme de tout enjeu politique. De toutes parts, sa progression est ralentie.

² D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014. 291.

³ M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », dans *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, p. 293, à la p. 297.

⁴ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014. 291.

Mais nous y sommes presque. Après plusieurs tentatives, la présente réforme est peut-être enfin la bonne. Même si, bien évidemment, tout n'est pas parfait, les conférences des deux derniers jours et une lecture du projet permettent d'en dresser un constat généralement positif. J'évoquerai certains points d'intérêt que je grouperai autour des trois caractéristiques suivantes : simplicité, efficacité et équilibre. On me permettra sans doute d'ajouter au passage quelques commentaires tirés de l'expérience québécoise.

I. SIMPLICITÉ

Un des enjeux majeurs des recodifications contemporaines est la simplification du droit. En matière d'obligations, cet objectif a été rendu nécessaire notamment par l'éclatement du droit en une panoplie de lois et de sources particulières et par l'accumulation d'une importante jurisprudence qui, de-ci de-là, précise, ajoute, voire contredit les textes. Or si une recodification constitue en soi un acte de simplification du droit, le contenu même y participe évidemment de manière importante.

La simplification passe d'abord par la réhabilitation du Code civil à titre de véritable droit commun. On parviendra à cette fin par la prise en compte, dans les articles généraux, de l'existence de droits spéciaux⁵ et par la consécration d'acquis jurisprudentiels maintenant bien établis. Citons par exemple la reconnaissance de l'obligation d'information (article 1112) ou encore le droit de résiliation unilatérale de tout contrat à durée indéterminée (article 1212).

La simplification du droit des contrats s'affirme ensuite dans sa capacité à fixer des règles claires là où certains principes ou questions ont longtemps fait l'objet de débats. C'est le cas notamment de la prohibition du contrat perpétuel (article 1211)⁶ ou des règles sur la formation du contrat à distance⁷. Bien évidemment, la simplification du droit passe aussi par celle des textes. D'abord un mot sur le plan retenu, lequel réussit bien à distinguer ce qui relève du contrat de ce qui relève de l'obligation, distinction qui n'est pas toujours aisée. C'est ainsi, par exemple, que les mécanismes de cession ou de subrogation ne font plus partie des règles sur le contrat. On pourrait toutefois souhaiter que les sanctions de l'inexécution soient réunies sous un titre distinct ou incluses dans les règles sur les obligations en général plutôt

⁵ Cf par ex. l'art. 1123 sur le délai de réflexion et le droit de rétractation et leurs impacts sur les règles de l'offre et de l'acceptation.

⁶ On constate toutefois que cet article est silencieux quant à la sanction d'un tel contrat. Est-il nul ou bien converti en contrat à durée indéterminée ?

⁷ Question à laquelle l'art. 1122 du projet répond – à l'instar de l'art. 1387 C.c.Q. – par la théorie de la réception.

que qu'à celles du contrat, en distinguant spécifiquement les sanctions qui sont du domaine exclusif du contrat de celles qui sont communes à toutes les obligations. On peut aussi s'interroger sur la raison de la disparition des dispositions préliminaires et générales portant entre autres sur les sources des obligations. Ces dispositions étaient pourtant présentes dans les autres projets de réforme.

La simplification des textes repose aussi sur leur concision. C'est par exemple le cas de la réforme proposée en matière d'obligation conditionnelle : des 17 articles portant sur le sujet, le projet n'en prévoit désormais que 8. Il est ainsi proposé de supprimer les textes jugés inutiles. Cette volonté avait aussi inspiré le législateur québécois en ce domaine. Les choix ne sont toutefois pas les mêmes puisque le projet de réforme propose de supprimer les articles 1175 et 1176 C.c.fr. portant sur la réalisation des obligations, alors que le législateur québécois en a conservé l'équivalent aux articles 1501-1502 C.c.Q. Il en va de même de l'article 1179 C.c.fr sur la transmissibilité de l'obligation, perçue comme inutile parce que n'ajoutant rien au principe général, alors que cette exigence figure toujours au Code civil du Québec à l'article 1505.

Cette simplification des textes a toutefois des limites. À l'instar de l'article 1499 C.c.Q., le projet retient en effet l'exigence liée à la possibilité de la condition. Il est permis de se demander si ce choix s'imposait, l'utilité de cette exigence n'étant peut-être pas démontrée. Dans le cas d'une condition suspensive, la condition impossible ne sera jamais réalisée ; l'obligation ne se formera donc jamais. Dans le cas d'une condition résolutoire, elle ne provoquera jamais la résolution ; dès l'impossibilité révélée, l'obligation deviendra pure et simple conformément au principe général. Si, dans le premier cas, la nullité de l'obligation sous condition suspensive n'apporte rien, dans le second, elle a pour effet d'annuler une obligation qui pourrait ne pas l'être.

Par ailleurs, si le projet actuel reprend l'essentiel du projet Terré, il s'en éloigne sur la question de la règle portant sur la condition purement potestative. Pour le comité Terré, qui la considère inutile, le défaut de consentement suffit à fonder l'inexistence de l'obligation. De plus, cette exigence se conciliait difficilement avec plusieurs règles de droit positif, notamment les clauses de dédit ou la vente à réméré. Malgré cela, l'actuel projet reprend cette règle, comme l'a fait le législateur québécois à l'article 1500 C.c.Q. Il convient toutefois de préciser que cet article du Code civil du Québec définit de manière restrictive la portée de cette règle, notamment en la limitant à la condition suspensive, ce qui me semble en accord avec le fondement de la règle (la nécessité d'un consentement) et la réalité des

choses (validité de certaines conditions résolutoires purement potestatives)⁸. Le texte du projet ne semble pas faire de distinction en fonction du type de condition.

Le changement majeur en matière d'obligation conditionnelle porte toutefois sur la question de la rétroactivité. Rappelons que le projet Catala (article 1173 à 1184) avait refusé de condamner la rétroactivité, invoquant notamment l'exemple québécois, de même que le fait que les législations ou projets qui avaient décidé d'écarter la règle de la rétroactivité de la condition suspensive la réintégrait par la volonté des parties. Contrairement à la position retenue dans le projet Catala, le projet actuel, qui entérine ici aussi le contenu du projet Terré, évince la rétroactivité de la condition suspensive (article 1304-6) et maintient en principe celle de la condition résolutoire (article 1304-7)⁹. Cette question de la rétroactivité oppose les différents systèmes de droit. Les systèmes français, italien, espagnol ou québécois la retiennent, alors que le BGB et le Code suisse l'écarternt.

À première vue, la disparition de la rétroactivité de l'obligation suspensive est une autre simplification du droit. En effet, cette règle est artificielle à bien des égards et n'a qu'une portée bien limitée. Bien que cette rétroactivité soit encore reconnue en droit québécois, elle ne joue pas en matière de prescription, en matière d'intérêt d'assurance ni en matière de transfert des risques. En effet, en application de la règle *res perit debitori* consacrée à l'article 1456 C.c.Q., le débiteur de l'obligation suspensive de délivrance demeure titulaire des risques¹⁰. Il reste que la rétroactivité produit des effets importants comme le transfert rétroactif des fruits et revenus du bien (article 949 C.c.Q.) et l'anéantissement de tous les actes faits par le débiteur – et, inversement, la validation de ceux du créancier. Ces effets ont l'avantage d'éviter des conflits d'actes, sujet sur lequel il sera intéressant de voir le droit français évoluer à la suite de la disparition de la rétroactivité.

II. EFFICACITÉ

Le deuxième trait dominant du projet de réforme est celui de l'efficacité. Il ne faut pas entendre ce terme dans un sens exclusivement économique, cher à une conception libérale du contrat; on doit plutôt comprendre qu'il s'agit d'une efficacité instrumentale et valorielle qui vise

⁸ P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 2013, n° 584, p. 681.

⁹ Incluant la rétroactivité de la perception des fruits (ce que le projet Terré écartait à l'article 30). La rétroactivité est toutefois écartée pour les actes d'administration, si l'économie du contrat le commande ou par la volonté des parties.

¹⁰ Le résultat est le même dans le projet de réforme puisque l'article 1304-6 prévoit que, même en cas de rétroactivité, le débiteur demeure titulaire des risques.

tant l'efficacité du droit des contrats que l'efficacité du contrat lui-même (*favor contractus*).

L'efficacité du droit des contrats. Tant sur un plan économique que comme instrument de socialisation, l'obligation repose sur l'effectivité de sa sanction. Sur ce point, le projet actuel fait preuve de pragmatisme en ce qu'il désacralise la sanction du droit dont il abandonne la sujétion, dans certains cas, à la nécessaire intervention du juge. On note par exemple la reconnaissance de la nullité conventionnelle (article 1178). Mais c'est évidemment dans le régime de l'inexécution du contrat que se retrouve cet objectif.

Le projet consacre ainsi la résolution unilatérale extrajudiciaire, règle qui fait partie du droit positif français depuis 1998¹¹. L'article 1226 édicte que le créancier doit d'abord mettre en demeure le débiteur de s'exécuter. Si l'inexécution persiste, le créancier notifie la résolution en mentionnant les raisons qui la motivent. Si le débiteur s'oppose à la résolution, il revient au créancier de prouver la gravité de l'inexécution. Par ailleurs, l'article 1223 prévoit, dans le cadre de la réduction de prix¹², la réfaction unilatérale extrajudiciaire. Cet autre exemple de déjudiciarisation est une nouveauté intéressante, inconnue du droit québécois. L'article 1408 C.c.Q. prévoit bien que dans une action en nullité pour lésion, la partie défenderesse peut offrir une réduction de sa créance ou un supplément pécuniaire équitable, mais cette possibilité s'entend toujours dans un contexte judiciaire où le juge a le pouvoir d'accepter ou de refuser la proposition. Enfin, l'exécution en nature par un tiers, actuellement soumise à une intervention judiciaire selon l'article 1144 Code civil français fait elle aussi l'objet d'une déjudiciarisation (article 1222).

L'efficacité du droit des contrats s'illustre aussi par sa faculté d'adaptation à un environnement pratique qui le traite comme une valeur économique sujette à circulation plutôt que comme une seule relation entre parties. Le chapitre IV, intitulé « Modification du rapport d'obligation » (et non du lien d'obligation), maintient en ce sens le mouvement vers une circulation accrue de l'obligation. Depuis le droit romain où l'obligation, pur lien entre des personnes, ne pouvait être transférée ni du vivant ni après la mort d'une des parties¹³, l'évolution est continue. Or en dépit de la nécessité d'assurer la circulation de l'obligation, des réticences demeuraient quant à la cession de dette, vue comme impossible en raison de l'importance inhérente

¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 197.

¹² L'art. 1217 du projet consacre la réduction du prix comme une sanction en principe toujours disponible. En droit québécois l'art. 1604 C. c. Q. prévoit que le créancier peut, lorsque l'inexécution est de peu d'importance, demander la réduction proportionnelle de son obligation corrélatrice.

¹³ Si ce n'est par mutation, c.-à-d. par disparition puis formation d'une nouvelle obligation.

de la personne du débiteur, de même que du lien indissociable entre la dette et la cause de l'obligation. Quant à la cession de contrat, des débats ont longtemps enflammé une certaine doctrine tant en ce qui a trait à son existence qu'à son régime.

Sur ces points pourtant, la pratique juridique, économique et bancaire, avaient répandu ces mécanismes, si bien que, si la science du droit pouvait douter de leur existence, elles étaient abondamment pratiquées. Le législateur les avait même avalisées, tant en France qu'au Québec, par la reconnaissance explicite, si ce n'est de la cession de contrat en général, du moins de certains contrats tels le bail et l'assurance. Malgré tout, en 1994, le législateur québécois n'a retenu ni la cession de contrat ni, du moins pas expressément, la cession de dette. La jurisprudence y a pallié en partie en reconnaissant la validité de principe de la cession de contrat et en la soumettant au consentement de toutes les parties impliquées – le consentement pouvant toutefois être donné à l'avance¹⁴.

Le projet actuel propose la reconnaissance de ces deux types de circulation de l'obligation. La formation et la portée du régime de la cession de contrat sont clairement établies à l'article 1340. La cession est ainsi toujours soumise au consentement de toutes les parties, qu'il y ait ou non libération. Or, la libération du cessionnaire, le cas échéant, ne vaut que pour l'avenir. Ce dernier point fait toutefois débat en droit québécois lorsque le contrat ne prévoit rien quant aux effets de la libération quant au passé¹⁵.

À l'instar du projet Terré, le projet consacre également le mécanisme de la cession de dette. Le texte passe toutefois sous silence un point fondamental tant sur un plan conceptuel que technique. En effet, l'article 1338 du projet actuel ne précise pas si, sans égard à la libération du débiteur, le consentement du créancier est requis ou non. Ce silence peut surprendre puisque la version antérieure prévoyait explicitement la nécessité du consentement du créancier alors que le projet Terré, lui, permettait, toujours explicitement, que la cession de dette était formée sans le consentement du créancier, ce dernier n'étant requis que pour la libération du débiteur (article 141). Malgré le silence de la nouvelle mouture du texte, il nous semble que la nécessité du consentement du créancier est maintenue puisque le texte des dispositions suivantes demeure le même. Ainsi seule l'exigence du consentement du créancier permet au débiteur cédant de n'être tenu au paiement qu'à titre de garant du cessionnaire (article 1338). De même c'est cette exigence du consentement du créancier qui rend inutile une disposition concernant l'opposabilité de la cession de dette au créancier, ce que

¹⁴ *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, J.E. 2000-161 (C.A.).

¹⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, éd. Thémis, n° 3241, p. 2042.

prévoyait le projet Terré¹⁶. Il demeure que l'éventuelle exigence du consentement du créancier éloigne la « cession » de dette de la cession de créance et la rapproche plutôt de la délégation, parfaite ou imparfaite, selon qu'il y ait libération ou non du cédant, sans toutefois recourir à l'idée de la formation d'un nouveau lien entre le délégué et le délégataire, lien distinct de celui qui existait entre le délégant et le délégataire. En droit québécois, une auteure a d'ailleurs brillamment soutenu que les règles sur la délégation de paiement constituent en fait une cession de dette¹⁷. Selon elle, la conception classique de la délégation de paiement (c'est-à-dire ajout d'un second lien distinct dans la délégation imparfaite et substitution par un nouveau lien dans la délégation parfaite) n'a pas été reprise dans le Code québécois. Elle avance de plus que le droit québécois permet au délégué, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1339 du projet en matière de cession de dette, d'opposer au délégataire les moyens que le délégant aurait pu lui opposer. Une telle logique est en effet incompatible avec la conception classique de la délégation, ce qui la rapproche d'une cession de dette – du moins imparfaite, c'est-à-dire sans libération du cédant. Il sera d'ailleurs intéressant de voir, à terme, quelle place respective le droit français réservera à la délégation imparfaite et à la cession de dette.

L'efficacité du contrat. L'efficacité que favorise le projet de réforme porte ensuite sur l'efficacité du contrat, c'est-à-dire sur la volonté que le contrat survive (*favor contractus*) dans des circonstances où il aurait traditionnellement été anéanti. Cette volonté, tout comme celle de l'efficacité du droit des contrats, se concrétise dans le régime de l'inexécution de l'obligation, notamment par la reconnaissance de certaines sanctions sur un plan principal. C'est le cas de la réduction du prix, que nous avons déjà abordée. C'est aussi le cas de l'exécution en nature. Dans la mesure où elle n'est pas impossible ou déraisonnable, l'article 1221 du projet permet toujours au créancier d'y recourir. Le caractère raisonnable me paraît intéressant et peut trouver son fondement dans le devoir de bonne foi. À ma connaissance, cette limite n'est pas encore reconnue en droit québécois. La jurisprudence la reconnaîtra peut-être un jour.

Dans le même esprit, le projet laisse une grande place à la souplesse contractuelle. Cette position est intéressante car elle permet de sauver certains contrats qui, dans une vision traditionnelle et statique, auraient succombés. Cette flexibilité accrue participe aussi à la redéfinition de certains traits essentiels du contrat, notamment en ce qu'il n'est plus

¹⁶ Ces questions faisaient l'objet de l'article 143 du projet TERRÉ. Elles posaient des difficultés en lien avec la relativité des conventions.

¹⁷ M. CUMYN, « La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette ? », (2002) 43 *C. de D.* 601. Sur cette conception : P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 2013, n° 1013, p. 1249.

uniquement une transaction spontanée et hors du temps. En effet, le contrat n'est ni statique, ni éphémère, ni isolé. Il est, au contraire, dynamique, durable et intégré à un tissu social et juridique donné. C'est ainsi que le droit laisse place à ce que j'ai déjà appelé le « Flexible contrat »¹⁸, en clin d'œil à Carbonnier. On pourrait citer d'autres exemples, dont la réfaction unilatérale prévue à l'article 1223.

C'est toutefois la question de la détermination unilatérale du prix qui retient tout spécialement mon attention. Sur ce point, le droit français, d'abord par les arrêts de 1995, a évolué de manière spectaculaire. Le droit québécois, encore encombré par une conception rigide du principe de la déterminabilité objective des prestations, n'a pas suivi. Ainsi, si l'article 1163 restreint la règle de la détermination unilatérale du prix aux seuls contrats cadre (définis à l'article 1109) et aux contrats à exécution successive, il innove de manière importante en permettant au juge non seulement de condamner à des dommages-intérêts ou à résilier le contrat, mais également de réviser le prix « en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ». Cette nouveauté constitue un changement de paradigme ; elle est le point culminant d'une évolution qui a d'abord reconnu le pouvoir unilatéral de fixation – balisée par des règles de la responsabilité civile – pour maintenant voir la reconnaissance et la confiance faite au juge dans la réfaction du contrat. Le droit québécois est quant à lui bien loin de cette vision moderne et pragmatique du contrat, la jurisprudence appliquant encore la règle classique de manière rigoureuse. Sans établir que le pouvoir unilatéral est contraire au contrat lui-même – justifiant sa nullité – ou simplement contraire aux intérêts d'une des parties – justifiant plutôt la protection de cette partie contre l'abus –¹⁹, la jurisprudence ne reconnaît pas encore le pouvoir unilatéral de fixation du prix. À ce jour, elle ne s'est contentée que d'un pas timide vers la relativisation de la règle de la déterminabilité objective des prestations en avalisant, sous contrôle judiciaire de son exercice, la clause dont les termes imposent au débiteur récalcitrant de supporter les frais extrajudiciaires déboursés par le créancier afin d'exercer ses droits²⁰. Souhaitons que la jurisprudence québécoise, inspirée par la future consécration législative française de cette vision plus moderne du contrat, puisse évoluer de semblable façon²¹.

¹⁸ B. MOORE, « Flexible contrat », dans Benoît MOORE (dir), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2012, p. 569.

¹⁹ V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil – La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n^o 689, p. 666.

²⁰ *Groupe Van Houtte Inc. c. Développements industriels et commerciaux de Montréal Inc.*, 2010 QCCA 1970.

²¹ Sur cette question, v. L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R. D. McGill* 903.

III. ÉQUILIBRE

Le troisième trait dominant du projet est celui de l'équilibre proposé entre des valeurs innervant l'ensemble du droit des contrats et qui le laisse dans un état de tension permanente : liberté individuelle et sécurité juridique d'une part, équité et civilité de l'autre. Cette tension, qu'illustre parfaitement le débat opposant les notions de libéralisme et de solidarisme contractuel, est toujours délicate et est bien souvent la source de débats épiques. Pensons à la question de la lésion entre majeurs qui, comme en droit québécois, a été écartée (article 1170), donnant ainsi suite aux critiques évoquant une déstabilisation excessive des rapports contractuels. C'est peut-être aussi au nom de cet équilibre qu'a été abandonnée l'idée qui consistait à formellement consacrer des principes directeurs au contrat. Certains y ont vu un agent perturbateur donnant au juge un pouvoir trop peu balisé. À bien des égards, ces craintes semblent toutefois exagérées tant les tribunaux ont tendance, au Québec comme en France, à sacrifier la liberté des parties et la sécurité des contrats et, conséquemment, à n'utiliser qu'avec parcimonie les outils à leur disposition afin de rééquilibrer un contrat qui ne le serait pas. Malgré cela, la recherche de l'équilibre, ou d'un certain équilibre, se trouve tant dans la formation que dans le contenu du contrat, où l'on constate une nette augmentation du pouvoir d'intervention judiciaire, tant négatif que positif.

En matière de processus de formation du contrat, même si les notions d'offre et d'acceptation ne suffisent peut-être pas pour décrire adéquatement le dialogue continu entre les parties, et bien que certains textes mériteraient d'être retravaillés, le projet propose tout de même des initiatives intéressantes.

Voyons d'abord l'article 1124. En matière de promesse unilatérale, cette disposition écarte la jurisprudence de la Cour de cassation et permet au bénéficiaire d'en exiger l'exécution forcée. En droit québécois, l'article 1397 C.c.Q. prévoit que le contrat conclu en violation d'une promesse bilatérale est opposable au bénéficiaire de la promesse, alors même que le tiers était de mauvaise foi. Le bénéficiaire de la promesse ne peut alors exercer qu'un recours en dommages-intérêts. Un tribunal a bien tenté d'utiliser l'action en inopposabilité (article 1631 C.c.Q.) afin d'écarter cette règle (qui ne peut d'ailleurs que surprendre). La Cour d'appel a toutefois infirmé la décision au motif que l'intention frauduleuse n'était pas établie. Doit-on en conclure que, dans d'autres circonstances, la Cour d'appel aurait confirmé le jugement de première instance²² ? Sur ce point, le projet me semble donc en avance sur Code civil du Québec parce qu'il assure un

²² 4300912 Canada inc. c. Landry, 2011 QCCS 3297 ; 2013 QCCA 835.

meilleur équilibre entre protection de la sécurité contractuelle et promotion de la civilité contractuelle.

Cet équilibre s'observe également à la lecture de l'article 1116 qui porte sur le caractère obligatoire de l'offre, assortie ou non d'un délai : dans le premier cas, l'offre ne peut être révoquée avant l'expiration du délai alors que dans le second, elle ne peut l'être qu'à l'expiration d'un délai raisonnable. À défaut de respecter ces dispositions, l'article 1117 prévoit des dommages-intérêts en faveur du cocontractant lésé mais ne mentionne pas la perte de profits anticipés. Cette solution est contraire à l'article 1191 al. 2 du Code civil roumain qui permet, dans un tel cas, le contrat forcé. Le droit québécois prévoit lui aussi qu'une offre assortie d'un délai est irrévocable avant l'expiration du délai, alors que l'offre sans délai est librement révocable (article 1390 C.c.Q.). La sanction visant la révocation contraire à cet article oppose les auteurs, certains étant d'avis que le contrat peut être conclu – la révocation n'étant pas efficace – alors que d'autres sont d'avis que seuls des dommages-intérêts peuvent être réclamés²³.

Les impératifs de sécurité et de respect de la liberté contractuelle dans le processus de formation de l'engagement sont assouplis par une exigence générale de civilité dans les négociations. L'obligation de négocier de bonne foi est en effet explicitement reprise à l'article 1111 – même si cette exigence est par ailleurs déjà prévue de manière générale à l'article 1103. De même, les articles 1112 et 1129 consacrent-ils respectivement le principe de confidentialité et l'obligation d'information telle qu'elle a été développée par la jurisprudence.

Cet équilibre entre les notions de « liberté et sécurité » d'une part, et celles d'« équité et civilité » de l'autre, est également perceptible dans les règles portant sur les effets et le contenu du contrat. Le principe de la force obligatoire est, certes, rappelé à l'article 1194, et constitue l'illustration la plus emblématique de l'objectif de sécurité et du respect de la volonté des parties. Toutefois, ce principe est restreint de toutes parts par une myriade de dispositions laissant place à une plus grande protection de l'équilibre contractuel.

Ainsi, bien que le projet ne retienne pas le pouvoir de réfaction judiciaire en matière d'imprévision – pouvoir que reconnaissait le projet Terré –, l'article 1196 édicte tout de même que les parties ont l'obligation de renégocier, sous peine de résiliation du contrat. Cette solution se distingue du droit québécois qui n'a consacré ni l'un ni l'autre. Bien que cette solution soit critiquée par certains²⁴, elle a récemment été plaidée dans une

²³ P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 2013, n° 180, p. 296.

²⁴ P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrat dans le C.c.Q. : Quelle modernité ? », (2000) 52 *R.I.D.C.* 49.

importante affaire où une partie, en évoquant la bonne foi et l'abus de droit, tentait d'obtenir la reconnaissance d'une obligation de renégociation. Le tribunal a rejeté la demande tant pour des motifs propres à l'espèce (le demandeur tentant de modifier l'équilibre convenu) qu'au motif que la théorie de l'imprévision avait été explicitement rejetée par le législateur en 1994²⁵.

D'autres exemples pourraient être proposés ici, notamment en matière de reconnaissance du contrat d'adhésion (article 1108) et d'interprétation en cas d'ambiguïté (article 1193)²⁶. L'article 1169 consacre quant à lui une règle générale en matière de clauses abusives sans égard à la qualité des parties ou au caractère négocié ou non de la clause. Cette disposition n'est pas sans susciter de nombreuses interrogations; par exemple, pourquoi l'application de cette disposition n'est-elle pas restreinte aux seules clauses imposées, peu importe qu'elles aient ou non été stipulées dans un contrat d'adhésion ? De même, pourquoi le juge ne peut-il pas réduire la clause plutôt que de simplement l'annuler²⁷, ce qui permettrait d'assurer la pérennité du contrat ? Enfin, je note avec intérêt que la notion d'équilibre des prestations a été explicitement exclue du domaine des clauses abusives. Cette question fait encore couler beaucoup d'encre au Québec, certains voyant dans la règle des clauses abusives de l'article 1437 C.c.Q. un moyen de contourner l'impossibilité d'invoquer la lésion entre majeurs de l'article 1405 C.c.Q.²⁸

Certaines autres dispositions protectrices découlent de la victime principale du projet de réforme : la cause. La cause est morte. Vive la cause ! Cette formule synthétise bien l'état du projet. Le vocable « cause » est abandonné par les rédacteurs, cependant qu'ils proposent d'en conserver certaines fonctions. C'est ce que soulignait le professeur Terré dans une entrevue donnée au journal *Le petit juriste* où il critiquait la notion de cause, notion remplie d'incertitude et qui donne au juge un pouvoir excessif²⁹. D'autres louent la texture flexible de la notion, ce qui l'empêche d'être réduite à ses seuls rôles actuels, qu'il s'agisse du contrôle de l'existence et du sérieux de la contrepartie (article 1167) ou de la nullité de la clause qui prive de substance l'obligation essentielle – consécration de l'affaire *Chronopost* – (article 1168) ou encore de la licéité de la cause du contrat (article 1102 et 1161).

²⁵ *Churchill Falls c. Hydro-Québec*, 2014 QCCS 3590.

²⁶ Sur ce point je note une différence dans les termes utilisés : « ambiguïté » à l'art. 101 et « doute » à l'art. 98.

²⁷ Comme le prévoit l'art. 1437 C.c.Q.

²⁸ V. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 2013, n° 141, p. 232 ; É. CHARPENTIER, « Pour une interprétation (très) large de l'art. 1437 du C. civ. du Québec », dans *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2012, p. 255.

²⁹ Interview de F. TERRÉ, *L.P.J.* 2014. 26.5.

La notion de cause présente un paradoxe sur le plan du droit comparé. Bien que le droit français lui assigne des fins multiples, on en propose, simultanément, la disparition au nom d'une prévisibilité et d'une lisibilité du droit. Des voix discordantes se font toutefois entendre. Plus que toute autre notion, la cause est affectée d'un fort caractère identitaire, si bien que si la notion de cause elle-même n'est pas une exception française, l'attachement qu'on lui voue en est certainement une.

À l'autre bout du spectre se profile le droit québécois. Bien que condamnée par l'ORCC (du moins pour la cause objective) le législateur a consacré en 1994 la notion de cause dans ses deux acceptions classiques, soit la cause de l'obligation, cause objective, que le Code considère comme étant de l'essence même de l'obligation (article 1371 C.c.Q.), et la cause du contrat, cause subjective, dont le Code exige qu'elle soit conforme à la loi et à l'ordre public (article 1411 C.c.Q.). Or si la cause du contrat fait parfois l'objet de décisions, la cause de l'obligation est superbement ignorée par les tribunaux. On n'y associe aucune fonction et on refuse d'y recourir même lorsque, fait plutôt rarissime, une partie soulève la notion et qu'elle pourrait s'avérer utile, notamment en matière de contrepartie dérisoire ou de clause qui prive de substance l'obligation essentielle du contrat.

C'est ce qui est arrivé dans une affaire devenue célèbre au Québec³⁰. Cette affaire concernait un contrat par lequel madame Tabor avait vendu à madame Yoskovitch, sa gouvernante, son commerce de gâteau pour une somme de 50 000 \$. Or ce commerce consistait en un fourneau de type domestique, quelques moules, quelques recettes et une liste de 12 clients, le tout représentant une valeur de quelques centaines de dollars. Mme Yoskovitch ne lisait pas l'anglais et le parlait difficilement. C'est au moment où son fils a pris connaissance du contrat qu'elle a compris ce à quoi elle avait consenti. Malgré ses demandes, la venderesse n'a jamais voulu résoudre le contrat et a poursuivi Mme Yoskovitch pour défaut de paiement. Le juge donne ultimement raison à Mme Yoskovitch sur la base de l'erreur, ce qui était contestable dans les circonstances. Ce qui est toutefois intéressant, c'est que l'avocat de la défenderesse avait plaidé l'absence de cause de son obligation ce qui, pour le Québec, est un fait d'exception. Plutôt que de retenir ce motif en associant à la cause inexistante, la cause dérisoire, le juge le refuse en constatant, d'une manière tout à fait mécanique, l'existence de prestations réciproques et donc de la cause. Pour le juge, ce que soumet l'avocat revient à invoquer, de manière détournée, la lésion entre majeurs, rejetée par le Code civil du Québec. Le même constat peut être fait concernant les clauses contractuelles qui privent de substance l'obligation essentielle du contrat ne sont pas neutralisées par la notion de

³⁰ *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397.

cause, mais par le mécanisme des clauses abusives. C'est pourquoi si la cause française semble perdue, j'invite mes amis français nostalgiques à venir au Québec et redynamiser la cause québécoise qui, bien que consacrée dans notre Code, est ignorée des praticiens et des auteurs.

On peut conclure de ces belles journées que, bien qu'imparfait, ce projet est globalement positif. Il permet, par la consécration de solutions doctrinales et jurisprudentielles, par des règles claires sur des questions controversées, ou encore par la reconnaissance d'acquis de la pratique, de proposer un droit des obligations tout à la fois moderne et gardien d'un nouvel équilibre entre les points de tension traditionnels. Certes des améliorations pourraient lui être apportées, mais souhaitons tout de même qu'il puisse aboutir. Tout ne peut être fait en un même temps. Portalis n'écrivait-il pas dans le discours préliminaire que « [l]es codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas »³¹. Ne reste plus alors qu'à permettre au temps de faire son œuvre.

³¹ PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, Université de Caen, 1992, p. 15.

Collection Droit comparé et européen^{*}

n°1. *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD, 2004, 303 pages.

n°2. *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par Georges ROUHETTE, avec le concours de Isabelle de LAMBERTERIE, Denis TALLON et Claude WITZ, 2003, réimpression 2007, 655 pages.

n°3. *La réforme du droit allemand des obligations. Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, sous la direction de Claude WITZ et Filippo RANIERI, 2004, 277 pages.

n°4. *La confiance légitime et l'estoppel*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, 2007, 442 pages.

n°5. *Livre vert sur le droit européen de la consommation : Réponses françaises*, 2007, 212 pages.

n°6. *Projet de Cadre commun de référence : Terminologie contractuelle commune*, 2008, 532 pages.

n°7. *Projet de Cadre commun de référence : Principes contractuels communs*, 2008, 854 pages.

n°8. *Le contrat en Europe, Colloque du 22 juin 2007*, sous la direction de Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD et André PRÜM, 2008, 194 pages.

n°9. *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de John CARTWRIGHT, Stefan VOGENAUER et Simon WHITTAKER, 2010, 730 pages.

n°10. *L'amorce d'un droit européen du contrat. La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, sous la direction de Denis MAZEAUD, Reiner SCHULZE et Guillaume WICKER, 2010, 216 pages.

n°11. *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, sous la direction de Olivier MORETEAU, 2011, 266 pages.

n°12. *La confiance, 11^{èmes} Journées bilatérales franco-allemandes*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Peter JUNG, 2013, 216 pages.

^{*} Éditeur : Société de législation comparée, 28 rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.
www.legiscompare.com

n°13. *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles*, sous la direction de Yves PICOD, Denis MAZEAUD et Elena LAUROBA, 2013, 256 pages.

n°14. *Les juridictions suprêmes en France et au Royaume-Uni : l'apparition de nouveaux modèles ?*, Colloque organisé le 7 décembre 2012 par l'Association des Juristes Franco-Britanniques (AJFB/FBLS) et l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), 2014, 82 pages.

n°15. *Application du droit étranger par le juge national. Allemagne, France, Belgique, Suisse*, Colloque du 28 juin 2013, sous la direction de Claude WITZ, 2014, 162 pages.

n°16. *Le Traité de l'Élysée. Le socle d'une coopération exemplaire 50 ans après*, sous la direction de Sylvia CALMES-BRUNET, 2014, 174 pages.

n°17. *Conseiller le législateur. Les débats sur la fabrique de la loi en Allemagne (1860-2010)*, Rainer Maria KIESOW, traduit de l'allemand par Laurent CANTAGREL, 2014, 140 pages.

n°18. *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, sous la direction de Jean-Luc VALLENS et Giulio Cesare GIORGINI, 2015, 128 pages.

n°19. *La rupture du mariage en droit comparé*, sous la direction de Frédérique FERRAND et Hugues FULCHIRON, 2015, 302 pages.

n°20. *La réforme du droit des obligations en France, 5^{èmes} journées franco-allemandes*, sous la direction de Reiner SCHULZE, Guillaume WICKER, Gerald MÄSCH, Denis MAZEAUD, 2015, 278 pages.