

Compte rendu du colloque du Vendredi 13 mai 2016 sur  
*La réforme du droit des contrats*  
*Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la*  
*preuve des obligations*

Compte-rendu par Thomas-Léopold AXELROUD

**Présentation générale de la réforme**

*Par Alain GHOZI, Professeur à l'Université PANTHEON-ASSAS (Paris II)*

La réforme est d'une ampleur générale avec ses 364 articles nouveaux. C'est une ordonnance qui a une portée réglementaire. Il s'agit d'un texte de rupture et non pas d'ajustement.

Tout d'abord, l'ensemble de ces articles entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre prochain sauf, ceux concernant les actions interpellatrices relatives au pacte de préférence, (art. 1123, al. 1 et al. 2), aux pouvoirs du représentant, (art. 1158), et à l'action en nullité, (art. 1183). Le plan de l'exposition des questions est différent de celui du Code civil car il est chronologique, didactique. Pour les praticiens, deux systèmes vont se développer civilement. Les risques de conflits de loi dans le temps sont atténués par la jurisprudence, qui a tendance à interpréter un texte ancien à l'aune des textes nouveaux, lesquels sont une rupture.

Ensuite, le rapport a son importance. En effet, il est à la fois substantiel et très riche intellectuellement, dans la mesure où il insiste sur les éléments de protection du plus faible. Il met en œuvre certains apports mais, d'autres peuvent échapper à l'attention. Son autorité est celle d'une réponse à une question écrite.

Ce sera le juge qui dira si une disposition est impérative ou supplétive de volonté.

Par exemple, la règle consacrant le régime de l'imprévision, (art. 1195), est supplétive tant que la Cour de cassation ne dit pas que cette règle est impérative.

Il est douteux que l'ensemble du texte de l'ordonnance s'applique au droit commercial, au droit du travail, en raison de l'article 1105 qui renvoie aux règles particulières s'appliquant à ces différents contrats.

C'est une bonne chose que la caducité entre dans le Code civil, (art. 1117 al. 1), parmi les différentes mesures. Néanmoins, elle est mal définie entraînant des conséquences pratiques considérables. Il y a aussi l'objet, (art. 1163 al. 1), qui n'existe qu'à travers la destination que les parties au contrat lui confèrent. Cette nouvelle formulation est une inversion du paradigme. Tout lien ombilical entre le droit des biens et le droit des obligations a disparu car c'est le but et l'existence qui font la légitimité de l'existence de l'objet.

Enfin, quatorze articles utilisent le terme de « *raisonnable* ». Le juge sera sollicité pour apprécier cette notion. Mais, il n'y a plus de budget pour faire fonctionner la justice. Le nombre d'emplois dans la magistrature sert à peine à couvrir des départs à la retraite. Si on ne donne pas au juge le

moyen d'intervenir, le style de la loi est inégal. Certaines dispositions sont admirables, d'autres sont négligentes.

Le Professeur GHOZI renvoi à la lecture des articles du Professeur MIGNOT<sup>1</sup> et à celui du Professeur GRIMALDI<sup>2</sup> en soulignant l'incohérence entre la matière utilisée et l'idée véhiculée.

## **Les obligations relatives à la négociation du contrat**

### **Le consentement (l'offre, l'acceptation, les vices du consentement...)**

*Par François JACOB, Professeur à l'Université de STRASBOURG*

Des critiques ont été formulées sur la partie relative à la négociation du contrat comme étant « l'une des plus faibles de la réforme » et en considérant qu' « Il y aurait une confusion entre la source et les effets ». Cette critique peut être excessive.

Tout d'abord, les auteurs ont voulu voir dans l'offre, (art. 1114), une volonté, qui cherche encore preneur, plutôt que la naissance d'un droit pour le destinataire. En effet, les textes parlent d'une « manifestation d'acceptation », (art. 1113), qui peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non-équivoque mais pas du silence, (art. 1120).

D'une part, il est prévu que « l'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue au destinataire », (art. 1115). Celle faite en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat mais engage la responsabilité extra contractuelle.

A ce titre, la théorie de la réception se trouve consacrer par rapport à celle de l'émission. Elle limite la liberté du pollicitant. La Cour de cassation s'était prononcée en faveur de l'émission<sup>3</sup>. La solution retenue n'est pas celle de l'émission. Il s'agit aussi du cas des principes *Unidroit*<sup>4</sup>. Il est possible de s'en féliciter car cette théorie n'est pas consacrée dans la version la plus exigeante. Il est, aussi, possible de se demander si le courrier a été ouvert ou non ou si le bénéficiaire de l'offre est partie en vacances.

D'autre part, l'acceptation est définie généreusement, (art. 1118), sans inconvénient pour l'offrant. Il s'agit d'une solution équilibrée. Sous réserve des problèmes de preuve, l'offrant peut envoyer un

---

1 **Marc MIGNOT**, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA*, 2016.

2 **Cyril GRIMALDI**, « En attendant la loi de ratification... », *D.*, 2016, p. 606.

3 Cass. Civ. 3<sup>ème</sup> 16 juin 2011, n° 09-72679, *Bull. Civ.*, III, n° 103.

4 Art. 2.1.6 (mode d'acceptation)

mail ou un fax pour dire qu'une offre va arriver.

L'impossibilité de rétracter l'offre, (art. 1116), empêche la formation du contrat et exclut l'offrant de la réalisation du contrat. Cette solution est de nature à faire réagir car elle instaure une hiérarchie entre l'offre et la promesse unilatérale (art. 1124). Elle est enfin sanctionnée par rapport à son statut. Il y a moins de distances entre les pourparlers et l'offre que la promesse unilatérale et l'offre. Toute réserve doit empêcher la conclusion du contrat. C'est la solution anglosaxonne.

Le texte sur la caducité, (art. 1117 al. 1), prévoit un délai pour obtenir une réponse rapide. Il ne s'agit pas de la fin de l'intention de contracter. On peut se demander si la caducité est bien adaptée. Elle peut être acceptée encore si elle est pas renouvelée. Il aurait, peut-être, fallu dire les choses, autrement plutôt que de résumer la caducité à ce qu'une fois que le délai de l'offre soit passé, les choses ne sont plus possibles.

Enfin, l'offre n'a pas une existence autonome (art. 1117 al. 2). Elle ne peut pas être transmise aux héritiers même si le contrat est conclu intuitu personæ. Tout dépend de la volonté de son auteur.

Ensuite, le texte ancien relatif aux vices du consentement, (art. 1109), était interprété de manière audacieuse et judicieuse. La réforme consolide l'existence du consentement.

D'une part, elle redéfinit l'erreur (art. 1132).

Ce qui est nouveau, ce sont d'abord les propositions qui sont faites, (art. 1139), sans que l'obligation d'information ne soit mentionnée dans cet article.

D'autre part, les cas de violence sont élargis (art. 1140).

La liste sera plus longue avec le terme de « *proches* ». Le conjoint peut y rentrer. Le concept de violence s'est étoffé. Le Code civil connaîtra deux sortes de violences bien distinctes.

Il y a la menace qui n'est pas définie vu que l'article dit seulement quand il y a violence. La méthode est indirecte. La formule est longue entraînant un manque de clarté du texte. L'article 1141 est plus compréhensible. C'est donc à priori une menace illégitime. Ne pas contracter est aussi une menace, (art. 1143), à travers la formule « *ou rien* ». A ce titre, ramener la violence économique à une autre hypothèse de menace n'est pas convaincant. Il s'agit d'une confusion entre les effets et les sources. Le juge tranchera selon ce qui est juste ou injuste. C'est un changement de paradigme entre ces deux articles car il y a une menace et une situation d'équilibre, (art. 1143), alors que dans l'autre, il n'y a pas de menace mais un déséquilibre (art. 1141).

Enfin, cette partie de l'ordonnance est une simple consolidation de la jurisprudence car on est habitué à ce que la dépendance soit dans la violence. Est-ce que ces dispositions sont judicieuses à un moment où le droit français n'a jamais eu autant de moyen de lutte contre le déséquilibre contractuel dans le Code civil avec l'objet, (art. 1128), et le terme, (art. 1168), et dans le Code de commerce avec les pratiques anticoncurrentiels, (art. L.420-6), et les pratiques restrictives de la

concurrence (L.442-6).<sup>5</sup>

La critique est possible. Mais, elle n'est pas bien fondée. Ce n'est pas sanctionné en tant que tel mais juste pour le risque qu'il fait courir.

Le déséquilibre significatif, (art. 1171), ne permet pas un contrôle global du contrat. Ce sont des stipulations accessoires. L'article 1143 offre un instrument plus puissant avec une réduction du prix et une absence d'annulation du contrat.

## **Négociations précontractuelles (pourparlers)**

### **Les avant-contrats (pacte de préférence, promesse)**

*Par Nicolas RONTCHEVSKY, Professeur à l'Université de STRASBOURG*

La loi d'habilitation du 16 février 2015 a souligné l'importance d'une clarification en droit des contrats. L'un des objectifs est de poser des principes essentiels du droit des contrats.

L'ordonnance consacre la liberté contractuelle et la bonne foi, lesquelles n'avaient jamais été affirmées avec une telle force. Le Code civil ne comportait, auparavant, aucune disposition sur le processus de conclusion du contrat ainsi qu'aucune disposition concernant les pourparlers et les avant-contrats. L'un des apports est d'introduire des dispositions assez claires concernant l'encadrement des négociations et des avant-contrats qui sont limités à la promesse unilatérale du contrat et au pacte de préférence. Il s'agit d'une rupture assez nette en ce qui concerne les avant-contrats.

Tout d'abord, trois articles sont consacrés à l'encadrement des négociations pré-contractuelles.

D'une part, le déroulement des négociations, (art. 1112), est une affirmation de la liberté contractuelle. Il faut être de bonne foi dans les négociations pré-contractuelles. Ces dispositions consacrent la solution dégagée par l'arrêt *MANOUKIAN*,<sup>6</sup> lequel a cantonné le préjudice réparable en matière de rupture de pourparlers, dans un but de limiter le contentieux. Ceci étant, la jurisprudence actuelle devrait être maintenue. Il n'y a rien de nouveau sur la faute. Le préjudice ne pourra pas consister dans la perte des avantages non-conclus. Mais, il peut y avoir une discussion sur le point de savoir si le préjudice ne pouvait pas résulter du détournement d'un autre contrat. Le rapport est silencieux sur ce point. Les négociations sont importantes et ne devraient pas supprimer les dispositions actuelles.

D'autre part, le devoir d'information pré-contractuel, (art 1112-1), est rédigé en des termes généraux. Les limites de cet article vont constituer un nid à contentieux. Cet article est d'ordre

---

5 CC 2016-542 QPC, 18 mai 2016, *Société ITM Alimentaire Internationale SAS*

6 Cass. Com, 26 nov. 2003, n° 00-10243, *Bull. Civ.*, IV, n° 186.

public comme l'article 1112. Ils ne peuvent pas être chassés. La sanction consistera au versement de dommages-intérêts

Enfin, la protection des informations confidentielles, (art. 1112-2), consiste en une négociation déloyale pour ne pas conclure un contrat mais pour s'approprier un savoir faire du cocontractant. Il n'est pas précisé à qui s'adresse cet article. Cette disposition est classique en matière de pourparlers. Ces derniers conserveront leurs intérêt. Il est intéressant de les stipuler. En cas de manquement à la loyauté, il est possible de conclure des avant-contrats visant à préparer la formation définitive d'un autre contrat.

Ensuite, la promesse unilatérale, (art. 1124), est envisagée de manière très générale. La promesse synallagmatique n'est pas concernée. Elle reste régie par les textes relatifs à la vente.

Enfin, le pacte de préférence, (art. 1123), est un avant-contrat majeur dans la pratique des affaires. Cette codification est véritablement la solution rendue par une Chambre Mixte de la Cour de cassation en 2006<sup>7</sup>. Il faudra considérer qu'il y a une présomption de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Mais, depuis cet arrêt, en droit de la distribution et en matière immobilière, cette intention peut être notifiée à un notaire. Les rédacteurs ont voulu rééquilibrer les droits du bénéficiaire et ceux du tiers en prévoyant une action interpellatrice (art. 1123 al. 3). Cette disposition a un caractère procédurale et sera applicable aux contrats en cours.

L'ordonnance est plutôt bien rédigée dans l'ensemble. Ces nouvelles dispositions sont indispensables dans un droit des contrats modernes mais vont susciter du contentieux. Elles ont vocation à atteindre les objectifs de clarification en terme de sécurité juridique.

### **La consécration de l'obligation essentielle dans les contrats.**

*Par Bénédicte GIRARD, Professeur à l'Université de STRASBOURG*

Le Code civil ne connaissait pas jusqu'aujourd'hui la notion d' « obligation essentielle ». Elle était seulement utilisée, par la doctrine, pour le contrat, c'est à dire, dont les obligations constituent l'essence, mais aussi, pour les parties, en ce qui concerne la motivation de la conclusion du contrat. Autrement dit, il s'agit d'une obligation qui est déterminante. Elles se retrouvent dans les contrats nommés ou innommés. Cette conception sera aussi retenue. Ceci étant, une liste d'obligations essentielles ne peut être établie car elles découlent d'une volonté des parties. De plus, elle est peu probable dans la mesure où les vices cachés ne constituent pas une obligation essentielle du contrat.

---

<sup>7</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376, *Bull. Mixte.*, n° 4 p. 13

Mais les obligations du vendeurs peuvent être définies de sorte qu'il s'engage à vendre un bien exempt de vices.

L'ordonnance a codifié la formule, (art. 1170), de la jurisprudence *Chronopost*,<sup>8</sup> derrière laquelle se cachent beaucoup de choses. Cette formule est loin de fixer le droit positif. En effet, ce texte s'inscrit dans un nouveau contexte normatif et devra être articulé avec de nouvelles dispositions. La Cour de cassation pourra en avoir une interprétation prudente ou audacieuse.

Tout d'abord, le terme est employé au singulier. Un contrat peut avoir plusieurs obligations essentielles. Une clause peut priver une obligation de sa substance pour qu'elle soit réputée non-écrite.

La jurisprudence *Faurecia*<sup>9</sup> ne vient pas remplacer la jurisprudence *Chronopost* mais l'expliquer. Un tel ajout met fin à une série d'arrêts qui, de 2006 à 2007, réputaient la clause non-écrite. Désormais, elle est non-écrite mais de manière atténuée.

Ensuite, l'expression est floue. Plusieurs auteurs disent que la Cour de cassation opèrent deux contrôles.

D'une part, le premier contrôle porte sur la cohérence du contrat. Dans cet objectif, il s'agit de fournir un instrument de police contractuel, c'est à dire, sanctionner le débiteur qui a rédigé les engagements du contrat sans s'engager.

Par exemple, une clause exonératoire de responsabilité ne réduit pas l'obligation à rien. Le créancier dispose des autres éléments forcés. Elle entérine excessivement cette substance.

Le contenu est cohérent. Les incohérences d'un contrat semblent être traitées en appliquant d'autres dispositions.

D'autre part, le second contrôle porte sur l'équilibre du contrat.

Cet élément est plus discret. L'économie du contrat doit être observé pour vérifier si les risques de l'inexécution n'aggraverait pas l'équilibre du contrat. La rédaction du contrat est délicate car il n'y a pas de liste à priori. Tout dépend au cas par cas de l'équilibre du contrat.

Par exemple, il a été jugé qu' « une clause qui limite la réparation de l'obligation au monant du prix perçu ne pas être systématiquement non écrite »<sup>10</sup>. Le juge semble alors accentuer les clauses atténuant la responsabilité.

Enfin, toutes les clauses sont visées. En effet, l'arrêt *Chronopost* n'était pas sans précédent dans la mesure où il s'agit des clauses qui définissent l'obligation, limitent la responsabilité et limitent la réparation.

Pour celles qui limitent la procédure, il est difficile de se prononcer vu qu'une objection réside dans le terme de substance.

---

8 Cass. Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632 *Bull. Civ.*, IV N° 261 p. 223

9 Cass. Com. 13 fév. 2007, n° 05-17407, *Bull. Civ.*, IV, n° 43.

10 Cass. Com, 3 déc. 2013, n° 12-22093, *Bull. Civ.*, IV, n° 178

Ensuite, la mise en application de cet article réputera la clause non écrite. Cette application s'inscrit dans le mouvement général du droit des contrats qui s'intéresse plus à l'état de l'acte. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une innovation de la jurisprudence *Chronopost* dans la mesure où il s'agit de la sanction des clauses abusives. La clause réputée non-écrite sera considérée comme n'ayant jamais fait partie du contrat en application du droit commun. Ceci étant, beaucoup de droits spéciaux prévoient une indemnisation. La réparation est, quant à elle, exceptionnelle.

Enfin, l'article 1171 ne se recoupe pas entièrement avec l'article 1170 dans la mesure où il est applicable aux clauses limitatives de réparation. Elles privent l'obligation essentielle de sa substance. Parfois, les deux textes se regroupent, dans la mesure où, l'article 1170 peut faire échapper certaines clauses à l'article 1171.

## **Les effets du contrat – la consécration de la théorie de l'imprévision**

### **L'interprétation des contrats**

*Par Claude WITZ, Professeur à l'Université de la Sarre*

Le régime de l'imprévision, (art. 1195), constitue l'une des innovations de l'ordonnance voire le changement majeur de cette réforme.

Tout d'abord, s'agissant de l'ouverture, le contrat visé n'est pas important. Il suffit que le changement affecte le contrat en cours d'exécution et être imprévisible au jour de la formation du contrat.

Ensuite, l'exécution doit être devenue excessivement onéreuse, c'est à dire, que le contrat doit se mettre à coûter plus cher qu'il ne rapporte. Un simple déséquilibre ne suffit pas. Le juge a des pouvoirs importants dans la mesure où il peut réviser le contrat ou y mettre fin. L'ordonnance a osé sauter un pas en confiant au juge une telle mission. Il n'y a pas de limites de choix entre ces deux mesures car elles seront choisies en fonction des circonstances. L'exécution du contrat n'est plus suspendue pendant les négociations.

En cas de révision du contrat, le texte est silencieux. Le juge devrait s'attacher à rétablir l'équation économique initiale même si elle est défavorable au cocontractant. Le texte est supplétif comme le suggère l'impact de l'acceptation. La liberté contractuelle pourra s'épanouir sous ce texte. Il ne faut pas craindre une immixtion du juge dans le contrat. Il ne pourra le réaménager que rarement.

Enfin, les dispositions sur l'interprétation du contrat, (art. 1188 à 1192), ont été accueillies avec une certaine indifférence à tort. En pratique, elles vont soulever un grand nombre de litiges.

D'une part, l'ancien article 1156, le plus important, a été maintenu pour l'essentiel dans l'article 1188. L'esprit l'emporte sur la lettre. Il s'agit d'une règle raisonnable directement inspiré des principes *Unidroit* et du droit européen des contrats. Certains aspects appellent des réserves.

En effet, sur la dépréciation monétaire, la condition selon laquelle « la partie lésée n'ait pas accepté les risques » suscitera l'attention des rédacteurs du contrat pour faire barrage à l'adaptation judiciaire du contrat.

D'autre part, elle peut être invalide, (art. 1191), car elle affecte l'adéquation du contrat de manière indirecte. Mais elle peut être possible dans le contrat d'adhésion. Le juge ne peut pas être saisi d'emblée. Il y a un changement de circonstances amiables. Les parties sont le mieux à même d'apprécier les situations.

Enfin, le régime de l'imprévision ne prévoit pas une telle obligation car le créancier est libre de refuser de mener de telle négociation. Il n'aménage pas de recours judiciaire spécifique. Il faut préserver la force obligatoire du contrat. Les parties ont l'obligation de se comporter de bonne foi (art. 1104). A ce titre, elles peuvent décider de la résolution du contrat et pourront toujours saisir le juge afin qu'il l'adapte.

Enfin, il n'y a pas de règles particulières quant à la saisine du juge. Le juge saisi d'une demande d'adaptation sera amené à trancher le contrat et peut inviter les parties à renégocier le contrat pendant une période qu'il peut fixer. En pratique, une seule des parties sera appelée à cette renégociation.

Sur la durée du contrat, le code civil connaissait le terme. Il s'agit d'un facteur de stabilisation qui n'est pas négligeable.

### **Les difficultés d'exécution du contrat**

*Par Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

Le contentieux est important car, en procédant à une systématisation de toutes les solutions reçues par le législateur, le créancier reçoit plein d'instruments. Il peut refuser d'exécuter son obligation, solliciter une diminution du prix, provoquer la résolution. Toutes ces sanctions peuvent être cumulées dès lors qu'elles sont incompatibles. Il faut jouer habilement de façon subsidiaire pour obtenir ce cumul.

Tout d'abord, la restitution, (art. 1352 et s.), entre dans le Code civil mais est rédigée de manière différente que la solution dégagée par la jurisprudence.

Ensuite, toutes les modalités du régime général se développent dans différents domaines.

D'une part, il peut y avoir plusieurs objets à la charge du débiteur. Le législateur reprend les distinctions des obligations alternatives avec les modalités de la solidarité appliquées aux sujets de droit.

D'autre part, certains aspects appellent des réserves.

L'article 1192 est le plus faible car il codifie une jurisprudence constante de la Cour de cassation.



Une clause peut être claire et précise sans correspondre à une volonté réelle du cocontractant. Cette disposition se trouve déjà dans l'article 1188. Il aurait été possible de l'économiser.

Enfin, ils ont une portée normative faible car ils ne peuvent donner lieu aux parties la possibilité de se pourvoir en cassation. Cette étonnante singularité de règles du code civil va entraîner des conseils aux juges du fond sur la manière de juger.

## **La forme du contrat**

*Par Jean-Marie OHNET, Notaire, Professeur contractuel à l'Université de STRASBOURG*

Les textes disent ce qu'est un contrat. (art. 1101). Mais, il est possible se demander si le contrat de vente est encore un contrat. La rédaction de cet article mériterait d'être revue et corrigée. La liberté contractuelle est toujours soumise à l'ordre public, (art. 1162), dans la mesure où, l'ordonnance n'a pas abrogé l'article 6 du Code civil.

Les formes du contrat, (art. 1172), sont divisées en trois sous-catégories.

Tout d'abord, l'importance, qui est donnée au contrat réel, est faible. Il ne se rencontre plus souvent dans la pratique. Sa forme reste définie dans l'ordonnance (art. 1172 al. 3).

Ensuite, il n'y a pas de point majeur sur les actes solennels.

D'une part, l'ordonnance ne parle pas de la validité d'un contrat qui est a priori consensuel, mais qu'un accord des parties aurait été pris pour répondre à cette formalité.

D'autre part, l'ordonnance ne parle pas non plus du parallélisme des formes. Ce dernier était prévu par le projet d'ordonnance mais n'a pas été repris. Il reposait sur les points suivants :

- La forme que doit respecter un avant-contrat à un acte solennel,
- la forme du mandat,
- la forme du contrat solennel.

Cela aurait été l'occasion pour l'ordonnance de la reprendre, dans la mesure où le projet d'ordonnance prévoyait que sa validité pouvait être subordonnée aux formes déterminées par les parties.

Enfin, la sanction de l'inobservation des conditions de forme, que les parties se sont imposées par un accord, ne sont pas précisées. Ce ne peut pas être la nullité car la forme est prise en compte uniquement si elle est imposée par la loi. Ce n'est donc pas un critère de formation du contrat. Il y aura tout un travail que la jurisprudence devra faire pour voir comment cette inobservation des

formes devrait être sanctionnée en cas de non-respect.

C'est pourquoi, l'ordonnance aurait pu aller plus loin.

## **La prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif**

*Par Nicolas ERESEO, MCF HDR à l'Université de STRASBOURG*

La prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif, (art. 1171), est une disposition révolutionnaire. Le contrat doit toujours son existence de principe à la volonté des parties. Le contenu détaillé des contrats a été voulu par certaines d'entre elles. Il n'est plus suffisant pour fonder la force obligatoire du contrat. La théorie du contrat ressort bouleverser par la réforme.

Tout d'abord, la réforme avait vocation à s'appliquer à un certain nombre de cocontractants tels que le consommateur. Ceci étant, ce texte ne s'applique, ni au contrat *AirBnB*, car le consommateur est en relation avec un professionnel, qui agit avec un intermédiaire entre deux particuliers, ni dans une chaîne de groupe de contrat, dans la mesure où le consommateur agit contre l'assureur d'un responsable. Mais, il peut s'appliquer dans une assurance de groupe, car un lien contractuel se forme entre la compagnie d'assurance et le consommateur.

D'autre part, pour les professionnels, ce texte est plus important. En effet, peuvent se prévaloir de ce texte tous ceux qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article L442-6 III du Code de commerce. Le texte de l'article 1171 fonctionne pas ou très peu vu qu'il a été pensé pour des relations de dépendance. Il ne mérite pas de s'appliquer. A ce titre, il ne s'applique pas au secteur bancaire.

Enfin, le partenaire commercial renvoie à l'idée d'un collaborateur assez poussé. Il s'agit d'une dépendance économique même si le texte ne le prévoit pas dans le but de protéger des professionnels dépendants. Les Sociétés Civiles Immobilières (SCI) et les professions libérales peuvent en être exclues à la différence des associations. Cela conduit à des interrogations quant aux personnes visées par ce texte vu que de nombreux professionnels ne peuvent pas en bénéficier. La jurisprudence s'orienterait vers l'imprescriptibilité.

Ensuite, il est possible de se demander si l'article L.442-6 est soumis à l'article 1171. En effet, l'ordonnance prévoit qu'une règle spéciale l'emporte sur une règle générale dès que ça y déroge (art. 1105 al. 3).

D'une part, l'article L.442-6 du code de commerce est un texte de responsabilité civile, qui porte sur un comportement, tandis que, l'article 1171 relève de la sanction de la clause. Il est possible de se fonder sur les deux textes dans un même recours avec la difficulté que, si le défendeur est seulement assigné sur le fondement de l'article 1171 et que l'article L. 442-6 est applicable au litige, alors le juge peut se déclarer d'office incompétent. Il serait logique que la Cour de cassation finisse par restreindre le champ d'application de l'article L442-6 en étudiant le partenariat commercial et voir s'il rentre dans le champ d'application de cet article.

D'autre part, s'agissant des contrats concernés, il y a le contrat d'adhésion, (art. 1110 al.2), dans lequel les conditions générales ne sont pas soumises au contrôle (art. 1119). Une clause abusive, dans les conditions particulières, sera à l'abri de contestation. Elles sont alors accessoires. Elles ne sont pas négociées. Elles sont soustraites à la négociation. Pour la doctrine, la première version du projet de réforme soustrait à la libre discussion. La liberté n'a rien à faire avec le contrat d'adhésion. Cette lecture est discutable. En effet, en application de la définition du contrat de gré à gré, (art. 1110 al. 1), pour le contrat d'adhésion, il y a un problème de liberté. Le contrat ne peut pas être dépecé alors que c'est la solution retenue dans les projets internationaux. A ce titre, il faudra attendre dix ans avant de savoir ce que veut dire « *contrat d'adhésion* ». Pour négocier, il faut garder des traces et les stipuler dans le contrat. Les juges s'inspireront des dispositions qui existent déjà telles que l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Un auteur a estimé que « *Le déséquilibre entre les droits et obligations des parties pourrait, le cas échéant, résulter de ce que le contrat s'écarte, au détriment de l'un des contractants, du modèle de normalité que représente le droit supplétif applicable.* ».<sup>11</sup> C'est pourquoi, une clause d'acceptation des risques peut être stipulée.

Enfin, l'adjectif « *significatif* » peut être considéré comme important, substantiel, qualitatif, non-justifié. En pratique, il faut s'attacher à la liste des clauses qui sont réputés abusives dans le Code de la consommation.

D'une part, il faut borner les pouvoirs et les justifier dans la mesure du possible. La Cour de cassation peut transposer ses solutions dans les contrats spéciaux. Par exemple, la modicité du prix peut être appréciée dans une clause de rééquilibrage. La réputer non écrit n'est pas précisée par la chancellerie.

D'autre part, il est possible de songer à stipuler une clause contagion en espérant qu'elle ne soit pas déclarée abusive.

## **L'inexécution du contrat**

*Par Michel STORCK, Professeur à l'Université de STRASBOURG*

---

<sup>11</sup> Laurène GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun », *D.*, 2016, p. 22.

Ces sanctions sont soumises à une mise en demeure sous réserve d'une exception d'inexécution (art. 1219). Mais, cette soumission ne devrait pas exister. De plus, la force majeure, qui est une excuse, (art. 1218), précède les différentes sanctions. Ce texte a une valeur générale, qui pourrait irradier les différentes sanctions, (art. 1217), ainsi que la diminution du prix (art. 1644). Trois blocs, dans l'ordonnance, sont relatifs à l'inexécution.

Tout d'abord, il y a les sanctions judiciaires.

D'une part, la résolution, (art. 1227), est devenue principalement unilatérale et est abandonnée au pouvoir du juge. Ce dernier la prononcera si elle est suffisamment grave, caractérisée aux torts d'une ou des parties au contrat. Il s'agit d'une consécration jurisprudentielle.

Quant aux effets, (art. 1229), il s'agit d'une consécration jurisprudentielle. Le texte n'appelle pas de remarques particulières.

D'autre part, l'exécution forcée en nature, (art. 1221), pose un principe clair, qui coïncide avec le principe de la force obligatoire du contrat. Quant aux limites, on ne peut la prononcer que si elle est possible. Il s'agit de tenir compte de la défense des libertés individuelles. Ainsi, dès qu'il y a une disproportion très importante, l'exécution forcée ne peut pas être poursuivie. A défaut, c'est un abus. Quant à la mise en œuvre, (art. 1222), les mesures prévues (saisie appréhension ou injonction de faire) se trouvaient déjà respectivement aux articles 1143 et 1144. Cette restriction est subordonnée à une autorisation du juge de nature à renforcer l'exécution forcée. C'est une bonne solution. Elle peut s'accompagner d'une action en dommages-intérêts, lesquels doivent être alloués de manière accessoire.

Enfin, la réparation du préjudice, (art. 1231), n'est pas due en cas de responsabilité contractuelle.

Les articles entérinent des dispositions déjà connues. Si c'est déjà consommé, la mise en demeure est inutile. Il est possible d'agir en demandant des dommages-intérêts. Ceci étant, il faut une spécificité pour la responsabilité contractuelle. Le fait générateur, (art. 1231-1), est soit l'inexécution ou le retard. Il aurait fallu employer la formule « *à raison* » plutôt que « *en raison* ».

Un délai doit être prévu pour sanctionner le contrat. Cela ne modifie guère le droit positif.

La faute dolosive est assimilée à une faute lourde (art. 1231-3). Il aurait été plus raisonnable de parler de « *faute inexcusable* » que de « *faute lourde* ». Seul le dommage direct est susceptible d'être réparé (art. 1231-4).

Ensuite, les sanctions unilatérales sont illustrées à travers trois mécanismes.

D'une part, la suspension d'exécution, (art. 1219), vise l'hypothèse où une partie n'exécute pas son contrat. Il ne vise pas simplement une consolidation des acquis jurisprudentiels dans la mesure où il s'agit d'un texte, qui consacre l'exception d'inexécution avec les conditions de mise en œuvre (art. 1220). Cet article n'est pas totalement inconnu dans le droit antérieur (art. 1663). La jurisprudence

l'applique largement en étendant son champ d'application. Si le cocontractant refuse de donner suite à cette initiative, il est possible de s'adresser au juge mais aussi d'y renoncer. Les intérêts sont en cause mais ne sont pas structurés sous l'article 1220.

D'autre part, la résolution unilatérale entre les parties, (art. 1224), résulte d'une attention raisonnable des auteurs de l'ordonnance. En effet, la mise en œuvre, (art. 1226), résulte d'un ordre chronologique satisfaisant dans la mesure où il n'y a pas de contresens sur le mécanisme. Les parties peuvent l'écarter, y renoncer, notamment en stipulant une clause résolutoire.

Enfin, la diminution du prix, (art 1223), est prononcée par le juge et le consommateur. La réfaction n'est pas précisée. Les conséquences peuvent être redoutables. Il y a autant d'interprétations de cet article que de commentaires publiés.

Premièrement, si l'exécution imparfaite est acceptée, il peut demander au cocontractant qu'il accepte cette diminution du prix. Cela serait une modification contractuelle du contrat. Le cocontractant va calculer la diminution du prix (art. 1223 al. 2). Si le prix a déjà été payé, il va demander la fraction du prix qui a déjà été payé. Autrement dit, il va demander le remboursement du prix à son cocontractant. Ce qui est intéressant c'est que le champ d'application de ce texte est large et est déjà connu dans la vente internationale de marchandises.

Il s'agit d'une constatation objective sur des bases qu'il est possible de maîtriser.

Par exemple, dans le contrat de bail avec des professionnels libéraux, la prestation apportée n'est pas totalement satisfaisante entraînant une exécution imparfaite du contrat. Le preneur va refuser de payer le solde du prix. Il lui était possible de demander des dommages-intérêts après une action en justice, longue et onéreuse.

Deuxièmement, si la charge de la preuve est renversée alors le juge sera chargé de trancher et prononcer la diminution du prix. Il s'agit d'une inexécution partielle car le cocontractant n'est pas totalement satisfait. On est en droit de demander le remboursement ou refuser de payer le solde.

Ce système est dérangeant en matière immobilière dans un contrat conclu avec un professionnel. Il n'est pas d'ordre public. C'est pourquoi, il y a un intérêt pour les parties d'exclure la possibilité de demander la réduction du prix et donc d'accepter une exécution imparfaite car cela évite de rentrer dans du contentieux. Le créancier a manifesté une volonté. Il peut pas demander la résolution. La réduction du prix sera basée sur celle proposée par le cocontractant. A défaut, le juge est saisi. Le législateur ne précise pas comment on va la qualifier. Ce système est déjà prévu en matière commerciale.

Quand cette réduction sera plus subjective, cela va devenir assez complexe. Quel lien entre la réduction du prix et les dommages-intérêts sachant que ces deux actions peuvent se cumuler. Il s'agit d'une innovation dangereuse car si le processus contractuel n'est pas maîtrisé, alors il faut l'écarter dans la mesure où cela va devenir conflictuel entre les parties. Mais, sans qu'il ait été

poursuivi par l'autre partie, il invoque à titre informatif la possibilité de mettre en demeure pour inexécution. Un aménagement est possible et même souhaitable par risque d'arrêter cette exception d'inexécution. Il est possible d'y renoncer car ce n'est pas une disposition d'ordre public au sens de l'article 1101. c'est utile dans les contrats d'affaires et les contrats internationaux. Le texte n'est pas impératif. Il est possible de prévoir les seuils à partir desquels il est possible de solliciter une diminution du prix. Il faut aussi savoir qui intervient pour les contrats de certaine importance.

Troisièmement, il peut être judicieux d'être attentif à l'ordre d'exécution des obligations. Il est possible d'introduire un lien entre des contrats distincts mais interdépendants. Il s'agit d'une approche différente car c'est un droit consacré. Ce n'est plus un droit jurisprudentiel.

Enfin, deux sous-sections sont relatives aux clauses portant sur ces sanctions. Certaines sont suggérées par les textes. Toutes ces clauses sont soumises à des règles générales sur l'acceptation. D'une part, la clause joue dans la mesure où elle est acceptée. Elles ne peuvent être admises que si elles compromettent l'obligation essentielle du contrat, (art. 1170), ou si elles créent un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* » (art. 1171).

Certaines clauses sont expressément prévues. La clause résolutoire, (art. 1225), doit préciser les engagements des parties après la résolution. La clause pénale, (art. 1231-5), est valable mais n'est pas définie. Ces deux clauses reproduisent le droit positif.

La clause de responsabilité, (art. 1231-3), renvoi aux clauses limitatives de responsabilité. La réparation au dommage économique peut être exclue. Cela est fréquent dans les contrats Internationaux. Les parties peuvent aussi l'exclure en cas d'inexécution du contrat sous réserve de l'hypothèse de faute lourde et de faute dolosive. c'est une reprise de la jurisprudence antérieure.

En droit des transports, en 1998, le législateur a substitué la faute inexcusable plus stricte que la faute lourde. Cela permet de soumettre plus facilement la validité de ces clauses de responsabilité.

Rien n'est prévu sur la portée de ce texte. Il est supplétif. Les parties peuvent s'entendre par avance sur ce qu'ils entendent sur la force majeure. Ces sanctions peuvent être renoncées. Elles ne renvoient pas à la structure même du contrat. Elles peuvent être aménagées et les parties peuvent s'en affranchir par avance des limites prévues par l'article 1231. Cela a été posé pour préserver les libertés individuelles. Il n'est pas possible de s'en affranchir mais d'y renoncer si c'est clair, précis, et que le créancier dispose d'autres armes.

Sur la résolution, la jurisprudence devrait être maintenue.

D'autre part, pour l'aménagement, des clauses de rupture du contrat, qui peuvent prévoir par avance que le contrat sera rompu par avance, peuvent être envisagées. Elles semblent admises par la jurisprudence. Il n'y a rien sur la clause de rupture. Elles sont valables.

L'inexécution manifeste peut être définie par avance, sous réserve de tenir compte, des dispositions sur les procédures collectives. En effet, si la difficulté à surmonter renvoi à la sauvegarde, il est

possible de l'aménager en tenant compte des procédure collective.

Enfin, il y a tout intérêt à aménager par avance ce type de mécanisme si la loi française est désignée dans le cadre d'un conflit de loi. Il doit être admis davantage dans les contrats internationaux qu'en droit interne à condition que le droit français s'applique. Cela doit être plus réservé en droit interne.

## **Le régime général des obligations : les opérations sur obligations**

*Par Patrice STORCK, Professeur à l'Université de STRASBOURG*

Apparaît dans le Code civil aux articles 1304 à 1359 un titre entier consacré au régime général des obligations. Cette introduction, dans le Code civil, est pédagogique et permet de faire évoluer plus facilement le corpus.

Tout d'abord, les modalités de l'obligation, (chap. 1), comprend trois sections dans lesquelles les notions sont connues mais précisées et consolidées dans le texte.

D'une part, le principe de bonne foi est repris. L'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple. La règle est inversée. C'est la possibilité de supprimer les conséquences de la réforme. Pluralité d'objets, plusieurs prestations sont cumulatives. La distinction n'est pas claire. Le nouveau texte comprend le droit positif. Le dernier maillon a été rajouté.

D'autre part, les opérations sur obligations, (chap. 2), regroupe quatre grandes règles.

La novation, (art. 1329), est définie et reprend le droit positif.

Le texte de la délégation, (art. 1336), définit l'obligation et précise le régime de l'obligation.

L'article 1339 est une disposition nouvelle. Le délégant ne peut pas être créancier du délégué. Cela peut ouvrir des perspectives. C'est une technique de financement.

Les actions ouvertes au créancier, (chap. 3), n'ont pas été modifiées. Le fond reste le même.

Dans l'extinction de l'obligation, (chap. 4), et, plus particulièrement, dans le paiement, (sect. 1), il y a un certain nombre de sous-sections, dont les règles sont connues. La preuve est libre, (art. 1342-8), offrant un intérêt dans certains cas. Une mise en demeure du créancier par le débiteur a été rajoutée (ss- sect. 3, §2). Ceci étant, le Code civil est muet sur l'hypothèse où le créancier refuse de payer. Ce sont des dispositions nouvelles plus simples que l'ancienne procédure qui permettent de mettre en demeure le créancier pour recevoir le paiement.

Ensuite, la subrogation légale est mise en valeur, (art. 1346), dans une formule générale, élargie et encadrée. Les textes suivants, (art. 1346-1 à 1346-5), traitent de la subrogation conventionnelle. Les hypothèses de subrogation conventionnelle ont été maintenues, telle que celle de l'affacturage (art.

1346-1). La forme de l'acte authentique est requise dans le but de protéger le fonds de commerce des notaires.

D'une part, la compensation, (art. 1347), est définie avec la précision qu'elle opère de plein droit. Il s'agit d'une règle générale. Par contre, les règles particulières sont mal rédigées dans la mesure où elles concernent les dettes connexes tout en n'étant pas définies. Elles sont soit issues d'un même contrat soit d'un ensemble contractuelle. Sa nature est judiciaire, (art. 1348), mais l'article suivant, (art. 1348-1), est mal rédigé. Elle n'est pas fondamentalement judiciaire vu qu'elle va éteindre les obligations et être opposables (art. 1348-2).

D'autre part, la remise de dette, (sect. 4), est un contrat. (art. 1350). Les effets, (art 1350-1), sont modifiées et bouleversent le texte antérieur.

Enfin dans le Code civil, il n'y avait aucune disposition propre aux restitutions. Les magistrats s'inspiraient de la répétition de l'indu. Désormais, sa forme est précisée, (art. 1352), ainsi que, toutes les hypothèses de son application (art. 1352-1 et s.).

### **Cession de créance, cession de dette, cession de contrat**

*Par Philippe SIMLER, Professeur émérite à l'Université de STRASBOURG*

L'ordonnance a franchi le pas en permettant la cession de créance, la cession de contrat et la cession de dette. Les rédacteurs ont été effrayés par leur propre audace. Mais, ils ne sont pas allés jusqu'au bout vu que la cession de créance était soumise au formalisme du droit des sûretés. La créance est constitutive d'un lien d'obligation lequel ne peut pas être cédé sans être rompu. Il s'agit de la création d'une nouvelle obligation. C'est pourtant la même objection qui a expliqué qu'il n'est pas possible de céder une dette et un contrat. Céder une dette n'est pas la même chose que céder une créance. Elle ne peut pas être purement symétrique à la cession de créance. La Cour de cassation ne s'était pas très clairement prononcée sur la question, en estimant, à propos de la cession d'un fonds de commerce pour un euro symbolique, qu' « elle ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti. »<sup>12</sup>. Elle est inopposable au créancier. Pour certains, il s'agissait d'une admission de la cession de dette. Pour d'autres, la cour de cassation a esquivé la question.. Pour d'autres encore, une dette n'était pas cessible.

Tout d'abord, la cession de créance, (art. 1321), est passée du droit de la vente au régime général des obligations. Toutes les créances sont cessibles. Le nouveau droit n'appelle pas beaucoup d'explications.

D'une part, la première innovation est l'insertion de ce régime législatif dans le régime général des obligations, et plus, dans le droit de la vente, conduisant à abroger quelques textes dans le droit de

---

12 Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 2009, n° 08-11093, *Bull. Civ.*, I, n° 82.



la vente. On risquait de faire disparaître le retrait litigieux (art. 1701).

D'autre part, l'exigence de la signification de l'existence de la créance au débiteur a été supprimée. Il s'agit de l'alignement sur la cession *Dailly*, lequel peut entraîner quelques dégâts collatéraux. Elles seront, désormais, traitées dans les deux cessions.

Enfin, le formalisme n'a pas été banni vu que l'écrit est une condition de validité (art. 1322). Le législateur a succombé à la tentation du formalisme alors que les projets *Catala*, *Terré* et celui de la Chancellerie n'en faisaient pas partie. Un écrit *ad probationem* aurait été plus suffisant qu'un écrit *ad validatem*. La vente est opposable à la date aux tiers. Ces mêmes dispositions déterminent le régime des opposabilités des exceptions. Il n'y a rien de nouveau sous la réserve que cette exigence *ad validatem* n'est pas satisfaisante.

Ensuite, la cession de dette (art. 1327) est pratiquée, parfois, à grande échelle. Il est heureux que l'ordonnance ait franchi le pas.

D'une part, l'article 1327 constitue une différence majeure avec la cession de créance. Il ne s'agit pas d'une copie conforme dans la mesure où la cession peut résulter d'une intervention par avance du créancier. Le « *ou* » présent dans l'article 1327-1 doit être corrigé par la loi de ratification et être transformé en « *et* ».

D'autre part, aucun des cinq articles ne subordonnent sa validité à la rédaction d'un écrit. Il faudrait que les deux cessions soient alignées sur un même régime. Le texte de l'article 1327-2 est un peu obscur car si « *y* » se rapporte à la cession, il faudrait deux accords à la cession, c'est à dire, un écrit et une libération du débiteur. Ce que le texte a sans doute voulu dire, c'est que si le débiteur y consent, le « *y* » se rapporte à la libération. Il s'agit de l'intention de la chancellerie car il s'agissait de la version de son projet antérieur. Si le débiteur initial a été libéré, alors les sûretés sont accessoires à la créance. La subsistance des sûretés consenties par des tiers et pas par le débiteur n'a pas été pensée par les rédacteurs de l'ordonnance. Le projet *Terré* et le projet initial ne prévoyaient pas l'accord du créancier. Il est requis pour la libération du débiteur. Il est alors indispensable que la cession soit dépourvue d'effet pour le créancier car rien n'impose de le priver de cet accord. L'article 1327-1 semble revenir à l'article 1327. C'est l'exigence de l'accord qui l'emporte. Il n'aurait pas été incongru d'émettre une cession de dette avec l'accord du créancier, l'accord des trois parties et l'acceptation du créancier de libérer le débiteur.

Enfin, la cession de contrat, (art. 1216), a un schéma où les formules employées sont la simple reproduction des formules de la cession de dette. Il n'est pas possible de raisonner sur la cession de contrat sans avoir résolu la question de la cession de dette.

D'une part, la qualité de contrat ne se cède pas (art. 1216 al. 1). Ce n'est qu'un habillage, peut-être, habile qu'il n'est pas possible de reconnaître. Ce sont des contorsions intellectuelles.

Les mêmes modalités discutables se retrouvent car il n'est pas plus justifié qu'il faille l'accord du

créancier dans les cessions de contrat que dans les cessions de dette. En effet, si le créancier n'y a pas consenti, alors la cession est nulle car l'accord est une condition de validité.

D'autre part, rien ne justifie que cet accord soit privé de tout effet. Les rédacteurs de l'ordonnance impressionnés par cette doctrine très forte, très influente, ne sont pas allés au bout du raisonnement. Le double consentement va susciter des discussions très délicates. L'écrit et le consentement exprès pour la libération du débiteur vont entraîner des discussions en soulevant inmanquablement des difficultés.

Enfin, il est heureux, que ces cessions soit libérées de significations et qu'elles aient un régime propre. Mais, les conditions posées *ad valitatem* ne sont pas satisfaisantes.

### **Novation – délégation – indication de paiement<sup>13</sup>**

*Par Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, MCF HDR à l'Université de STRASBOURG*

Les contrats concernés, par cette réforme, ne seront que ceux, qui seront conclus, après le 1er octobre 2016. Les contrats bancaires continueront d'être régis par le Code Monétaire et Financier et par le Code de la consommation.

L'obligation d'information pré-contractuelle, (art. 1201), est encadrée par un certain nombre de conditions. Mais, la qualité de l'intéressé n'est pas précisée. Il s'agit d'un nouvel outil pour les avocats en matière bancaire. La sanction ne sera pas la même.

Quant à l'article 1195, posant la révision du contrat pour une imprévision, les cas sont rares. Il n'est pas possible de les écarter.

Les banques sont inquiètes. Cette réforme est insuffisante pour le droit bancaire car ce n'est que la reprise de textes existants en la matière.

Est-ce que cette réforme est suffisante pour prendre les modes de contractualisation à distance ?

Il est heureux que le droit des contrats évolue. Mais, le droit bancaire évolue encore plus vite.

---

13 Cette intervention fera l'objet d'une publication à la *Semaine Juridique*.