

ÉDITION SPÉCIALE "RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS"

Sommaire

REVUES

	2
Réforme du droit des contrats et des obligations : les négociations précontractuelles, enfin la consécration !	2
Réforme du droit des contrats et des obligations : le pacte de préférence	8
Réforme du droit des contrats et des obligations : la promesse unilatérale	12
Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé...	18
Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales	23
Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat	31
Réforme du droit des contrats et des obligations : observations sur l'imprévision dans l'ordonnance du 10 février 2016	38
Réforme du droit des contrats et des obligations : la consécration de la cession conventionnelle de contrat	43
Réforme du droit des contrats et des obligations : l'exécution forcée en nature dans l'ordonnance du 10 février 2016	46
Réforme du droit des contrats et des obligations : la réduction du prix en droit des contrats spéciaux... ou le leurre et l'argent du leurre ?	52
Réforme du droit des contrats et des obligations : l'opposabilité de la cession de créance	56
Réforme du droit des contrats et des obligations : le paiement de la dette d'autrui	60
L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail	63

Revue

01

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : les négociations précontractuelles, enfin la consécration !

12436421

N° Lexbase : N1655BW9



par Solène Ringler, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis — EA 1384

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

1. Après plus d'une décennie d'avant-projets, de projets, de rapports et de consultations, c'est désormais chose faite, le droit commun des contrats s'offre une cure de jouvence ! Inchangées depuis la promulgation du Code civil en 1804, les dispositions relatives au droit des contrats méritaient une profonde refonte permettant de prendre en compte l'évolution des rapports économiques, juridiques et sociaux, mais aussi afin de se nourrir des influences européennes et internationales qui se diffusent sporadiquement dans notre ordre juridique interne. La modernisation du droit des contrats nécessitait, entre autre, d'apporter des clarifications sur sa phase précontractuelle.

2. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et applicable à compter du 1er octobre prochain (1), ne se contente pas d'indiquer les conditions de validité du contrat, elle en régleme désormais la formation. Inclues dans la section 1 portant sur les modalités de conclusion du contrat, les négociations sont régies par les nouveaux articles 1112 (N° Lexbase : L0825KZL), 1112-1 (N° Lexbase : L0598KZ8) et 1112-2 (N° Lexbase : L0599KZ9) du Code civil. Les dispositions du 10 février 2016 se sont enrichies comparativement au projet de réforme dévoilé le 25 février 2015 (2) qui ne

comportait que deux articles sur le thème des pourparlers précontractuels. Les critiques doctrinales, qui souhaitaient l'intégration de l'obligation d'information dans la sous-section consacrées aux négociations, ont convaincu le législateur (3). La numérotation des articles s'en trouve donc modifiée. Initialement codifiées aux articles 1111 et 1112 nouveaux du Code civil, les règles applicables aux négociations se montrent bien plus lisibles maintenant regroupées sous l'article 1112.

3. La prise en compte des négociations par le Code civil devenait impérieuse à plusieurs titres. Tout d'abord, de par l'absence de règles de droit commun en la matière. Le législateur de 1804 s'est détourné des négociations, des contrats préparatoires ainsi que des avant-contrats, pour ne s'intéresser qu'aux seules conditions de validité des conventions. Ce mutisme à propos de la période précontractuelle n'était plus en corrélation avec les pratiques contractuelles modernes et surtout laissait une trop large part à l'interprétation jurisprudentielle (4).

4. Ensuite, le régime des négociations de nature prétorienne, rendait la matière peu lisible. Les décisions, souvent fluctuantes, constituaient une source d'incertitude et d'insécurité juridique pour les négociateurs (5). La modernisation du Code civil permet aujourd'hui de reconnaître les différentes étapes qui jalonnent la conclusion du contrat, tout en garantissant une certaine éthique dans la négociation. L'ensemble des projets de réforme avaient en leur temps, pris en compte cette nécessité d'ordonnement de la période préparatoire au contrat (6).

5. Enfin, le mouvement de rapprochement des législations et l'influence croissante des codifications supranationales sur le droit français ont contribué à moderniser les règles de formation du contrat, sans pour autant dénaturer nos traditions juridiques. Ainsi, les principes Unidroit, les principes européens de droit des contrats, les principes contractuels commun, ou encore le cadre commun de référence, relayés par la doctrine française, ont favorablement influencé le législateur. La prise en compte de l'existence des négociations et son encadrement juridique sont rendus nécessaires au regard des spécificités de formation d'un contrat international, dont les pourparlers constituent un préalable quasi-systématique. En effet, compte tenu des enjeux économiques et financiers comprenant un l'élément d'extranéité de surcroît, les volontés se rencontrent rarement spontanément. Les contours de la relation contractuelle se forment progressivement, au gré des échanges entre les parties. Les dispositions supranationales ont ainsi permis de moraliser les relations précontractuelles.

Les contrats internes ne sont pas en reste et connaissent également ce processus de formation du contrat par étapes. Les contrats d'affaires en constituent une parfaite illustration. Aussi, le droit commun se devait d'intégrer cette spécificité dans le Code civil pour donner aux négociateurs des lignes de conduites dans leurs discussions *ante* contractuelles.

6. Le nouveau texte ne définit pas la notion de négociation qui doit se comprendre comme la recherche d'un accord entre deux ou plusieurs parties cherchant à concilier des intérêts antagonistes afin de parvenir à la conclusion du contrat. Les articles 1112 à 1112-2 nouveaux du Code civil instituent les principes directeurs de la négociation (I) et édictent des sanctions déjà connues de la jurisprudence, en cas de manquement (II).

I — Les principes directeurs de la négociation

7. La liberté contractuelle (A) et la bonne foi (B) constituent les deux visages de la négociation. De l'entrée en pourparlers jusqu'à la conclusion du contrat, les négociateurs sont tenus de respecter ces deux principes directeurs.

A — La liberté de négocier

8. Les dispositions liminaires relatives au contrat et intégrées dans le Code civil, contiennent un article 1102 (N° [Lexbase : L0823KZI](#)) aux termes duquel "*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*". L'alinéa 2 du texte pose également une seconde limite à la liberté contractuelle qui ne saurait permettre "*de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*" (7). Le législateur ne qualifie pas explicitement la liberté contractuelle, de principe directeur de droit des contrats (8). Toutefois, son insertion dans les dispositions liminaires du sous-titre relatif au droit des contrats laisse peu de doutes quant à la portée normative de cette disposition. Elle offre une directive d'interprétation aux juges et aux cocontractants. Ainsi, elle a vocation à s'appliquer à tous les accords de volonté, dans les limites fixées par le législateur. Erigé au rang de principe à valeur constitutionnel (9), la liberté contractuelle est désormais cristallisée dans le Code civil. Elle constitue un principe général qui permet de guider les interprètes (10) dans le silence de la loi ou en cas d'incomplétude des stipulations du contrat.

9. Le principe de liberté tel qu'énoncé à l'article 1102 comprend trois aspects : liberté de conclure, liberté de choisir son partenaire contractuel, liberté de déterminer les contours et la forme de l'accord. Appliqué aux négociations, la liberté contractuelle signifie que les parties peuvent valablement entamer des discussions, ou encore rompre ces dernières si elles ne souhaitent pas finaliser l'accord. Le principe de liberté constitue également le fondement

adéquat pour sanctionner les comportements ayant altéré ou forcé la conclusion de la convention. S'il est évident que ce principe irrigue la période précontractuelle et contractuelle en général, le législateur a tout de même pris soin de le rappeler dans les dispositions spécifiques aux négociations.

10. L'article 1112 nouveau, propre aux négociations, s'inspire des projets (11) et des codifications (12) nationales et internationales qui laissent une large part à la liberté des parties au sein de la phase précontractuelle. Il indique "*l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres*". Cette dernière disposition peut sembler redondante avec l'article 1102 qui érige la liberté comme principe directeur. Pourquoi indiquer que les parties sont libres de contracter pour rappeler ensuite que les négociations sont libres ? La liberté est insufflée à toutes les étapes de la relation précontractuelle. Plus qu'une figure de style, l'article 1112 apporte des précisions sur la traduction du principe directeur au cours de la période préparatoire. Aucune contrainte ne pèse sur les négociateurs que ce soit dans l'engagement, la conduite ou la fin des pourparlers. Cette liberté n'est pas totale et comporte une importante limite également érigée en principe directeur dans les négociations, le devoir bonne foi.

B — Le devoir de bonne foi

11. La liberté des négociateurs se heurte à la bonne foi, principe directeur du droit des contrats. L'article 1104 (N° Lexbase : L0821KZG) relatif aux dispositions liminaires indique à ce titre que "*les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*". Cet article diffère du projet de réforme initialement dévoilé à deux points de vue.

12. Quant à sa numérotation, la bonne foi était initialement codifiée à l'article 1103 du projet de réforme. L'article 1103 nouveau (N° Lexbase : L0822KZH) fait désormais référence à l'effet obligatoire des conventions. Il reprend les termes de l'ancien article 1134, alinéa 1er, du Code civil (N° Lexbase : L1234ABC) "*les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*". Soulignons ici que le contrat a supplanté la convention qui disparaît du titre III relatif aux sources des obligations. Le contrat a maintenant une acception large et se définit, selon l'article 1101 nouveau, comme "*un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*". Le législateur a ainsi répondu favorablement aux critiques doctrinales qui préconisaient de ne pas limiter le contrat à son effet créateur d'obligations (13).

13. Quant à sa substance, le champ d'application de l'article 1104 s'éloigne du projet d'ordonnance. En effet, la version ouverte à la consultation publique limitait inutilement son champ d'application. La bonne foi ne s'appliquait qu'au seul contrat, sans y inclure les négociations (14). Pourtant, les différents projets de codification et d'harmonisation étendent la bonne foi à l'ensemble de la relation entre les parties, du stade des discussions jusqu'à l'exécution du contrat. La jurisprudence incitait jusqu'alors les négociateurs à faire preuve de loyauté. L'article 1104 y substitue la bonne foi qui s'applique à l'ensemble de la relation. L'alinéa 2 ajoute que les parties ne peuvent se soustraire à ce principe car "*cette disposition est d'ordre public*". Le droit français se prémunit ici contre une éventuelle pénétration du droit anglo-saxon dans notre système juridique. Admettant la limitation conventionnelle à la bonne foi (15), l'influence d'Albion pourrait conduire à minimiser la portée de ce principe. Le législateur insiste alors sur le caractère impératif des dispositions afin d'éviter toute interprétation contraire.

14. A l'instar du principe de liberté contractuelle, l'obligation de bonne foi se retrouve à l'article 1112 nouveau relatif aux négociations aux termes duquel "*l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi*". Cette dernière précision semble une nouvelle foi surabondante, au regard de la formulation des principes directeurs énoncés dans les dispositions liminaires. Elle apporte des précisions sur le champ d'application de la bonne foi à tous les stades de la négociation, et prévoit les sanctions y afférentes. En cas d'inconduite des négociateurs qui contreviendraient à cette exigence de bonne foi dans leurs relations précontractuelles, l'article 1112, alinéa 2, édicte des sanctions spécifiques.

Bien qu'introduit aux articles 1104 et 1112, le principe de bonne foi ne fait pas l'objet de définition et demeure relativement vague. Il laisse toujours une large place à l'interprétation du juge. Cette notion ne permet pas d'identifier, de façon systématique, des comportements qui pourraient caractériser une faute de négociation donnant lieu à une recherche de responsabilité.

II — Les sanctions de la faute de négociation

15. Les nouvelles dispositions s'inspirent des solutions classiques s'agissant de l'engagement de la responsabilité de la partie n'ayant pas satisfait à ses obligations lors des pourparlers (B). Le texte apporte cependant quelques éclaircissements bienvenus sur les comportements susceptibles de caractériser une faute du négociateur (A).

A — La caractérisation d'une faute de négociation

16. Les articles 1112 à 1112-2 mettent en évidence plusieurs comportements fautifs de la part du négociateur. Celui-ci engage sa responsabilité tantôt pour faute présumée, tantôt pour faute prouvée.

17. L'article 1112, alinéa 2, prévoit que la faute commise dans les négociations peut donner lieu à réparation du préjudice qui en résulte. Le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par les termes "*faute de négociation*". Sans nul doute, se réfère-t-il au manquement à l'obligation de bonne foi tel qu'énoncé à l'alinéa 1er. Or, en l'absence de contours précis de la bonne foi dans les relations précontractuelles, il appartiendra au juge de déterminer les comportements constitutifs d'une contravention à ce principe directeur. Il s'agit ici d'une reprise de la jurisprudence applicable, laquelle sanctionne le comportement abusif du négociateur. Pourtant, par principe, l'article 1102 nouveau rappelle que l'entrée en négociations tout comme leur rupture est libre. Les parties ne sauraient être contraintes de trouver un accord pour s'engager dans des liens contractuels définitifs. Partant, il est difficile de reprocher à l'une des parties sa mauvaise foi si aucun accord ne voit le jour, la faculté de s'engager demeurant discrétionnaire. La mauvaise foi ne se manifesterait donc pas lors de la rupture des pourparlers en elle-même, mais dans les circonstances entourant cette rupture (16).

18. Certains comportements sont expressément qualifiés de fautifs par le législateur. Découlant implicitement du principe de bonne foi, l'article 1112-1 nouveau met à la charge de la partie "*qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre*" une obligation d'information "*dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*". Déjà présent dans le Code de la consommation, cette notion intègre le droit commun du contrat (17). L'alinéa 2 du texte précise que ce devoir d'information "*ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation*". L'alinéa 3 met à la charge des parties une obligation de révélation pour "*les informations d'une importance déterminante et qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*". Celles-ci ne peuvent limiter ou se soustraire à cette obligation. L'alinéa 4 de l'article 1112-1 institue un régime probatoire allégé en cas de manquement d'un négociateur. Le demandeur doit simplement démontrer qu'il pesait sur l'autre partie une obligation d'information. Si cette preuve est rapportée, alors c'est au défendeur de démontrer qu'il a délivré l'ensemble des renseignements permettant d'éclairer le consentement des parties. A ce titre, les négociations constituent un indicateur privilégié lors de l'examen par le juge des conditions de formation du contrat.

19. La faute du négociateur est également présumée en cas de divulgation ou d'utilisation d'une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations. L'article 1112-2 consolide la jurisprudence existante et impose un devoir de réserve et de discrétion aux parties. La formulation du présent article se montre plus large que celle contenue initialement dans le projet de réforme, lequel ne sanctionnait que la seule utilisation de l'information captée au cours des négociations (18). La rédaction permet désormais d'engager la responsabilité du négociateur fautif qui détourne l'information confidentielle obtenue au cours des pourparlers. Ceci étant, encore faudra-t-il rapporter la preuve du caractère confidentiel de l'information communiquée. Pour ce faire, les documents échangés devront expressément énoncer cette obligation, au risque de se heurter à une insuffisance probatoire pour engager la responsabilité de l'autre partie.

B — L'étendue de la réparation

20. L'article 1112, alinéa 2, limite la réparation du préjudice résultant du manquement à l'obligation de bonne foi dans les négociations. Le principe en matière de responsabilité délictuelle est l'indemnisation intégrale des dommages. Ceci étant, le texte reprend la jurisprudence traditionnelle excluant l'indemnisation de la perte de chance de réaliser des profits. Les juges affirment que "*le préjudice [...] ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu*" (19). Dès lors, la partie lésée se trouve en mesure de solliciter le remboursement des sommes inutilement engagées pour les négociations, tels que les études de marché, les frais d'expertise, ou encore les dépenses liées aux différents déplacements. Si le texte exclut des préjudices réparables la perte de chance de réaliser les profits, elle admet l'indemnisation de la perte de chance de n'avoir pas conclu de contrat avec le tiers (20).

21. Parmi les sanctions applicables, l'article 1112-1, alinéa 6, transpose les sanctions propres au manquement à l'obligation d'information. Le texte dispose "*outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*". La présente rédaction diffère de l'article 1129 initialement dévoilé par le projet de réforme. En effet, le texte faisait référence à la responsabilité précontractuelle et l'annulation du contrat sur le fondement des vices du consentement. L'article 1112-1 substitue la mention "vices de consentement", aux articles qui régissent l'erreur, le dol et la violence. La mention de la responsabilité extracontractuelle a également disparu pour se contenter d'une formule plus vague relative à l'engagement de responsabilité en cas de manquement et la possible annulation du contrat. S'il n'est pas contestable que le manquement à l'obligation d'information peut entraîner la nullité du contrat en cas de vice de consentement, le texte ne précise pas si la preuve d'un préjudice réparable se montre nécessaire si la partie lésée

souhaite se prévaloir des mécanismes traditionnels de responsabilité civile. La jurisprudence se montre fluctuante sur ce point (21), ce qui crée inévitablement une insécurité juridique pour les négociateurs.

22. Le manquement à l'obligation de confidentialité connaît également des sanctions particulières. A ce titre, l'article 1112-2 énonce "*celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun*". Dans le silence du texte, deux hypothèses doivent être distinguées. Soit la confidentialité a été contractualisée en signant une clause de confidentialité, et, dans ce cas, le négociateur peut agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle ; soit, à l'inverse, aucune stipulation n'a été conclue et le négociateur fautif engage sa responsabilité délictuelle de l'autre partie. Le secret constitue désormais une obligation légale lors de la communication d'informations confidentielles, de sorte que la stipulation d'une clause de confidentialité semble de prime abord superflue. En effet, contractualiser cette obligation peut avoir un effet pernicieux dans la mesure où, la réparation en matière contractuelle est limitée au préjudice prévisible, sauf faute lourde ou dolosive, alors que le principe est la réparation intégrale en matière délictuelle. Pour autant, insérer une clause de confidentialité comporte le bénéfice de contraindre formellement les négociateurs à garder le secret sur les informations obtenues au cours de leurs échanges.

23. Au final, la refonte du droit des contrats se montre novatrice en intégrant de nouvelles notions dans le Code civil et en adaptant les règles légales aux évolutions des techniques contractuelles issues de la pratique. On peut se satisfaire, à l'instar des codifications supranationales, que le législateur intègre enfin les négociations dans le droit commun de la formation du contrat. Pour autant, les articles 1112, 1112-1 et 1112-2 se révèlent intrinsèquement conservateurs, en reprenant, peu ou prou, les règles prétoriennes déjà applicables en la matière. Se prononcer sur les questions toujours en suspens aurait permis de considérer cette réforme résolument moderne.

(1) Sous réserve de sa ratification par le Parlement.

(2) N. Dissaux, Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015.

(3) N. Molfessis, *La formation du contrat*, JCP éd. G, 2015, suppl. 21, p. 8 ; J. Klein, *Le consentement*, *ibid.*, p. 16.

(4) D. Mazeaud, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr., 1996, n° 62, p. 44.

(5) C. Aubert de Vincelles, *Le processus de formation du contrat*, in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 119.

(6) Avant-projet "Catala", art. 1104 ; projet "Terré", art. 24 ; avant-projet de la Chancellerie, art. 1111.

(7) G. Chantepie, *La liberté contractuelle : back to basics*, Blog Dalloz Réforme du droit des obligations 2016.

(8) Le projet de 2008 de la Chancellerie incluait la liberté contractuelle dans un chapitre relatif aux "*principes directeurs*", cette référence a été abandonnée depuis.

(9) Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC (N° Lexbase : A5371DA8) ; AJDA, 2004 p. 216, note J. — E. Schœttl ; D., 2004, p. 1274, obs. A. Duffy ; Cons. const., 1er juillet 2004, n° 2004-497 DC (N° Lexbase : A8152DCW), D., 2005, p. 199, note S. Mouton ; *ibid.* p. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA, 2005, p. 465, note P. Cassia ; RTDEur., 2004, p. 583, note J. — P. Kovar.

(10) M. Mekki, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance*, D., 2015, p. 816.

(11) Projet "Catala", art. 1104 ; projet "Terré", art. 24 ; projets de la Chancellerie 2008, 2009, 2013 ; projet "Gandolfi" pour un Code européen de droit des contrats, art. 6 ; DCFR, art. II. 3.301 ; PCCR, art. 2 : 101.

(12) Principes Unidroit, art. 2.1.15 1 ; principes européens de droit des contrats, art. 2 :301.

(13) N. Dissaux et Ch. Jamin, préc. ; G. Guerlain, *Contrat et convention*, in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions* ; O. Tournafond, *Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats*, Dr. et patr., 2015, n° 247.

(14) M. Mekki, art. préc..

(15) Y. — M. Laithier, *L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives*, D., 2014, p. 33.

(16) Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617, F-D (N° Lexbase : [A2752GQY](#)).

(17) L'avant-projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations incluait initialement ce devoir d'information au sein de la sous-section consacrée à la validité du contrat.

(18) N. Dissaux et Ch. Jamin, préc..

(19) Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243, FS-P (N° Lexbase : [A2938DA3](#)), Bull. civ. IV, n° 186 ; D., 2004, p. 869, note A. — S. Dupré-Dallemagne ; *ibid.*, p. 2922, obs. E. Lamazerolles ; JCP éd. G, 2004, I, 163, n° 18, obs. G. Viney ; JCP éd. E, 2004, p. 818, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, p. 663, obs. J. — J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; RTDCiv., 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC, 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; RLDC, 2004, n° 1, p. 7, obs. S. Doireau ; Dr. et pat., 2004, n° 124, p. 102, obs. D. Poracchia ; Rev. sociétés, 2004, p. 325, note N. Mathey ; Dr. Sociétés, 2004, n° 13, p. 15, note F. — G. Trebulle ; BJS, 2004, p. 849, note J. — J. Daigre. Cass. civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20.040, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : [A1027DQ4](#)), Bull. civ. III, n° 164 ; D., 2006, p. 2963, note D. Mazeaud ; JCP éd. G, 2006, I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP éd. N, 2006, p. 1977, note M. Brusorio ; Defrénois, 2006, p. 1858, obs. R. Libchaber.

(20) Cass. civ. 1, 6 janvier 1998, n° 95-19.199 (N° Lexbase : [A1988ACM](#)), Bull. civ., n° 7 ; JCP éd. G, 1998, II, 10 066, note B. Fages.

(21) Pour une exigence d'un préjudice réparable, Cass. com., 31 janvier 2012, n° 11-10.716, F-D (N° Lexbase : [A8794IBC](#)) ; *contra* Cass. civ. 1, 3 juin 2010, n° 09-13.591, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : [A1522EYZ](#)) la preuve d'un manquement suffit pour ouvrir droit à réparation.

Revue

02

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : le pacte de préférence

12436402

N° Lexbase : N1651BW3



par *Thomas Le Gueut*, Agrégé de droit privé, Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Le législateur a longtemps négligé les avant-contrats et, à ce titre, le pacte de préférence. Quelques reconnaissances éparses d'un droit de préférence ont certes vu le jour en législation (1), mais le contrat faisant naître ce type de droit personnel, c'est-à-dire le pacte de préférence, ne connaissait pas de réglementation générale. Dans ces circonstances, il est revenu à la Jurisprudence d'en façonner le régime à la lumière, parfois, des enseignements de la doctrine. Autant d'éléments jurisprudentiels et doctrinaux à l'aune desquels il convient d'analyser aujourd'hui l'article 1123 du Code civil (N° Lexbase : L0827KZN) par lequel le législateur a changé le destin du pacte de préférence en le faisant entrer dans la théorie générale du contrat et ce, plus précisément, au sein d'une sous-section 3 intitulée "*le pacte de préférence et la promesse unilatérale*", laquelle est contenue dans une section relative à "*la conclusion du contrat*" (2).

La définition du pacte de préférence. L'article 1123, alinéa 1, offre au pacte de préférence sa première définition légale, laquelle est identique à celle qu'avait proposée le projet de réforme dévoilé en 2015 (C. civ., art. 1125 N° Lexbase : L0828KZP), à ceci près qu'une aspérité a été gommée : à la fin de l'alinéa, le pronom personnel réfléchi "se" a été retiré afin de valider l'emploi de la préposition de entre "déciderait" et "contracter". Partant, aux mêmes mots, les mêmes remarques, qui ont ainsi trait, aujourd'hui comme hier, à la forme et au fond du texte.

Quant à son style, cette définition n'est pas parfaite. On y décèle une relative asymétrie : la "*partie qui s'engage à proposer prioritairement [...]*" n'est pas désignée comme étant le promettant, alors que l'autre partie est directement dénommée "*le bénéficiaire*". De plus, on y trouve une approximation de langage (juridique) : le verbe traiter ne connaît pas de véritable signification juridique. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas choisi d'employer un verbe mieux connu du droit comme **conclure** ou bien **négoçier** (par référence aux articles 1112 N° Lexbase : L0825KZL à 1112-2 du Code civil relatifs aux négociations) ?

Quant à sa teneur, cette définition n'étonne pas : elle est classique. Elle s'inscrit d'ailleurs dans le prolongement des projets "Catala" (C. civ., art. 1106-1) et "Terré" (art. 30., cf. 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). Ici et là, le pacte de préférence est défini comme un contrat ; il est davantage qu'une simple offre de contracter. En tant qu'avant-contrat, il ne se conçoit que dans la perspective de la conclusion d'un contrat futur. Au jour de sa formation, la conclusion du contrat projeté n'est qu'éventuelle : le promettant reste libre de prendre **l'initiative** (ou non) **des négociations précontractuelles** (pour faire usage des termes de l'article 1112) ; le pacte de préférence se distingue de la promesse unilatérale qui renferme déjà le consentement de l'une des parties à l'éventuel contrat projeté. Par suite, c'est seulement si -et lorsque— le promettant se décide à contracter que le pacte déploie concrètement ses effets, l'obligeant alors à donner la priorité au bénéficiaire pour négocier le contrat projeté, ce dernier étant ainsi préféré à toute autre personne.

Cette définition frappe également par sa généralité. La nature du contrat projeté n'est pas spécifiée, si bien que tout type de contrat peut être préparé au travers d'un pacte de préférence, même si l'on sait qu'il s'agit le plus souvent en pratique d'un contrat de vente. Une telle généralité était d'ailleurs inévitable. Définir le pacte de préférence au regard de la seule conclusion d'un contrat de vente aurait effectivement procédé d'une logique de droit des contrats spéciaux (de droit de la vente). Or, telle est la logique avec laquelle le législateur a nécessairement entendu rompre en installant le pacte de préférence au cœur de la théorie générale du contrat. D'où l'impossibilité conceptuelle de viser certains types de contrats en particulier et, dès lors, la nécessité de les viser tous. Témoignant ainsi du fait que le droit spécial vient parfois enrichir le droit commun, un tel parti pris présente également une vertu pratique. La généralité des termes de la définition du pacte de préférence facilitera probablement le rattachement à l'article 1123 (N° Lexbase : L0827KZN) de bon nombre de figures contractuelles organisant une quelconque forme de priorité en vue de la conclusion d'un contrat, si bien que l'effectivité des règles ici étudiées s'en trouvera d'autant renforcée et, avec elle, la prévisibilité du droit applicable.

Le régime du pacte de préférence. L'article 1123 pose expressément deux séries de règles : les unes détaillent les sanctions de la violation du pacte (alinéa 2) et les autres confèrent une certaine protection au tiers (alinéas 3 et 4). Pour le reste, l'article 1123 n'affecte pas le droit applicable au pacte de préférence tel qu'on le connaissait à la veille de la réforme, du moins en principe. Autrement dit, hormis ce qui relève désormais du domaine réservé de l'article 1123, le régime du pacte de préférence que l'on connaît aujourd'hui restera par principe inchangé au lendemain de la réforme. Par exemple, la liberté contractuelle conservera son empire, les conditions de validité du pacte resteront identiques ou encore certaines difficultés continueront sûrement de se poser comme il en est ainsi, notamment, à propos de la durée du pacte...

En ce qui concerne les sanctions de la violation du pacte de préférence, le législateur a fait le choix de la continuité au regard des solutions jurisprudentielles bien acquises en la matière. Le législateur en a effectivement extrait les grands principes pour les inscrire dans la loi, le reste de ces constructions prétoriennes venant ainsi compléter la loi.

Lorsque le promettant a contracté avec un tiers sans même proposer au bénéficiaire de négocier avec lui, trois sanctions sont encourues. Première sanction : "*le bénéficiaire peut obtenir réparation du préjudice subi*". A cette fin, il peut solliciter des dommages-intérêts en agissant au moins contre le promettant sur le fondement de la responsabilité contractuelle, voire contre le professionnel du droit qui l'a assisté (4). Deuxième et troisième sanctions, lesquelles sont alternatives : le bénéficiaire peut, soit "*agir en nullité*" du contrat conclu en violation du pacte, soit "*demander au juge de le substituer au tiers*" dans ledit contrat, mais à condition dans les deux cas que le tiers soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaisse à la fois "*l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir*" (5). Une judicieuse souplesse est ainsi offerte au bénéficiaire qui pourra avantageusement choisir la sanction la plus respectueuse de ses intérêts. En outre, reste à préciser que les dommages-intérêts peuvent être sollicités, soit à titre autonome en cas de bonne foi du tiers, soit en sus de la nullité ou de la substitution en cas de mauvaise foi du tiers, sachant que, dans ce dernier cas de figure, une action en responsabilité (délictuelle) pourra également être intentée contre le tiers qui, par hypothèse, est complice de l'inexécution imputable au promettant.

A ce propos, on se souvient que le projet de réforme avait proposé de subordonner la nullité ou la substitution à la seule connaissance par le tiers de l'existence du pacte. Cette règle, qui favorisait davantage le bénéficiaire, n'a

donc pas été conservée, le législateur ayant manifestement considéré qu'il n'est pas trop sévère d'exiger du tiers qu'il ait également connu l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. D'autant que le bénéficiaire pourra toujours agir contre le promettant en réparation de son préjudice ! Sauf que c'est du montant des dommages-intérêts concrètement alloués que dépendront l'effectivité de la réparation accordée au bénéficiaire et, partant, l'intensité de la force de dissuasion exercée de manière générale sur les promettants... Par où l'on vérifie tout l'intérêt d'envisager dès à présent la réforme de la responsabilité civile et d'ainsi réfléchir, notamment, à la question du régime de la réparation du dommage contractuel et, plus largement, à celle des fonctions assignées à la responsabilité civile.

En ce qui concerne les mesures de protection du tiers, en revanche, le législateur a opté pour la nouveauté en lui offrant ce que l'on appelle communément une **action interrogatoire** à l'encontre du bénéficiaire. Dérogeant à la règle selon laquelle les contrats en cours demeurent soumis à la loi ancienne, ces mesures contenues aux alinéas 3 et 4 de l'article seront d'ailleurs applicables dès le 1er octobre 2016 (cf. ordonnance 10 février 2016, n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 9 N° [Lexbase : L4857KYK](#)).

Le dispositif mis en place a pour noble objectif de sécuriser la situation du tiers. En effet, une fois le bénéficiaire interpellé, deux situations sont à distinguer, étant précisé que ce dernier ne peut plus arguer d'une éventuelle clause de confidentialité pour refuser de répondre au bénéficiaire, comme le projet de réforme l'envisageait en son temps, de **manière inopportune comme la majorité de la doctrine a pu le démontrer** (7).

Première situation : le bénéficiaire dément l'existence du pacte ou bien confirme son existence tout en déclarant ne pas vouloir s'en prévaloir ou bien encore ne répond pas dans le délai "raisonnable" que le tiers a fixé, -reste à déterminer ce qu'est un délai raisonnable dans ce contexte-. En agissant de la sorte, le bénéficiaire s'empêche donc définitivement de réunir les conditions d'une éventuelle action en nullité ou en substitution, cette sorte de renonciation à agir étant spontanée dans les deux premiers cas (non visés par la loi), mais réputée acquise par la loi dans le dernier. La situation du tiers est donc bel et bien sécurisée dans les trois cas : il peut conclure en toute quiétude le contrat dont il ne risquera plus d'être privé.

Seconde situation : le bénéficiaire confirme l'existence du pacte, mais déclare son intention de s'en prévaloir -reste à savoir si un autre délai doit lui être imposé pour effectivement contracter avec le promettant-. En répondant ainsi, le bénéficiaire s'assure cette fois du respect de ses droits. Au mieux, il dissuade le tiers de contracter et, au pire, il se constitue, à titre conservatoire, la preuve des conditions à remplir afin d'obtenir la nullité ou la substitution dans le cas où le tiers et le promettant contracteraient ensemble ; le dispositif a donc également pour effet collatéral de protéger le bénéficiaire. De sorte que la situation du tiers est là encore sécurisée, de manière préventive peut-on dire, dans la mesure où la réponse du bénéficiaire est censée le dissuader de conclure un contrat dont il serait très certainement privé.

Une certaine naïveté grève cependant ce dispositif : l'effet escompté par le législateur ne se produira que si le tiers prend le risque d'interpeller le bénéficiaire et de devoir renoncer au contrat. Or en pratique, il est davantage à craindre au contraire que le tiers, s'il soupçonne l'existence d'un pacte de préférence, cherchera plutôt à maximiser ses chances de contracter de manière pérenne, si bien qu'il préférera s'abstenir d'interpeller le bénéficiaire. D'autant qu'il ne s'agit jamais là que d'une simple faculté que la loi lui offre, à titre de protection de ses intérêts qui plus est ; protection à laquelle il peut donc légitimement renoncer... Aussi, comprend-on que la doctrine, à la suite du projet de réforme, ait proposé de rendre obligatoire cette interpellation du bénéficiaire par le tiers (8), ce que le législateur a donc malheureusement refusé (9).

Un tel refus, néanmoins, s'explique peut-être par le fait qu'il est difficile de déterminer l'élément déclencheur du dispositif ici étudié, que celui-ci soit obligatoire ou facultatif. En effet, si le tiers peut demander au bénéficiaire de "confirmer" l'existence du pacte, c'est bien qu'il en soupçonne au préalable l'existence, qu'il le "présume" comme le disait le projet de réforme l'an passé. Mais comment aller plus loin encore dans la détermination de cette condition de mise en œuvre du dispositif ? Voilà ce qui pose problème. Pourtant, le projet "Catala" proposait une solution intéressante pour contourner cette difficulté : en obligeant le promettant à "*porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence*", le bénéficiaire peut être mis en mesure de défendre ses droits en prenant attache avec le tiers, lequel découvre alors l'existence du pacte et peut ainsi -à défaut de devoir- interpellé le bénéficiaire en bonne et due forme. D'ailleurs, ne serait-il pas envisageable d'insérer une telle obligation dans le corps du pacte ? Ou bien encore, l'information du tiers ne pourrait-elle pas émaner du promettant lors des négociations précontractuelles qu'ils conduisent ensemble ? Une telle information n'est-elle pas en effet "*déterminante du consentement*" du tiers, de sorte qu'elle devrait lui être communiquée sur le fondement du tout neuf article 1112-1 du Code civil (N° [Lexbase : L0598KZ8](#)) ? Et en cas de manquement à cette obligation, la responsabilité du promettant ne serait-elle pas engagée à l'égard du bénéficiaire au motif que l'absence d'information du tiers a privé le bénéficiaire d'une chance de profiter de l'effet collatéral du dispositif ? Autant de questions qui trouveront

sûrement des réponses à l'avenir, le temps que la réforme infuse davantage dans les esprits...

(1) V. par exemple l'article L. 132-4 du Code de propriété intellectuelle (N° Lexbase : [L8392I4L](#)).

(2) Sur cette question, v. notamment N. Molfessis, *La formation du contrat*, JCP éd. G., supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 6 et s. ; B. Fages, *La promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations in Réforme du droit des contrats, Le débat*, Dr. et patr., n° 240, octobre 2014, p. 42 et s. ; D. Mainguy, *Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes, in Réforme du droit des contrats, Le débat*, préc. , p. 44 et s. ; B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal., 29 avril 2015, n° 119-120, p. 8 et s. ; G. Chantepie, *Le pacte de préférence*, Blog Dalloz obligations 2015.

(3) *Contra*, v. B. Fages, art. préc..

(4) V. *infra* pour une éventuelle action contre le tiers de mauvaise foi.

(5) On retrouve ici la solution du célèbre arrêt de la Cour de cassation rendu en chambre mixte le 26 mai 2006, dont la rédaction a été améliorée : il ne s'agit plus, pour le bénéficiaire, de demander l'annulation du contrat pour être substitué au tiers -ce qui est illogique si le contrat n'a jamais été, mais bel et bien de choisir entre l'annulation du contrat conclu ou bien sa substitution au tiers dans le contrat maintenu-.

(6) Sur cette question, v. G. Viney, *Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité*, JCP éd. G., n° 4, 25 janvier 2016, p. 169 et s..

(7) En ce sens, v. notamment B. Haftel, art. préc., spéc. n° 37.

(8) N. Molfessis, art. préc., spéc. n° 18.

(9) Ce choix fait écho à celui des juges qui ont refusé d'exiger du tiers ayant connaissance du pacte qu'il se renseigne sur l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Cass. civ. 3, 29 juin 2010, n° 09-68.110, F-D N° Lexbase : [A6857E3D](#)).

Revue

03

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : la promesse unilatérale

12436474

N° Lexbase : N1656BWA



par *Thomas Le Gueut*, Agrégé de droit privé, Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Réf. : Ordonnance 10 février 2016, n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : [L4857KYK](#))

Signe du désintérêt dont le législateur a traditionnellement fait preuve à l'égard des avant-contrats, la promesse unilatérale n'a jamais fait l'objet d'une réglementation générale dans le Code civil (1). Tout au plus trouve-t-on pour l'heure quelques dispositions spéciales relatives aux promesses unilatérales d'achat ou de vente en matière immobilière, dispositions insérées dans le Code civil au titre du droit de la vente (C. civ., art. 1589-1 N° Lexbase : [L8427ASW](#) et art. 1589-2 N° Lexbase : [L7718HEL](#)) ou encore dans le Code de la construction et de l'habitation (CCH, art. L. 290-1 N° Lexbase : [L9286IDB](#) et art. L.290-2 N° Lexbase : [L6078ISW](#)). La réforme modifie donc substantiellement les choses. La théorie générale du contrat inclut maintenant les avant-contrats, du moins deux d'entre eux : le pacte de préférence et la promesse unilatérale sont envisagés dans une section relative à "La conclusion du contrat" et, en son sein, dans une sous-section intitulée "Le pacte de préférence et la promesse unilatérale". Ainsi la promesse unilatérale est-elle consacrée à l'article 1124 du Code civil (N° Lexbase : [L1223ABW](#)), dont il convient dès à présent d'analyser les dispositions à la lumière des solutions jurisprudentielles et des enseignements doctrinaux qui ont pu être développés jusqu'alors dans le silence de la loi (2).

Définition de la promesse unilatérale. L'article 1124 débute logiquement par une définition de la promesse unilatérale, qui suscite trois séries de commentaires.

Quant à sa portée, cette définition n'est pas équivoque. Elle vise seulement la promesse unilatérale, c'est-à-dire le contrat qui renferme la promesse d'un seul (le promettant), et ne concerne donc en rien les promesses synallagmatiques, souvent dénommées compromis en pratique, c'est-à-dire les contrats qui renferment les promesses respectives de chacune des parties. La promesse synallagmatique n'est donc pas directement envisagée, en tant que telle, dans la réforme, si bien qu'elle reste dans le giron du droit de la vente qui, seul, l'envisage furtivement au détour de l'article 1589 du Code civil (N° Lexbase : L1675ABN) : "*promesse de vente vaut vente [...]*" (3). En revanche, la définition logée à l'article 1124 vise toute sorte de promesse unilatérale : elle vaut quel que soit le type de contrat projeté dès lors que le texte ne prend pas parti sur la nature de ce dernier ; il s'agit là de la nécessaire traduction technique du choix délibéré du législateur de traiter de la promesse unilatérale au sein de la théorie générale du contrat. Autrement dit, bien que la promesse unilatérale serve le plus souvent en pratique à préparer la conclusion d'un contrat de vente, l'article 1124 ne vise pas que la promesse unilatérale de vente ou d'achat -la première étant plus fréquente en pratique que la seconde-, mais bel et bien tout type de promesse unilatérale, à savoir toute promesse unilatérale destinée à préparer la conclusion d'un contrat à venir, contrat de vente ou autre (contrat de bail, contrat d'entreprise...).

Quant à sa teneur, la définition retenue de la promesse unilatérale diffère de celles proposées au sein des travaux doctrinaux ayant inspiré la réforme en ce qui concerne la détermination de son contenu -pour reprendre les termes de la réforme (C. civ., art. 1162 N° Lexbase : L0884KZR et s.)-. Dans le projet "Catala", la promesse unilatérale était effectivement définie comme "*la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire*" (article 1106). Dans le projet "Terré" (cf. 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), elle était définie comme "*le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre, bénéficiaire, à conclure dans un délai convenu et raisonnable, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut*". Les deux projets définissaient ainsi la promesse unilatérale à raison de l'objet de l'obligation du promettant, là où l'article 1124, quant à lui, inverse la perspective en se référant au "*droit d'opter pour la conclusion d'un contrat*" qui est conféré au bénéficiaire, sans véritablement évoquer à l'inverse l'engagement du promettant.

Cela étant dit, si la définition de la promesse unilatérale à raison de son contenu était symbolisée par une médaille, l'engagement du promettant et le droit d'option du bénéficiaire en constitueraient respectivement les deux faces. En conséquence, définir la promesse en référence à l'une ou l'autre importe assez peu : dès lors que l'une est correctement décrite, l'autre est implicitement visée. C'est ainsi que, dans la réforme, il a été choisi d'éclairer le droit du bénéficiaire de pouvoir choisir (à lui seul) de conclure ou non le contrat préparé par la promesse, ce qui laisse naturellement entrevoir que le promettant s'est lui-même d'ores et déjà engagé à conclure un tel contrat, pour le cas où le bénéficiaire souhaiterait contracter (4). En l'absence d'un tel engagement du promettant, en effet, comment le bénéficiaire pourrait-il décider seul de la conclusion d'un contrat ? De ce point de vue, la définition portée par l'article 1124 ne peut donc véritablement décevoir, d'autant qu'en vérité, on y retrouve tout de même la trace de l'engagement du promettant. En effet, au sujet de la formation du contrat préparé, il est précisé qu'il "*ne manque que le consentement du bénéficiaire*". Or, cette formule fait bruyamment sous-entendre que, corrélativement, le consentement du promettant ne manque pas, ce qui peut s'interpréter de deux manières. A *minima*, on peut estimer que ce consentement ne manquera pas le jour où le bénéficiaire choisira de conclure le contrat, le promettant s'engageant ainsi à le donner à l'avenir. A *maxima*, on peut considérer que ce consentement ne manque pas au jour de la conclusion de la promesse, c'est-à-dire qu'il est d'ores et déjà donné, le promettant s'engageant ainsi à le maintenir jusqu'à l'éventuelle conclusion du contrat. Cette seconde interprétation, plutôt classique, peut d'ailleurs être préférée dans la mesure où l'engagement pris aujourd'hui de contracter demain implique nécessairement que l'on y consente déjà aujourd'hui, sauf à retirer tout sens à la notion d'engagement dans ce contexte (5). En somme, la définition ici étudiée parvient à subtilement décrire tous les aspects de la promesse unilatérale, de manière plus ou moins explicite : en donnant son consentement au contrat projeté au jour de la promesse unilatérale, le promettant accorde une option au bénéficiaire, celle de conclure ou non ledit contrat.

Par ailleurs, en ce qui concerne le contrat préparé, le texte précise que les "*éléments essentiels [en] sont déterminés*", dans les stipulations de la promesse faut-il comprendre. Cela va sûrement sans le dire, mais cela va encore mieux en le disant ! Une telle exigence est effectivement consubstantielle au mécanisme de la promesse unilatérale. Elle est la condition *sine qua non* de l'engagement du promettant et, corrélativement, du droit d'option du bénéficiaire. Autrement dit, pour que le contrat projeté soit conclu du seul fait de la levée de l'option, toute sa matière a dû être négociée et cristallisée au préalable dans le cadre de la promesse. Là réside d'ailleurs la différence entre la promesse unilatérale et le pacte de préférence qui ne fait qu'accorder une priorité à son bénéficiaire en vue, précisément, de négocier certains des éléments essentiels du contrat projeté (6). D'où la différence de régime entre ces deux avant-contrats en ce qui concerne leurs conditions de validité. Dans l'hypothèse de la préparation d'un contrat

de vente, par exemple, la validité de la promesse unilatérale sera subordonnée à la détermination de la chose et du prix, alors que celle du pacte de préférence sera subordonnée à la détermination de la chose (en tant qu'objet du pacte), mais non du prix (cela relèvera de la négociation de la vente si le promettant entend vendre la chose).

Enfin, il est à remarquer que l'avant-projet de 2015 mentionnait que le bénéficiaire disposait de son droit d'opter "*pendant un certain temps*". Cette précision a depuis disparu, comme le préconisaient d'aucuns en doctrine, faisant remarquer qu'il s'agissait là d'une formule approximative qui paraissait, au mieux, inutile et, au pire, susceptible de "*provoquer une nouvelle jurisprudence sur la levée d'option tardive, celle qui aurait lieu au-delà d'un certain temps*" (7).

Quant à son style, la définition étudiée ne suscite qu'une brève remarque. Dans l'avant-projet de 2015, il était inscrit que le promettant "consent" au bénéficiaire un droit d'option, alors que l'article 1124 dispose désormais qu'il le lui "accorde". Cette substitution est sûrement justifiée : le verbe consentir semble davantage ressortir au champ lexical du contrat (auquel on consent en extériorisant son consentement) et moins à celui des droits qui en découlent, lesquels sont davantage accordés, conférés...

Régime de la promesse unilatérale. L'article 1124 ne fait que fixer deux règles en matière de promesse unilatérale, lesquelles sont toutes deux relativement favorables au bénéficiaire. La première concerne la "*révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter*" (alinéa 2) et la seconde, "*le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale*" (alinéa 3). A l'instar de l'article 1123 (N° Lexbase : L0827KZN) en ce qui concerne le pacte de préférence, l'article 1124 laisse en principe intacts tous les autres aspects du régime propre à la promesse unilatérale comme il en est ainsi, notamment, des questions liées à la validité, à la durée, à la cession, à la transmission de la promesse unilatérale ou encore à la stipulation d'une indemnité d'immobilisation en cas de promesse unilatérale de vente...

En ce qui concerne la "révocation de la promesse", l'article 1124 pose une règle nouvelle : celle-ci "*n'empêche pas la formation du contrat promis*". Bien que le législateur définisse la promesse sans jamais faire référence à ce qui est promis, le "contrat promis" correspond bien évidemment au contrat préparé. De plus, l'expression "révocation de la promesse" peut être sûrement tenue pour équivalente à celle de rétractation du promettant, l'essentiel dans les deux cas résidant dans le fait que le promettant retire son consentement au contrat projeté. Au-delà de ces pures remarques de forme, une telle disposition légale appelle surtout, au fond, différents commentaires.

En cas de révocation de la promesse avant la levée de l'option (mais durant le délai d'option), la Cour de cassation décide depuis 1993 que le bénéficiaire n'a droit qu'à des dommages intérêts, l'exécution forcée en nature de la promesse -c'est-à-dire la réalisation forcée du contrat projeté (8)— étant exclue. Telle est donc la solution que le législateur entend aujourd'hui mettre au rebut en posant tout simplement la règle contraire, comme la très grande majorité de la pratique et de la doctrine le réclamait. Désormais, la rétractation du promettant n'empêche donc plus la formation du contrat. En conséquence, les bénéficiaires de promesses unilatérales se réjouiront de l'adoption de cet article 1124 dans la mesure où ils seront désormais mieux armés face aux possibles changements d'avis des promettants.

Attendue en pratique, cette nouvelle règle est également satisfaisante d'un point de vue théorique (9). On peut effectivement en fournir deux justifications tirées toutes deux de la force obligatoire des contrats qui, notamment, empêche de révoquer unilatéralement les engagements contractés. D'un premier point de vue, la rétractation du promettant peut être vue comme l'inexécution par le promettant de son obligation de maintien de son consentement au contrat projeté. Or, si traditionnellement une telle obligation de faire se résolvait en principe en dommages intérêts (C. civ., anc. art. 1142 N° Lexbase : L1242ABM), la réforme inverse la donne en permettant par principe l'exécution forcée en nature des obligations, y compris celle des obligations de faire. Traduction particulière de cette innovation, l'article 1124 sanctionne désormais la révocation fautive de la promesse unilatérale en obligeant le promettant à maintenir son consentement jusqu'à l'éventuelle levée de l'option par le bénéficiaire. De sorte que la révocation (fautive) de la promesse n'empêche plus la rencontre des consentements réciproques et, partant, la formation du contrat projeté. D'un second point de vue, on peut aussi mettre l'accent, cette fois, sur l'inefficacité de la rétraction du promettant en raison de la force obligatoire de la promesse unilatérale. Puisque le promettant ne peut révoquer unilatéralement ce à quoi il s'est engagé contractuellement, sa tentative de rétractation demeure inopposable au bénéficiaire qui peut donc en faire fi et lever l'option par la suite si bon lui semble, ce qui lui permettra de conclure le contrat projeté. De sorte que la révocation de la promesse, nécessairement inefficace, n'empêche pas la formation du contrat projeté. Quel que soit le point de vue, la règle nouvellement posée ne manque donc pas de fondement théorique.

L'article 1124 pourrait même contribuer à sécuriser la situation des bénéficiaires de promesses conclues avant la réforme. En réaction à la jurisprudence de 1993 et à l'application stricte de l'article 1142 du Code civil qui la soutenait, des clauses d'exécution forcée ont été généralement insérées dans les promesses unilatérales (de vente en matière

immobilière le plus souvent) (10). Leur validité a d'ailleurs été affirmée dans un arrêt de 2008 (11). Cependant, on s'est mis à douter par la suite de leur validité en raison d'un arrêt de 2011 (12) qui a certes réaffirmé au fond la solution jurisprudentielle de 1993, mais au visa (seulement) des articles 1101 (N° Lexbase : L1190ABP) et 1134 (N° Lexbase : L1234ABC) du Code civil, c'est-à-dire sans plus aucunement se référer, même implicitement, à l'article 1142 du même code. Or, si la question de la validité de ces clauses était à nouveau posée, il est probable que les juges ne pourraient pas faire totalement abstraction de l'article 1124. De sorte que la seule existence de l'alinéa 2 de ce texte militerait sûrement, dans ce contexte, en faveur de la réaffirmation de la validité des clauses d'exécution forcée contenues dans les promesses conclues avant la réforme.

Reste néanmoins à voir si la rigueur de cette nouvelle règle ne suscitera pas en retour certaines réactions moins réjouissantes du point de vue des bénéficiaires. Par exemple, des promettants pourraient être tentés d'insérer dans les stipulations de leur promesse une clause excluant, cette fois, toute exécution forcée en nature en cas de révocation de la promesse (13), à condition toutefois que d'une part, le statut de règle d'ordre public soit refusé à l'alinéa 2 de l'article 1124 et que d'autre part, dans l'affirmative, la jurisprudence l'accepte, étant rappelé que cette dernière a longtemps été favorable à la seule allocation de dommages intérêts en pareilles circonstances... Ou bien, reste également à voir si, de manière plus spectaculaire, cette nouvelle règle ne va pas tout simplement apparaître dans les faits comme trop contraignante aux yeux des promettants, si bien qu'ils pourraient finalement s'en détourner pour lui préférer le pacte de préférence, lequel est par définition moins contraignant. Et la rigueur de la nouvelle règle posée contredirait finalement les intérêts de ceux que l'on a voulu protéger...

En ce qui concerne la violation de la promesse unilatérale, l'article 1124 fixe une règle claire : "*le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul*".

Le législateur reprend une solution jurisprudentielle bien acquise : le contrat conclu avec le tiers de mauvaise foi doit être anéanti en raison de la violation délibérée des droits du bénéficiaire dont il procède. La mauvaise foi du tiers tient donc seulement à la connaissance de l'existence de la promesse unilatérale par ce dernier au moment où il conclut avec le promettant. La nullité du contrat conclu en violation de la promesse n'est effectivement pas subordonnée à la connaissance par le tiers (également) de l'intention du bénéficiaire de lever l'option. Pourtant, cette condition supplémentaire aurait pu être ici exigée, comme elle l'est en matière de pacte de préférence : le bénéficiaire du pacte peut demander la nullité ou la substitution à condition que le tiers ait eu connaissance de l'existence du pacte et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir (C. civ., art. 1123 N° Lexbase : L0827KZN) (14). De ce point de vue, le bénéficiaire de la promesse unilatérale est donc mieux traité que celui du pacte de préférence. Ce choix manifestement délibéré du législateur est d'ailleurs compréhensible dans la mesure où la promesse unilatérale engage davantage que le pacte de préférence, c'est-à-dire qu'elle cadenasse davantage les rapports entre le promettant et le bénéficiaire à la veille de l'éventuelle conclusion du contrat préparé.

La nature de la sanction mise en œuvre ne fait pas de doute : il s'agit de la nullité du contrat, et non de son inopposabilité au bénéficiaire comme pouvait parfois le retenir la jurisprudence ; cette clarification est bienvenue. A ce sujet, on remarquera néanmoins, avec d'autres en doctrine (15), qu'il eut été sûrement préférable d'énoncer que "*le bénéficiaire peut agir en nullité*". Non seulement, il aurait été ainsi précisé que le bénéficiaire reste libre d'agir ou non en nullité, parce qu'il n'a peut-être jamais eu l'intention de lever l'option si bien qu'il n'a pas de raison d'empêcher la conclusion du contrat avec le tiers, même de mauvaise foi. Mais encore, il aurait été ainsi mentionné qu'il s'agit là d'une action attitrée que seul le bénéficiaire peut mettre en œuvre en tant que seule personne protégée dans ce contexte, le promettant comme le tiers ne devant effectivement pas être mis en mesure de profiter d'une cause de nullité dont ils sont à l'origine pour échapper à leur engagement.

Lu *a contrario*, l'alinéa 3 de l'article 1124 signifie en revanche que le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers de bonne foi est quant à lui valable. Concrètement, si le tiers ignore l'existence de la promesse au moment où il conclut, le contrat ne sera pas anéanti. Parce qu'il ne peut que se fier aux apparences, le tiers de bonne foi mérite donc protection lorsque rien ne lui laisse entendre qu'une autre personne bénéficie déjà d'une sorte de droit acquis à la conclusion du contrat (16). Autrement dit, il est juste que les droits du tiers, cette fois, priment ceux du bénéficiaire de la promesse. En pareille situation, l'articulation des alinéas 2 et 3 de l'article 1124 peut néanmoins sembler délicate (17). La conclusion du contrat avec un tiers à la promesse unilatérale vaut implicitement révocation de cette promesse par le promettant. Or, la révocation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat promis (alinéa 2). Pourtant, le contrat conclu avec le tiers sera maintenu du fait de la bonne foi de celui-ci (alinéa 3), si bien que le contrat promis ne sera jamais conclu... Cela dit, la difficulté ici redoutée n'est qu'apparente. La règle posée à l'alinéa 2 vise exclusivement le cas de la rétractation pure et simple du promettant ; la preuve en est que l'exécution forcée en nature de la promesse qu'elle impose ne peut se concevoir que dans le cadre exclusif des rapports entre le promettant et le bénéficiaire. Partant, cette règle s'efface dès lors qu'un tiers fait irruption dans les rapports entre les parties à la promesse : quoique le promettant révoque implicitement la promesse en concluant avec le tiers, c'est surtout le sort du contrat ainsi conclu en violation de la promesse qui

doit être réglé. L'alinéa 3 traite alors de cette question, sans que l'alinéa 2 ait la moindre vocation à s'appliquer également. Au fond, l'un et l'autre de ces alinéas visent des situations de fait différentes, si bien que les règles qu'ils contiennent ne se concurrencent pas.

Par ailleurs, on peut regretter que le texte ne prévoie pas expressément la possibilité, pour le bénéficiaire, de demander des dommages intérêts (au promettant et au tiers) en sus de la nullité du contrat comme le proposait le projet "Terré" (article 29) (18). Cela dit, si l'article 1124 envisage seulement la nullité du contrat, l'article 1217 du Code civil (N° Lexbase : L0931KZI) relatif à l'inexécution du contrat en général dispose, quant à lui, que "*les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter*". Dès lors, la nullité du contrat conclu en violation de la promesse avec un tiers de mauvaise foi, qui ne trouve pas de sanction concurrente aux termes de l'article 1124, peut toujours s'accompagner de dommages intérêts pour le bénéficiaire. Dans le prolongement, on peut également regretter que le texte ne prévoie pas expressément la possibilité, pour le bénéficiaire, de demander aussi des dommages-intérêts dans le cas où le contrat a été conclu avec un tiers de bonne foi. Dans ce cas de figure, en effet, le bénéficiaire est forcé de renoncer au contrat du fait de la violation de la promesse et du maintien du contrat conclu avec le tiers, si bien qu'il peut sans conteste demander réparation de ce préjudice au promettant sur le fondement de la responsabilité contractuelle. De sorte que là encore, on peut estimer que l'article 1124 aurait gagné à être écrit autrement. Par exemple, en écho à l'alinéa 2 de l'article 1123, son alinéa 2 aurait pu être rédigé comme suit : "*lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation de la promesse unilatérale, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi ; lorsque le tiers connaissait l'existence de la promesse, le bénéficiaire peut également agir en nullité*".

(1) Il en est de même du pacte de préférence. Sur cette question, v. notre commentaire, *Le pacte de préférence*, Lexbase, éd. priv., n° 646, 2016 (N° Lexbase : N1651BW3).

(2) Sur cette question, v. notamment N. Molfessis, *La formation du contrat*, JCP éd. G., supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 6 et s. ; M. Fabre -Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats*, D., 2015, p. 826 ; B. Fages, *La promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, in Réforme du droit des contrats, Le débat*, Dr. et patr., n° 240, octobre 2014, p. 42 et s. ; D. Mainguy, *Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes, in Réforme du droit des contrats, Le débat*, préc., p. 44 et s. ; B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal., 29 avril 2015, n° 119-120, p. 8 et s. ; S. Ringler, *La promesse unilatérale*, Blog Dalloz obligations 2015.

(3) Reste bien entendu que la promesse synallagmatique, en tant que contrat, entre dans le champ de la réforme et que son régime, comme celui de tout contrat, peut donc s'en trouver affecté. Par exemple, l'article 1304-6 du Code civil (N° Lexbase : L0655KZB) relatif à l'obligation conditionnelle dispose que "*l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive*", ce qui est peut-être de nature à changer quelque peu les règles connues jusqu'alors dans la situation où la promesse synallagmatique est tenue pour une vente sous condition suspensive...

(4) A l'inverse, dans le projet "Terré" par exemple, le parti pris était celui de se concentrer sur l'engagement du promettant de conclure le contrat, ce qui sous entend que le bénéficiaire sera libre de donner ou non son consentement au dit contrat...

(5) *Contra*, v. M. Fabre -Magnan, art. préc..

(6) L'objet sur lequel porte le pacte et donc le contrat projeté doit bien être déterminé dès le départ.

(7) N. Molfessis, art. préc., spéc. n° 17.

(8) Cass. civ. 3, 15 décembre 1993, n° 91-10.199 (N° Lexbase : A4251AGK).

(9) *Contra*, v. M. Fabre-Magnan, art. préc. ; D. Mainguy, art. préc..

(10) De telles clauses n'auront plus à être insérées dans les promesses unilatérales conclues après la réforme.

(11) Cass. civ. 3, 27 mars 2008, n° 07-11.721, FS-D (N° Lexbase : A6102D77).

(12) Cass. civ. 3, 11 mai 2011, n° 10-12.875, FS-P+B (N° Lexbase : A1164HRK).

(13) D. Mainguy, art. préc..

(14) Sur cette question, v. commentaires sous article 1123.

(15) B. Haftel, art. préc., spéc. n° 33.

(16) On peut d'ailleurs penser que le promettant est tenu, sur le fondement de l'article 1112-1 (N° Lexbase : L0598KZ8), d'informer le tiers du fait qu'il est déjà lié par une promesse unilatérale dans la mesure où il s'agit sûrement là d'une information déterminante pour le consentement du tiers. De sorte qu'en cas de manquement à cette obligation d'information et de maintien du contrat conclu avec le tiers de bonne foi, le bénéficiaire pourrait probablement demander des dommages intérêts au promettant au motif que ce dernier l'a privé d'une chance de conclure le contrat projeté (l'information du tiers l'aurait peut-être dissuadé ou aurait à tout le moins facilité la preuve de sa mauvaise foi).

(17) D. Mainguy, art. préc..

(18) N. Molfessis, art. préc., spéc. n° 17.

Revue

04

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé...

12436423

N° Lexbase : N1670BWR



par Adeline Gouttenoire, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directrice de l'Institut des Mineurs de Bordeaux et Directrice du CERFAP

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Les auteurs de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ont estimé, à juste titre, qu'il était opportun de traiter de la capacité contractuelle dans les articles du Code civil consacrés au droit des obligations, et pas seulement dans la partie relative aux incapacités (1). En regroupant dans une partie du Code civil les différentes dispositions relatives aux actes juridiques effectués par une personne mineure ou majeure protégée, et en les précisant parfois, l'ordonnance simplifie et clarifie, de manière particulièrement bienvenue, le régime de ces actes qui faisaient l'objet, au moins pour partie, de textes anciens et peu lisibles. L'ordonnance organise ainsi le régime des actes effectués par un incapable qu'il soit mineur ou majeur protégé en dessinant clairement les contours de la capacité usuelle de la personne incapable (I) et en précisant le régime des actes qu'elle effectue dans ce cadre (II).

I — Les contours de la capacité usuelle de la personne incapable

Clarification. C'est essentiellement la capacité usuelle du mineur qui est au cœur de la réforme, puisque c'est celle qui pose en droit positif le plus de difficultés. Toutefois, le principe même de la reconnaissance d'une capacité

usuelle est intégré par l'ordonnance dans la partie du Code civil relative aux obligations pour toutes les personnes incapables. Les mineurs et les majeurs protégés sont, désormais, clairement soumis au même régime de capacité usuelle. Si tel était le cas dans le droit antérieur, c'était en effet de manière moins évidente et certains points restaient confus.

Droit positif. Avant 2015, quatre textes étaient applicables aux actes juridiques passés par le mineur seul, dont l'articulation n'était pas sans susciter certaines difficultés d'interprétation. Les articles 389-3 (N° Lexbase : L8356HWE) (pour l'administration légale) et 408 (N° Lexbase : L1694KMP) (pour la tutelle) du Code civil, consacraient le principe de la représentation du mineur pour tous les actes de la vie civile, à l'exception de ceux que la loi ou l'usage l'autorise à faire seul. Les articles 1305 (N° Lexbase : L1416AB3) et 1311 (N° Lexbase : L1422ABB) du même code, dont l'origine est beaucoup plus ancienne, déterminaient quant à eux les deux sanctions susceptibles de concerner les actes du mineur à savoir la rescision pour lésion et la nullité en la forme. De ces différents textes, on pouvait déduire que les actes du mineur étaient soumis à deux régimes distincts : la nullité de plein droit, qui correspond à l'expression "*nul en la forme*" de l'article 1311, et la rescision pour lésion visée par l'article 1305. Cette dualité de régime consacrée par la Cour de cassation, dès le XIX^{ème} siècle, par deux arrêts de 1844 et de 1861 (2), n'avait pas été remise en cause par la loi du 14 décembre 1964. C'est le critère de répartition entre les actes soumis à une nullité de droit ou de pure forme et ceux qui n'étaient soumis qu'à la rescision pour lésion qui suscitait la discussion. Le critère traditionnel des pouvoirs reconnus au représentant de l'incapable adopté par la doctrine classique à partir de l'ancien adage *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* (3) paraissait, en effet, avoir été remis en cause par l'introduction en 1964, dans le Code civil, de la notion d'actes autorisés par l'usage qui a été adoptée par la jurisprudence (4) comme nouveau critère de répartition, même si le critère ancien était en encore souvent utilisé par la plupart des auteurs. En réalité, le régime des actes usuels accomplis par le mineur n'était pas vraiment clair, surtout en doctrine.

Consécration de la capacité usuelle. Les nouveaux articles 1146 (N° Lexbase : L0867KZ7) et 1148 (N° Lexbase : L0865KZ3) du Code civil établissent, clairement, d'une part le principe d'incapacité du mineur non émancipé et du majeur protégé au sens de l'article 425 du Code civil (N° Lexbase : L8407HWB), et d'autre part l'exception de la capacité de ces mêmes personnes à effectuer des actes courants autorisés par la loi et l'usage. Il s'agit là d'une reprise de la règle de l'article 389-3, transposée par l'ordonnance du 15 octobre 2015 (ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille N° Lexbase : L0901KMC) dans le nouvel article 388-1-1 du Code civil (N° Lexbase : L1461KM3), selon laquelle l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes, et de l'article 473 (N° Lexbase : L8459HW9) qui pose la même règle pour les majeurs sous tutelle. Toutefois, l'article 1148, d'une part, et les articles 388-1-1 et 473, d'autre part, ne sont pas redondants dans la mesure où le premier énonce l'étendue de l'incapacité de la personne protégée tandis que le second définit le domaine de la représentation par l'administrateur légal ou le tuteur, remède à l'incapacité. On regrettera, cependant, la différence de formulation entre les anciens et le nouveau texte : les articles 388-1-1 et 473 visent, en effet, les actes autorisés par la loi ou l'usage tandis que le nouvel article 1148 vise les actes *courants* autorisés par la loi ou l'usage. On peut, cependant, penser que la jurisprudence antérieure, relative aux actes de la vie courante accomplis par le mineur (5) ou par le majeur protégé (6), devrait être applicable aux nouveaux textes.

L'article 1148 précise, en outre, *in fine*, de manière inédite, que les actes autorisés par la loi et l'usage doivent être "*conclus à des conditions normales*", ce qui s'opposerait, sans doute, à des conditions extraordinaires... Une interprétation jurisprudentielle de cette formule quelque peu triviale sera toutefois nécessaire, en ce qu'elle "*implique un jugement de valeur qui est tout sauf naturel*..." (7).

Modernisation du régime des actes accomplis par le mineur. Les articles 1305 (N° Lexbase : L0959KZK) et 1311 (N° Lexbase : L0969KZW) du Code civil ne contiennent plus les règles applicables au régime des actes accomplis par le mineur, qui sont reprises mais de manière plus claire et plus moderne par les nouveaux textes. En énonçant dans l'article 1147 (N° Lexbase : L0866KZ4) que l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative, et dans l'article 1149 (N° Lexbase : L0864KZZ) que les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion, les nouveaux textes adoptent clairement la classification moderne qui avait été proposée antérieurement. Cette consécration de la jurisprudence postérieure à 1964, fondée sur les textes, est au demeurant totalement logique. Cette affirmation claire et nette de la dichotomie des actes effectués par le mineur a le mérite de s'imposer à tous et de faire définitivement disparaître les références au système ancien, fondé sur l'étendue des pouvoirs du représentant légal, qui avaient fait leur temps !

II — Le régime des actes accomplis par la personne incapable

Les actes accomplis par les mineurs et les majeurs protégés sont clairement soumis à un régime commun, désormais entièrement contenu dans la partie du Code civil relative aux obligations, dans une section ayant pour objet

la capacité.

Nullité des actes accomplis en violation de l'incapacité. Le nouvel article 1147 reprend le principe admis antérieurement selon lequel "*l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative*". La nullité résulte, ici, du seul constat que l'acte a été accompli sans être autorisé dans les conditions prévues par les articles 1148 et suivants.

Application de la lésion aux actes courants effectués par le mineur. En énonçant que les actes courants accomplis par le mineur peuvent faire l'objet d'une annulation pour lésion, le nouvel article 1149 met, heureusement, fin au débat doctrinal alimenté par les auteurs qui prétendaient antérieurement que les actes usuels accomplis par le mineur ne pouvaient être remis en cause lorsqu'ils étaient lésionnaires (8). Ce régime est particulièrement protecteur des intérêts du mineur puisqu'il respecte son autonomie lorsqu'il s'avère que l'acte est opportun mais permet la remise en cause de celui-ci lorsqu'il porte atteinte à ses intérêts. Le mineur bénéficie, en réalité, d'une capacité de contracter, ses actes n'encourant l'annulation que lorsqu'ils traduisent son inaptitude à prendre une décision conforme à ses intérêts. Le texte apporte, cependant, quelques précisions quant au régime de la lésion des actes usuels effectués par le mineur.

Imprévision. L'article 1149 précise tout d'abord, en reprenant l'article 1306 (N° Lexbase : L1417AB4), que "*la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible*". L'idée est de ne permettre la remise en cause d'un acte lésionnaire accompli par un mineur que dans la seule mesure où l'acte était contraire aux intérêts de ce dernier dès le départ. L'objectif est de protéger les mineurs de cocontractants peu scrupuleux profitant de leur naïveté. Dès lors que se sont des événements ou circonstances postérieurs à l'acte qui ont provoqué la lésion, le cocontractant n'a pas à être sanctionné.

Déclaration de majorité. L'article 1149 reprend l'article 1307 (N° Lexbase : L1418AB7) en le reformulant de manière plus contemporaine et précise que "*la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation*". Cette règle, quoique contenue dans le texte relatif à la lésion des actes usuels, doit également s'appliquer aux actes annulables pour cause d'incapacité en vertu de l'article 1147. Elle impose aux tiers de procéder aux vérifications nécessaires quant à l'âge de leur cocontractant sans se fier aux seules déclarations de ce dernier.

Actes professionnels. Par ailleurs, reprenant, là aussi, une règle énoncée dans l'ancien article 1308 (N° Lexbase : L1419AB8) mais selon une formule plus claire et plus actuelle, l'article 1149 affirme que "*le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession*", laissant ainsi entendre que les actes accomplis par le mineur dans le cadre de son activité professionnelle ne peuvent être annulés ni pour cause d'incapacité ni pour cause de lésion. La capacité, quoique limitée, reconnue au mineur dans ce domaine est une capacité de droit commun. On remarquera que l'ancien article 1309 du Code civil (N° Lexbase : L1420AB9) qui prévoyait la même règle pour les conventions contenues dans le contrat de mariage du mineur n'a pas été repris, sans doute en raison du fait que depuis 2006 un mineur ne peut, en principe, se marier (9). Il en va de même pour l'ancien article 1310 (N° Lexbase : L1421ABA) qui affirmait que le mineur n'était point "*restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit*", en raison de la jurisprudence constante selon laquelle l'enfant toujours responsable en matière délictuelle (10). N'est pas non plus reprise dans le nouveau texte, l'affirmation de l'ancien article 1314 (N° Lexbase : L1425ABE) selon laquelle "*lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des majeurs en tutelle, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant la tutelle des majeurs*" qui constituait une exception à la nullité pour incapacité peu compréhensible.

Majeurs protégés. La possibilité d'annuler pour lésion les actes usuels des majeurs protégés était déjà formellement admise dans les articles 435 (N° Lexbase : L8418HWP) en matière de sauvegarde de justice et 465 (N° Lexbase : L8451HWW) en matière de curatelle et de tutelle. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a ajouté la même possibilité dans le cadre de la nouvelle habilitation familiale à l'article 494-9 du Code civil (N° Lexbase : L1043KZN). L'article 1150 du Code civil (N° Lexbase : L0863KZY), en renvoyant à ces différents textes, ne fait donc que reprendre la soumission des actes courants du majeur protégé au régime de la lésion.

Obstacles à la nullité. L'article 1151 du Code civil (N° Lexbase : L0862KZX) selon lequel "*le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci*", constitue sans nul doute un recul du caractère relatif de la nullité pour incapacité. Désormais, en effet, l'acte effectué par l'incapable pourra être maintenu dès lors qu'il a été profitable à celui-ci. Le représentant de l'incapable ne pourra donc plus faire annuler l'acte pour la seule raison qu'il ne souhaitait pas qu'il ait lieu..., ce qui renforce l'autonomie de la personne protégée. Cette disposition aboutit à exclure la nullité en raison de la seule incapacité et rapproche finalement le régime de cette dernière de la lésion, à la différence prêt qu'il reviendra au cocontractant d'établir le caractère bénéfique de l'acte pour la personne protégée et non l'inverse. Toutefois, les débats pour déterminer dans quelle mesure tel acte a un intérêt pour le mineur ou le majeur protégé risquent de ne pas être simples !

La formule contenue dans l'alinéa 2 de l'article 1151 du Code civil selon laquelle, le contractant "*peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable*" ne fait qu'énoncer une conséquence du caractère relatif de la nullité énoncé plus haut à l'article 1147. Toutefois, le rappel de la possibilité pour le mineur devenu majeur ou le majeur protégé qui n'est plus soumis à un régime de protection de confirmer l'acte accompli pendant sa période d'incapacité vient renforcer l'idée selon laquelle l'incapacité ne saurait être utilisée simplement pour remettre en cause un acte dont on ne veut plus.

Prescription. Le nouvel article 1152 du Code civil (N° Lexbase : L1253ABZ) précise le point de départ de la prescription de l'action en nullité, des actes effectués par la personne protégée, qui est de cinq ans, en distinguant selon que l'auteur de l'acte est un mineur ou un majeur protégé. En effet, pour le premier, le point de départ de l'action en prescription est objectivement fixé au jour de la majorité ou de l'émancipation du mineur. En revanche pour le majeur protégé, ce point de départ est fixé au jour où il a eu connaissance de l'acte alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Autrement dit, pour que la prescription court il faut non seulement que le majeur ne soit plus sous tutelle ou habilitation familiale, mais encore qu'il soit établi qu'il ait eu connaissance de l'acte. La différence peut s'expliquer par le fait que le majeur protégé qui a accompli un acte peut l'avoir fait sous l'emprise d'un trouble mental et ne plus s'en souvenir, ce qui est moins probable pour le mineur. Le fait que la prescription ne coure qu'à partir de l'accès ou le retour de la personne à la pleine capacité, n'empêche évidemment pas son représentant d'agir en nullité de l'acte pendant la période d'incapacité. L'article 1151 prévoit également l'hypothèse particulière de l'annulation de l'acte après le décès d'une personne majeure protégée toujours soumise à un régime de protection et précise que la prescription court "*à l'égard des héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle ou de la personne faisant l'objet d'une habilitation familiale, du jour du décès si elle n'a commencé à courir auparavant*".

Restitution. C'est le nouvel article 1352-4 du Code civil (N° Lexbase : L0738KZD) qui traite des conséquences de la nullité et particulièrement de la restitution due par la personne protégée. Il précise que "*les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé*". Ce faisant, le texte reprend l'ancien article 1312 (N° Lexbase : L1423ABC) en la formulant de manière plus simple et en envisageant clairement une restitution partielle. L'idée reste la même d'une restitution limitée à ce qui a profité à la personne protégée, dans le but de dissuader son contractant d'abuser de sa vulnérabilité. Ce dernier, en cas d'annulation de l'acte pour incapacité ou pour lésion risque en effet de devoir restituer ce qu'il a perçu sans pouvoir recevoir ce qu'il a versé, du moins pas en totalité.

Conclusion. Même s'ils reprennent pour l'essentiel des règles antérieures, les textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 relatifs à la capacité usuelle des personnes mineures ou majeures protégées, renforcent l'articulation entre protection et autonomie de ces dernières. Ils permettent en effet de manière plus claire de leur offrir la possibilité, dans le cadre de la vie courante, d'agir eux-mêmes, tout en évitant qu'ils soient lésés par des tiers mal intentionnés ou peu vigilants. En évitant une remise en cause trop aisée de ces actes courants, les nouveaux textes permettent en outre aux tiers de pouvoir avoir une confiance plus marquée en leur contractant mineur ou majeur protégé.

(1) N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, Dalloz, 2015, p. 45.

(2) Cass. civ., 18 juin 1844 et Cass. civ., 25 mars 1861, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12ème éd., 2007, n° 53-54, p. 286.

(3) Le mineur obtient restitution moins en sa qualité de mineur qu'en qualité de lésé ; H. Rolland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, n° 228.

(4) J. — Cl. Montanier et Ph. Conte, *Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé*, JCP éd. N, 1986, I, p. 401 ; notre article, *La capacité usuelle du mineur*, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, Lexisnexus-Dalloz, 2012, p. 163 ; l'arrêt "Pogam" du 9 mai 1972 (Cass. civ. 1, 9 mai 1972, n° 71-10.361 N° Lexbase : A7577CGQ, Bull.civ. I, n° 122, p. 110, Gaz. Pal., 1972, 2, 871) qui marque sans aucun doute un tournant dans l'analyse jurisprudentielle du régime des actes passés par le mineur seul. Dans cette décision, en effet, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme, à propos de l'achat d'une voiture d'occasion par un mineur, "*que s'il résulte des dispositions des articles 389-3 et 450 du Code civil que le mineur peut passer seul des actes de la vie courante, autorisés par la loi ou l'usage, il ne saurait en être ainsi des actes tels que l'achat d'une voiture automobile, qui entraîne des risques particuliers, et pour lesquels l'administrateur légal représente le mineur conformément à la loi*".

(5) Cf., *supra*, note 3.

(6) F. Marchadier, Rép. Dalloz, v° Majeurs protégés, 2014, n° 203 ; par ex., Cass. civ. 1, 19 octobre 2004, n° 02-15.035, FS-P (N° Lexbase : [A6401DDG](#)), AJ. Famille, 2005, 27, obs. Attuel-Mendès ; Dr. fam., 2005, n° 89, obs. Murat ; RJPF, 2005-2/12, note Pansier ; RTDCiv., 2005, 103, obs. Hauser qui a jugé que n'est pas un acte de la vie courante la souscription d'un contrat de financement par l'octroi d'une carte de crédit.

(7) N. Dissaux et C. Jamin, *op. cit.*, p. 47.

(8) Sur ce débat, notre art. préc. et réf. cit..

(9) Sauf dispense dans des circonstances exceptionnelles : C. civ., art. 145 (N° Lexbase : [L1570ABR](#)).

(10) Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2ème éd., 2014, n° 1304 s..

Revue

05

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales

12436454

N° Lexbase : N1650BWZ



par Sébastien Tournaux, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Parmi les innovations issues de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, figurent les dispositions des futurs articles 1153 (N° Lexbase : L0860KZU) à 1161 du Code civil (1), qui introduiront un droit commun de la représentation applicable tout aussi bien aux représentations légale, judiciaire que conventionnelle (2). L'article 1153, qui introduit ce dispositif, n'apporte aucune définition légale à la représentation mais dispose toutefois que "le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés".

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la théorie générale de la représentation était et restera induite des dispositions spéciales applicables au mandat, à l'exception de celles incompatibles avec les spécificités des représentations légale ou judiciaire (3). L'ordonnance ne mettra d'ailleurs pas véritablement fin à cette tradition puisque la majorité des règles qu'elle crée sont très directement hissées des dispositions légales et des solutions prétoriennes retenues en matière de mandat.

L'émergence de cette théorie générale légale posera nécessairement deux grandes catégories de questions.

La première tient à la compatibilité de ces règles provenant du domaine contractuel aux dispositifs de représentation légale et judiciaire. La place des dispositions dans le plan du code, au sein d'une section 2 consacrée à "*La validité du contrat*" ne doit pas tromper. La représentation, quelle qu'en soit la source, a toujours vocation à faire naître un acte juridique, dont l'ordonnance confirme par ailleurs qu'il répond globalement aux règles générales des contrats (4).

A la première lecture de l'ordonnance, on constate que quelques articles font expressément référence à ces représentations non contractuelles et l'on devine la volonté d'adapter la théorie générale lorsque cela est nécessaire (5). La précaution n'est toutefois pas systématique et certaines règles, relatives à la représentation imparfaite ou au dépassement du pouvoir par exemple, ne pourront pas toujours être utilisées hors du cadre des représentations conventionnelles. Comme cela a toujours été le cas, les règles incompatibles seront tout bonnement écartées.

La seconde relève de l'articulation entre ces nouvelles règles générales et les règles spéciales applicables au mandat, au moins en attendant une éventuelle réforme des dispositions du Code civil consacrées aux contrats spéciaux. La question se démultiplie d'ailleurs puisque des interrogations similaires devraient naître à propos des représentations d'origine légale (6) ou judiciaire (7). Pour les premières, la règle de conflit est clairement rappelée par l'ordonnance puisque le nouvel article 1105 (N° Lexbase : L0820KZE) reprend la substance de l'actuel article 1107 (N° Lexbase : L1196ABW) et l'application du principe *specialia generalibus derogant* (8). Le droit commun ayant été élaboré pour l'essentiel à partir des règles applicables au mandat, les situations de conflit devraient par ailleurs rester exceptionnelles. Pour les secondes, aucune règle de conflit n'a expressément été envisagée, ce qui ne devrait toutefois pas empêcher les règles spéciales de primer le régime général (9).

Au-delà de ces questions relatives au domaine du droit commun de la représentation, l'ordonnance comporte des dispositions relatives aux caractères de la représentation d'une part (I), à son régime juridique d'autre part (II).

I — Les caractères de la représentation

Tous les caractères de la représentation ne sont pas envisagés par l'ordonnance. Des questions telles que celle de la gratuité ou du caractère onéreux de la représentation, de sa durée ou de son caractère *intuitu personae* ont été délaissées et il faudra, dans ces domaines, se tourner vers les régimes spéciaux de représentation ou, à défaut, vers le droit commun des obligations.

Après avoir évoqué les différentes sources de la représentation, l'ordonnance encadre deux de ses caractères importants relatifs au contenant et au contenu de la représentation, c'est-à-dire à la nature et à l'étendue du pouvoir confié au représentant par le représenté.

A — La nature du pouvoir confié

Il est souvent enseigné que la représentation peut être diversement qualifiée en fonction de la nature du pouvoir confié au représentant. Que le représentant agisse au nom et pour le compte du représenté et la représentation est parfaite ; qu'il n'agisse que pour son compte, la représentation est alors présentée comme imparfaite (10). Purement doctrinale, cette distinction n'a jamais reçu de consécration légale ni prétorienne. Sans reprendre les termes exacts qui la composent, l'ordonnance du 10 février 2016 la consacre toutefois en son article 1153.

S'agissant de la représentation parfaite, le texte dispose que "*lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté*". Selon la formule consacrée, le représentant est "transparent", sa responsabilité du fait de l'inexécution du contrat conclu ne peut être engagée par le tiers contractant. La règle, jusqu'ici tirée de l'article 1997 du Code civil (N° Lexbase : L2220ABT) qui exclut toute garantie due par le mandataire, est autrement plus claire.

La formulation retenue par le Gouvernement reprend la proposition présentée par G. Wicker et N. Ferrier qui jugeaient le projet trop ambigu lorsqu'il disposait uniquement que le représenté "*est seul engagé*" (11). Ces termes étaient en effet trop vastes en ce qu'ils auraient pu permettre de faire peser sur le représenté une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle du fait des fautes commises par le représentant (12). Par ailleurs, le choix opéré ne fera pas obstacle à ce que le tiers engage simultanément la responsabilité délictuelle du représentant et la responsabilité contractuelle du représenté, si le premier a commis une faute alors que le second manque, par les instructions données au représentant, aux obligations dont il est débiteur au profit du tiers contractant (13).

Le représenté conserve-t-il la possibilité d'agir alors que le pouvoir d'accomplir l'acte a été confié à un représentant ? L'article 1159 de l'ordonnance apporte des réponses différentes selon que la représentation est légale ou judiciaire

d'un côté, conventionnelle de l'autre. En cas de représentation légale ou judiciaire, les pouvoirs du représenté sont suspendus pendant la durée de la représentation. La règle s'explique aisément en ce que la représentation est imposée au représenté. Les raisons de cette contrainte justifient à elles seules que le représenté soit dessaisi (14). La mission de protection assignée au représentant pourrait être mise en péril si l'on maintenait, dans le même temps, le pouvoir d'agir du représenté par lui-même. Le principe est purement inversé lorsque la représentation est conventionnelle : le représenté conserve l'exercice de ses droits. Quoique le texte ne le précise pas, il ne semble pas qu'il faille y voir une règle d'ordre public si bien que, par exception, la stipulation de clauses d'exclusivité devrait rester envisageable (15). Cela ne diffère d'ailleurs guère du droit actuellement applicable au mandat. En effet, si les parties peuvent conclure un mandat exclusif, le mandant ne perd jamais véritablement le droit d'agir lui-même pour gérer l'affaire qu'il avait confié, mais il demeurera tenu de la rémunération prévue au profit du mandataire et contraint de le défrayer (16).

S'agissant de la représentation imparfaite, le texte dispose que si le représentant "*déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant*".

Aucune place n'est logiquement faite à la convention de prête-nom par laquelle l'intermédiaire n'agit, aux yeux du tiers contractant, ni au nom, ni pour le compte du bénéficiaire de l'opération. Dans ce cas de figure en effet, le prête-nom ne "*déclare*" pas agir pour le compte d'autrui. La convention de prête-nom relève davantage de la technique de la simulation que de la représentation même si, en définitive, l'intermédiaire agit bel et bien pour le compte du représenté.

Curieusement toutefois, les effets produits par la représentation imparfaite telle qu'elle est définie par le texte s'apparentent davantage aux effets du prête-nom qu'à ceux du contrat de commission, archétype de la représentation imparfaite. Seul l'intermédiaire est tenu des obligations contractuelles nées de l'opération. Pourtant, pour profiter de l'opération conclue par le commissionnaire pour son compte, le commettant devra souvent révéler son identité *a posteriori* et devenir "*alors partie au lieu et place du commissionnaire*" (17). Les effets de la représentation auraient pu être ventilés selon que le commettant n'est pas encore substitué au commissionnaire ou qu'il décide de révéler son identité au tiers. Il reste toutefois possible de considérer que, dès lors que le commettant révèle son identité, la représentation devient parfaite et qu'il est alors "*seul engagé*".

La remarque porte davantage encore lorsque l'on envisage une autre forme de représentation conventionnelle imparfaite qu'est la déclaration de command. En effet, dans ce cas de figure, le command doit révéler son identité pour ne pas subir des droits de mutation doublés. Le transfert de propriété du bien que le commandé avait pour mission d'acquérir aura bien directement lieu entre le patrimoine du tiers et du command. La rédaction du texte est d'autant plus malheureuse qu'elle résulte d'un choix que le gouvernement aurait pu éviter. Le projet initial prévoyait que le représentant est "*personnellement engagé à l'égard du tiers contractant*", formulation qui laissait ouverte la possibilité d'y adjoindre l'engagement du représenté qui se révèle au tiers (19).

A côté de ces règles relatives à la nature du pouvoir confié coexistent des dispositions relatives à son étendue.

B — L'étendue du pouvoir confié

Le futur article 1155 du Code civil (N° Lexbase : L0858KZS) distingue deux types de représentation en fonction de l'importance du pouvoir confié au représentant. Le pouvoir peut être défini en "*termes généraux*" auquel cas il ne permet au représentant que de réaliser des "*actes conservatoires et d'administration*". Il peut être "*spécialement déterminé*" et le représentant ne pourra qu'accomplir "*les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire*".

On reconnaît ici les distinctions classiques, employées dans le cadre du mandat, entre mandat exprès et mandat conclu en termes généraux d'une part (20), entre mandat spécial et mandat général d'autre part (21). Ces catégories, parfois considérées comme complémentaires, sont donc fusionnées par l'ordonnance (22). Le texte apporte toutefois deux éléments nouveaux qui ne figurent pas dans les dispositions spéciales applicables au mandat.

D'abord, le mandat en termes généraux ne permet pas seulement l'accomplissement d'actes d'administration mais encore d'actes conservatoires. La loi intègre donc une solution retenue de longue date par la jurisprudence (23), qui ne semblait pas faire difficulté en matière contractuelle mais pouvait être plus sensible dans d'autres régimes de représentation (24).

Ensuite, la représentation spécialement déterminée, largement ouverte aux actes de disposition et aux actes d'administration, peut encore habiliter le représentant à réaliser les actes "*qui sont l'accessoire*" de ceux qui lui ont été spécialement confiés. Cet apport est trop vague et porteur d'incertitudes lorsqu'on le rapporte aux représentations conventionnelles et en particulier au mandat. Le mandat consiste à confier le pouvoir d'accomplir des actes juri-

diques, ce qui le distingue du contrat d'entreprise dont l'objet est l'accomplissement d'actes matériels. La précision semble superflue s'il ne s'agit que de permettre la réalisation d'actes matériels utiles ou nécessaires à la réalisation de la mission du représentant. Si, au contraire et de manière plus probable, le texte vise la réalisation d'actes juridiques accessoires, il embrasse alors trop large et n'autorise pas seulement les actes nécessaires à la réalisation de l'acte juridique principal mais encore ceux qui lui sont simplement utiles (25). Le risque de dépassement de pouvoir du représentant est patent et ne pourra être jugulé que par une interprétation stricte du caractère accessoire, que le juge devra limiter aux actes purement indispensables à l'accomplissement de l'acte principalement attendu du représenté (26).

Si l'ordonnance intègre donc quelques éléments tirés du droit du mandat s'agissant du pouvoir confié au représentant, elle comporte davantage de dispositions consacrées aux effets de la représentation.

II — Les effets de la représentation

Comme cela est le cas des éléments constitutifs du pouvoir de représentation, l'ordonnance ne revient pas, loin s'en faut, sur l'ensemble du régime de la représentation puisque des questions importantes comme celles tenant aux obligations respectives du représentant et du représenté ou de la responsabilité du représentant en cas d'échec de la mission ne sont pas envisagées par le texte.

Trois grands domaines du régime juridique de la représentation sont toutefois appréhendés : la question du dépassement de pouvoir du représentant, celle des conflits d'intérêts et, enfin, celle relative aux événements pouvant mettre fin à la représentation.

A — Dépassement du pouvoir confié au représentant

L'ordonnance du 10 février 2016 consacre deux articles aux situations de dépassement de pouvoir par le représentant (27). Ces dispositions sont nettement plus détaillées que celles que le Code civil consacre à cette hypothèse dans le cadre du mandat.

L'article 1156 issu de l'ordonnance (N° Lexbase : L0874KZE) est consacré au sort des actes accomplis par le représentant "*sans pouvoir*" ou "*au-delà de ses pouvoirs*". Les sanctions varient selon que l'absence de pouvoir est invoquée par le représenté ou par le tiers contractant.

Par principe, le texte prévoit que l'acte est inopposable au représenté (28). L'acte n'est donc pas frappé de nullité, ce qui surprend pour au moins deux raisons. D'abord parce que l'on peut penser que l'acte conclu est tout simplement dépourvu de l'une de ses conditions de validité : le consentement de son auteur fait défaut. Ensuite parce que l'inopposabilité ne détruit pas l'acte et que l'on comprend donc que le tiers pourra exiger du représentant qu'il assume les engagements pris au-delà du pouvoir. Cette solution est peu réaliste, en particulier lorsque l'acte conclu concerne un bien dont le prétendu représenté est le propriétaire et sur lequel le représentant n'a donc aucune prise (29). Le plus souvent, le tiers ne pourra obtenir l'exécution de l'engagement pris par le représentant et n'aura d'autre option que d'engager sa responsabilité, ce que le droit du mandat permettait déjà (30).

L'inopposabilité n'a finalement d'intérêt que dans deux cas de figure. Elle est logique lorsque le tiers a pertinemment su et voulu s'engager auprès d'un représentant dépourvu de pouvoir même si, dans ce cas de figure, l'effet relatif des conventions aurait certainement suffi à préserver le prétendu représenté des effets de l'acte accompli. Elle est également utile techniquement pour justifier l'éventuelle ratification de l'acte par le représentant, ratification qui reste plus difficile à admettre lorsque l'acte est frappé d'inexistence (31).

Par exception, l'acte accompli sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs confiés peut lier le représenté à condition que le tiers contractant "*ait cru légitimement en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté*". Cette formule évoque la théorie du mandat apparent qui semble donc désormais pouvoir être employée pour tout type de représentation. L'adverbe "*notamment*" a été ajouté avec profit au texte final. En effet, la conception retenue par le projet, qui limitait donc la croyance légitime du tiers aux seuls cas où cette croyance résultait de comportements ou de déclarations du représenté, avait pour conséquence de ramener la théorie du mandat apparent à l'état qui était le sien avant 1962 (32). Le juge aura tout loisir d'ajouter à cette liste non limitative les cas de croyance légitime introduits depuis lors, en raison des circonstances de l'accomplissement de l'acte ou du comportement inapproprié du représentant. La théorie du mandat apparent ne devrait donc pas s'en trouver bouleversée (33).

La sanction de l'acte peut encore être la nullité s'il est contesté par le tiers et que celui-ci "*ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs*". Il s'agit donc d'une nullité relative qui, pourtant, ne s'accommode pas mieux que l'inexistence à la ratification de l'acte. En effet, en principe, la confirmation

d'un acte nul émane de celui qui souffre du défaut d'une condition de validité. Or, la ratification de l'acte reste naturellement entre les mains du représenté et non entre celles du tiers. Les conditions de la ratification ne sont d'ailleurs pas envisagées par le texte puisque l'article 1156 se contente de prévoir l'une de ses conséquences : la ratification paralyse toute demande postérieure d'inopposabilité ou de nullité de l'acte. Si le refoulement de la nullité méritait d'être précisée pour les raisons qui viennent d'être évoquées, celui de l'inopposabilité est superflète tant il paraît totalement contradictoire qu'une personne ratifie un acte et demande par la suite qu'il lui soit inopposable.

L'ordonnance accueille une forme de ratification originale, préalable à l'accomplissement de l'acte, qu'il est désormais commun d'appeler l'action interrogatoire (34). L'article 1158 (N° Lexbase : L0872KZC) permet ainsi au tiers qui "*doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure*" de "*demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte*". L'action est assortie d'une sanction inhabituelle puisqu'à défaut de réponse dans le délai stipulé, "*le représentant est réputé habilité à conclure cet acte*", illustrant les exceptions que l'ordonnance admet elle-même au principe selon lequel le silence ne peut valoir acceptation (35). Non seulement cette action se rapproche, dans son esprit, de la technique de la ratification, mais elle en est même probablement un complément fort utile. Le représenté, informé par l'action interrogatoire de l'acte qui s'apprête à être accompli, bénéficie de l'opportunité d'anticiper son irrégularité.

Trois membres de phrases du projet initial ont été modifiés. D'abord, le projet gouvernemental n'envisageait qu'un délai raisonnable octroyé au représenté pour répondre à la demande du tiers, ce que l'ordonnance remplace par un délai fixé par le tiers lui-même et qui doit néanmoins demeurer raisonnable. Cette précision est utile car elle limitera les possibilités de chicaner sur le délai octroyé, l'action interrogatoire y gagne indéniablement en sécurité juridique. Ensuite, le projet imposait que la demande écrite précise "*en termes apparents*" les effets de l'absence de réponse du représenté. Soulignée à juste titre comme superflue, cette mention a disparu de l'ordonnance (36). Enfin, le projet prévoyait que la demande du tiers pouvait être introduite lorsque celui-ci doutait de l'étendue du pouvoir du représentant "*à l'occasion de la conclusion d'un acte*", formule remplacée par un doute "*à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure*". Cette modification permet de s'assurer que l'action interrogatoire sera préalable à l'accomplissement de l'acte. Les actions postérieures à l'acte, qu'il s'agisse de l'invocation de la théorie de l'apparence ou de la nullité de l'acte, ne seront donc en aucun cas perturbées par le jeu de l'action interrogatoire. La précision apportée est toutefois ambiguë car, en visant le cas où le tiers s'apprête à conclure, elle suggère que le processus de négociation est déjà engagé, voire quasiment achevé. Il semble pourtant utile d'ouvrir plus largement l'action interrogatoire et de l'autoriser avant même l'engagement des négociations, ce qui aurait pour vertu de permettre au tiers d'éviter de perdre du temps à négocier avec un interlocuteur impuissant.

Outre l'hypothèse du dépassement de pouvoir, l'ordonnance consacre plusieurs dispositions aux différentes formes de conflits d'intérêts qui peuvent peser sur le représentant.

B — L'encadrement des conflits d'intérêts

L'ordonnance encadre différents types de conflits d'intérêts auxquels le représentant peut être soumis.

Dans sa forme la plus fruste, le conflit d'intérêts peut lorsque le représentant ne défend plus les intérêts du représenté mais porte d'autres intérêts, le sien ou celui d'un tiers. C'est là l'hypothèse du détournement de pouvoir envisagée par l'article 1157 de l'ordonnance (N° Lexbase : L0873KZD). Dès lors que le tiers avait connaissance ou ne pouvait ignorer l'existence du détournement de pouvoir, le représenté peut invoquer la nullité de l'acte accompli. La règle choisie modifie les règles jusqu'ici applicables au mandat en pareil cas. Lorsque le mandant est victime d'un détournement de pouvoir, la jurisprudence prive le mandat d'effets mais autorise, lorsque le tiers est de bonne foi, que soit invoquée la théorie de l'apparence (37). En conditionnant la nullité à la bonne foi du tiers, l'ordonnance fusionne les deux éléments de régime du mandat : soit le tiers est de mauvaise foi et l'acte accompli est annulé ; soit il est de bonne foi et l'acte accompli est valable, sans qu'il soit nécessaire d'employer la théorie de l'apparence pour que le représenté soit tenu.

C'est dans le domaine plus classique des conflits d'intérêts que l'ordonnance est la plus innovante. L'article 1161 (N° Lexbase : L0869KZ9) encadre en effet le cas de la représentation pour soi-même -le représentant contracte pour son propre compte avec le représenté— et de la double représentation -le représentant agit au nom et pour le compte des deux parties au contrat. Dans les deux cas, l'acte accompli est frappé de nullité à moins que la loi ou le représenté ne l'ait autorisé, à moins que le représenté ne ratifie l'acte accompli.

On reconnaît, dans le premier cas de figure, l'interdiction de la contrepartie énoncée à l'article 1596 du Code civil (N° Lexbase : L6506HWU) et étendue bien au-delà de son domaine initial limité par le code à la vente par adjudication, extension à laquelle la Cour de cassation avait du reste déjà procédé. Frappée de nullité relative, la contrepartie dans le mandat permettait déjà la ratification ou la confirmation de l'acte par le mandant (38). D'une

certaine manière, la ratification n'est qu'une forme d'autorisation donnée *a posteriori*.

La seconde hypothèse s'apparente à celle du double mandat. Or, le texte opère ici un véritable changement de logique puisque, par principe, la jurisprudence juge valable la représentation conventionnelle simultanée des intérêts des deux contractants (39). A moins que la loi ne l'autorise (40), l'accord préalable ou postérieur des parties représentées sera toujours nécessaire. La règle n'est pas totalement illogique quoique particulièrement sévère. A certains égards, il peut en effet sembler difficile de défendre deux intérêts totalement opposés. Si l'on prend l'exemple d'une vente, l'intérêt du vendeur est de tirer de la chose vendue le prix le plus élevé tandis que celui de l'acheteur est que ce prix soit aussi bas que possible. La multiplication des cas d'intermédiation dans notre droit contemporain (conciliation, médiation, etc.) montre toutefois que cet objectif de conciliation des intérêts par un tiers n'est pas impossible. La sanction n'en demeure pas moins très sévère parce qu'elle permettra à l'un des contractants d'obtenir la nullité d'un acte qui, parfois, ne lui sera aucunement lésionnaire et répondra parfaitement aux instructions qu'il avait donné au représentant. Est-il logique d'admettre cette nullité alors que l'intérêt du contractant, que la règle vise à protéger, ne subit aucune atteinte ?

L'ordonnance s'intéresse enfin aux événements qui peuvent mettre fin à la représentation.

C — Les événements mettant fin à la représentation

L'article 1160 de l'ordonnance du 10 février 2016 (N° Lexbase : L0870KZA) dispose que "*les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction*". Ce texte présente quelques différences avec l'article 2003 du Code civil (N° Lexbase : L1764IE3) qui envisage les différentes manières dont le mandat prend fin.

Le nouveau texte ne vise ainsi pas la mort du représentant ou du représenté. L'absence de la première ne pose guère de difficulté puisque le pouvoir de représentation octroyé par contrat l'est le plus souvent en considération de la personne du représentant. L'absence de règle relative au décès du représenté est plus surprenante, mais peut sûrement s'expliquer par le recours accru au mandat *post mortem* et, en particulier, au mandat à effet posthume. Cet argument peut toutefois être fortement relativisé puisque l'incapacité des parties est bien envisagée malgré l'apparition du contrat de protection future qui, précisément, produit ses effets lorsque le représenté perd sa capacité juridique.

Le texte ajoute donc à la théorie de la représentation la cessation du pouvoir du fait de l'incapacité ou de l'interdiction d'agir du représentant là où le Code civil ne visait que la tutelle. La liste des événements susceptibles de mettre fin à la représentation est donc sensiblement élargie à toute sorte d'incapacité, qu'elle soit générale ou spéciale.

(1) La représentation est également évoquée, de manière accessoire, par deux autres textes de l'ordonnance. Par l'article 1138 (N° Lexbase : L0853KZM), d'abord, qui consacre la possibilité que le représentant soit l'auteur du dol qui vicie le consentement du tiers contractant (très classiquement, v. Cass. req., 30 juillet 1895, S., 1896, 1, 228 ; Cass. civ. 3, 29 avril 1998, n° 96-17.540, publié au bulletin N° Lexbase : A2789ACB, RTDCiv., 1999, p. 89, obs. J. Mestre) ; par l'article 1383-2 (N° Lexbase : L0763KZB), ensuite, qui modernise la formule de l'actuel article 1356 (N° Lexbase : L1464ABT) et maintient donc la force de l'aveu judiciaire concédé par le représentant de la partie en cause.

(2) Le procédé n'est pas innovant puisque de nombreux codes étrangers comportent déjà des dispositions générales relatives à la représentation. Par ailleurs, les multiples projets de réforme du droit des obligations français ou européens envisageaient tous cette création (à l'exception du projet de l'Académie des sciences morales et politiques). Sur ces éléments, v. R. Cabrillac, *La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français*, in Mélanges D. R. Martin, LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 111 et s..

(3) P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 339, 2000.

(4) C. civ., art. 1100-1 (N° Lexbase : L0591KZW).

(5) C. civ., art. 1153 (N° Lexbase : L0860KZU), et art. 1159 (N° Lexbase : L0871KZB), et indirectement, C. civ., art. 1158 (N° Lexbase : L0872KZC) et art. 1161 (N° Lexbase : L0869KZ9).

(6) Principalement en lien avec l'administration des groupements et avec les régimes de capacité des mineurs et majeurs protégés. Sur l'incidence générale de l'ordonnance sur ces derniers, cf. A. Gouttenoire, *Coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé...*, Lexbase, éd. priv., n° 646, 2016 (N° Lexbase : N1670BWR).

(7) Parmi d'autres cas particuliers, v. par ex. les hypothèses tirées des articles 113 (N° Lexbase : L1720KMN), 219

(N° Lexbase : L2388AB3) ou 815-4 (N° Lexbase : L9933HN9) du Code civil.

(8) Sur la question, lire N. Balat, *Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?*, D., 2015, p. 699.

(9) En ce sens, v. G. Wicker, N. Ferrier, *La représentation*, JCP éd. G, 2015, supp. n° 21, p. 28.

(10) Sur cette distinction, v. J. Flour, J. — L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 16ème éd., 2014, p. 444.

(11) G. Wicker, N. Ferrier, préc..

(12) Sur la responsabilité personnelle du mandataire à l'égard du tiers contractant, v. Cass. civ. 3, 6 janvier 1999, n° 96-18.690 (N° Lexbase : A8022AG9); Cass. civ. 1, 28 octobre 2010, n° 09-70.109, F-P+B+I (N° Lexbase : A7999GCA).

(13) Condamnation *in solidum*, v. Cass. mixte, 26 mars 1971, n° 68-13.407, publié au bulletin (N° Lexbase : A0451CKW); JCP éd. G, 1971, II, 16 762, note Lindon.

(14) Pour des raisons d'ordre public économique, par exemple en droit des procédures collectives ou d'ordre public de protection, par exemple en droit des mineurs et des majeurs protégés.

(15) La stipulation d'une clause d'exclusivité, tout en étant admise, est parfois très encadrée comme cela est le cas s'agissant des agents immobiliers, v. décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, art. 78 (N° Lexbase : L8042AIP).

(16) Sur la question, v. Ph. Letourneau, Rép. Civ. Dalloz, Mandat, n° 133.

(17) J. Flour, J. — L. Aubert, E. Savaux, préc., p. 445.

(18) La question reste toutefois débattue, v. J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3ème éd., 2012, n° 31 130.

(19) Et qui ménageait, au moins implicitement, les effets réels du contrat de commission ou de la déclaration de command, v. N. Dissaux, *La représentation : notion*, Blog Réforme du droit des obligations, Dalloz.

(20) C. civ., art. 1988 (N° Lexbase : L2211ABI).

(21) C. civ., art. 1987 (N° Lexbase : L2210ABH).

(22) Considérant que les dispositions de l'article 1988 ajoutent une "règle d'interprétation" à la distinction prévue par l'article 1187 du Code civil, v. J. Huet *et alii*, préc., n° 31 170.

(23) Cass. civ. 1, 25 octobre 1972, n° 71-13.155 (N° Lexbase : A6970C8N), Bull. civ. I, n° 217.

(24) V. en particulier s'agissant des majeurs protégés, T. Fossier, J-Cl. civ., art. 496 à 502, v° *Gestion du patrimoine des personnes en tutelle*, n° 37 et s..

(25) La jurisprudence admet, en matière de mandat, la réalisation d'actes accessoires comme par exemple la vente des garages accessoires du bien immobilier principalement vendu, v. Cass. civ. 3, 21 mars 1972, n° 70-13.903, publié au bulletin (N° Lexbase : A3803CIP).

(26) Sur cette question, v. G. Wicker, N. Ferrier, préc., n° 7.

(27) La question du détournement de pouvoir nous semble davantage relever de la question des conflits d'intérêts, cf. *infra*.

(28) Cette sanction n'est, à vrai dire, pas très éloignée de celle actuellement prévu par l'article 1998 du Code civil (N° Lexbase : L2221ABU) qui dispose que le mandant n'est pas "*tenu de ce qui a pu être fait au-delà*" du pouvoir confié. La jurisprudence avait toutefois été bien plus loin en jugeant que l'acte accompli en dépassement de pouvoir était frappé d'inexistence, sanction qui s'apparente davantage à la nullité (absolue) qu'à l'inopposabilité, v. Cass. civ. 3, 15 avril 1980, n° 78-15.836 (N° Lexbase : A3004AUS), Bull. civ. III, n° 73, RTDCiv., 1981, obs. F. Chabas.

(29) Dans le même sens, v. R. Cabrillac, préc., p. 116.

(30) Réparation du préjudice subi du fait de l'annulation de l'acte pour défaut de pouvoir, v. Cass. civ. 3, 3 mai 1955, Bull. civ. I, n° 171.

(31) La nullité relative aurait toutefois permis elle aussi de justifier la ratification...

(32) Ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11.569 (N° Lexbase : A6516AGG), D., 1963, p. 277, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, 12ème éd., n° 281. Avant cette décision, la démonstration d'une faute du mandant était nécessaire.

(33) Bien que l'on ait pu souligner qu'il s'agit là d'une conception large de l'apparence, v. J. Ghestin, *Observations générales*, LPA, 4 septembre 2015, n° 177, p. 20.

(34) Comp. avec l'action interrogatoire ouverte au bénéficiaire d'un pacte de préférence, C. civ., art. 1123 (N° Lexbase : L0827KZN).

(35) C. civ., art. 1120 (N° Lexbase : L0834KZW) : "*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*". N. Dissaux y voit une mesure dangereuse mais nécessaire à la préservation des équilibres en présence, v. N. Dissaux, La représentation : notion, Blog Réforme du droit des obligations, Dalloz.

(36) V. G. Wicker, N. Ferrier, préc., p. 30.

(37) J. Huet *et alii*, préc., n° 31 210. Il n'est pas certain que la nullité qui sanctionne désormais le dépassement de pouvoir laisse une place à la survie partielle de l'acte lorsque celui-ci était pour partie conforme aux intérêts du représenté, v. Cass. civ. 1, 26 janvier 1999, n° 96-21.192 (N° Lexbase : A0142AUS).

(38) V. Cass. civ. 3, 2 juillet 2008, n° 07-15.509, FS-P+B (N° Lexbase : A4899D9C) et les obs. de D. Bakouche, *Retour sur les conditions de la confirmation d'un acte nul*, Lexbase, éd. priv., n° 314, 2008 (N° Lexbase : N6733BGH).

(39) Cass. civ. 1, 13 mai 1998, n° 96-17.374 (N° Lexbase : A2782ACZ); RTDCiv., 1998, p. 927, obs. P. — Y. Gautier. Récemment encore, s'agissant d'un agent immobilier, v. Cass. civ. 1, 9 avril 2015, n° 14-13.501, F-P+B (N° Lexbase : A5194NGH).

(40) On songe, par exemple, à la demande présentée par un avocat unique des demandes de divorce par consentement mutuel des deux époux (C. civ., art. 250 N° Lexbase : L2806DZX) qui, cependant, exige le commun accord des époux...

Revue

06

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat

12436434

N° Lexbase : N1649BWY



par Dimitri Nemtchenko, Doctorant à l'IRDAP (Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine) — Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : [L4857KYK](#))

Au titre des dispositions novatrices de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations se trouvent les articles 1186 (N° Lexbase : [L0892KZ3](#)) et 1187 (N° Lexbase : [L0891KZZ](#)) du Code civil consacrés à la caducité du contrat. Le premier dispose qu'"un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement". Quant au second, il énonce : "la caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9".

Une définition classique, rejoignant celle retenue par l'ordonnance, nous enseigne que la caducité est un "état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur [...]" (1). La caducité est ainsi une sanction contractuelle qui porte sur un élément de validité du contrat, dont le défaut se manifeste lors de l'exécution du contrat. Elle se distingue ainsi de la nullité, où l'élément essentiel n'a jamais existé et plus généralement de toute sanction contractuelle liée au comportement des parties : la disparition de l'élément

de validité, en principe au moins, n'est pas liée à la faute d'un contractant. La notion a été progressivement construite, tour à tour par la doctrine (2) et la jurisprudence, sans jamais être consacrée légalement -jusqu'à présent au moins-. Cette consécration légale permettra certainement d'appréhender plus justement le sort pathologique d'une relation contractuelle, du fait de l'autonomie notionnelle de la caducité, en même temps qu'elle harmonise les différentes conceptions retenues de la sanction, d'un auteur à un autre, ou d'une juridiction à une autre. L'article 1186 évoque ainsi la caducité d'un "*contrat valablement formé*" : il conviendra donc de s'en tenir au champ d'application de la disposition, et de ne pas aborder le problème de la caducité de l'offre de contracter. Aussi, les controverses relatives à la nature juridique des avant-contrats ou du contrat conditionnel nous conduisent à écarter ces derniers de notre étude, quitte à retenir une conception restrictive de l'expression "*contrat valablement formé*".

La caducité renvoie, enfin, à deux réalités différentes : elle peut être liée à la perte d'un élément propre au contrat, comme à la perte d'un élément qui lui est extérieur, mais qui conditionne son exécution. Elle anéantit la relation contractuelle pour l'avenir, comme elle peut avoir un effet rétroactif -sans que le législateur précise à quelles conditions-. Afin d'éprouver concrètement chacun de ces critères, plusieurs exemples tirés du droit des contrats spéciaux nous permettront d'illustrer idéalement cette nouvelle sanction.

De cette présentation sommaire, et suivant le découpage des futurs articles 1186 et 1187 du Code civil, il convient de distinguer les conditions de la caducité (I) des effets de la caducité (II).

I — Les conditions de la caducité

Deux conditions sont exigées pour que la caducité du contrat soit constituée. La première, générale, participe de la définition même de la caducité : la disparition d'un des "*éléments essentiels*" à la validité du contrat (A). La seconde est plus spécifique car relative à l'hypothèse d'un ensemble contractuel, et tient à la connaissance par celui contre qui la caducité est invoquée "*de l'existence de l'opération d'ensemble*" (B).

A — La disparition d'un élément essentiel comme condition générale

Les deux premiers alinéas renvoient à deux réalités différentes. Soit la caducité provient de la disparition d'un élément intrinsèque au contrat (a), soit elle provient de la disparition d'un élément qui lui est extrinsèque (3) (b).

a — La disparition d'un élément intrinsèque au contrat

"*Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît*". La définition lapidaire de l'article 1186 correspond à l'hypothèse la plus évidente de caducité, bien qu'elle ne soit pas la plus répandue : celle où un des éléments propres au contrat disparaît.

Avant ce texte, la jurisprudence avait notamment eu l'occasion de sanctionner par la caducité des contrats dont la cause avait disparu en cours d'exécution (4). La question se posera désormais de savoir comment s'agencent les nouveaux articles 1186 et 1128 (N° Lexbase : L0844KZB) du Code civil, ce dernier n'ayant pas reconduit la cause au rang des éléments nécessaires à la validité du contrat. La capacité des parties et l'objet du contrat pourront continuer de fonder la caducité d'un contrat (5), mais les quelques solutions prétoriennes rendues sur le fondement de la cause semblent inévitablement vouées à un ajustement pour pouvoir être perpétuées. Les autres solutions semblent pouvoir être reconduites, notamment lorsqu'elles concernent la disparition de l'objet du contrat. Par exemple, l'hypothèse d'un bien indivis continuera d'être caduque si, à la suite d'un partage, le bien est mis dans le lot d'un autre coindivisaire (6).

Il est permis de regretter l'absence d'harmonie dans la terminologie utilisée d'un article à l'autre : si l'article 1186 renvoie aux "*éléments essentiels*" du contrat et que l'article 1128 évoque des éléments "*nécessaires*" à sa validité, doit-on comprendre que les deux catégories ne sont pas réductibles l'une à l'autre ? Une interprétation littérale des textes n'est pas à exclure et risquerait ainsi d'élargir le champ d'application de la caducité au-delà de ce que le législateur espérait (7). La suite de l'article permet heureusement de circonscrire plus précisément le domaine de la caducité.

b — La disparition d'un élément extrinsèque au contrat

La deuxième hypothèse de caducité est celle où la disparition d'un élément extérieur au contrat se répercute sur la validité de celui-ci. Ce deuxième cas de figure est lui-même binaire : soit il s'agit d'un ensemble contractuel indivisible, au sein duquel l'anéantissement d'un contrat entraînera l'impossibilité d'exécuter un autre contrat qui lui est directement lié, soit il s'agit de la disparition d'un contrat érigé en "*condition déterminante*" du consentement d'une partie.

A première vue, la terminologie retenue par l'ordonnance semble plus pertinente que celle retenue par l'avant-projet de réforme, en ce qu'elle est plus objective. Il est question de contrats dont l'exécution est "*nécessaire*" à la réalisation d'une même opération (8), et dont l'anéantissement rend "*impossible*" cette même opération (9), etc.. La neutralité des qualifications assurera une interprétation certainement plus uniforme.

Concernant la caducité dans un ensemble de contrats liés les uns aux autres, il est regrettable que l'ordonnance n'ait pas prévu de consacrer préalablement et de manière autonome la notion d'interdépendance contractuelle (10). Nombreuses sont aujourd'hui les opérations économiques pour la réalisation desquelles l'imbrication de plusieurs contrats est indispensable, et quand bien même la définition de ce phénomène n'est pas aisée, son absence de l'ordonnance est à déplorer (11). Ce n'est donc qu'au travers de la caducité que sera traitée la situation dans laquelle "*l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération*". Il est possible d'expliquer ce choix par le fait que les groupes de contrats sont le domaine d'intervention privilégié de la caducité. Les solutions jurisprudentielles ayant permis de cerner progressivement la notion de caducité sont, pour l'essentiel, relatives à des groupes de contrats - parmi lesquels le crédit-bail (12) et plus fréquemment encore la location financière (13)-.

Quant à la disparition d'un contrat érigé en "*condition déterminante*" du consentement d'une partie, la précision est bienvenue car elle est un moyen pour les parties d'ajuster au mieux l'outil contractuel qu'elles ont à disposition afin d'atteindre le but recherché. Cette condition déterminante n'est pas un élément nécessaire à la validité du contrat envisagé *in abstracto*, mais un motif personnel ayant intégré le champ contractuel et en l'absence duquel la partie ne se serait pas engagée : lier la caducité du contrat à la disparition de cet élément évite au contractant d'éprouver un engagement devenu sans intérêt. La règle inspire deux remarques : malgré la suppression de la cause comme condition de validité du contrat, ce genre de disposition révèle (parmi d'autres) la nature essentiellement causaliste du phénomène contractuel, car elle assure aux parties la réalisation comme la préservation de leurs intérêts. Egalement, elle aurait pu être un moyen trop aisé accordé à une partie d'anéantir un contrat en excipant d'un motif fallacieux. Or le législateur est venu limiter l'incidence de cette "*condition déterminante*" en exigeant que "*le contractant contre lequel [la caducité] est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement*".

B — La connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble comme condition spécifique

Lorsque le motif de la caducité relève des contingences personnelles d'un contractant, il est nécessaire que son cocontractant en soit conscient pour que lui soit valablement opposée la caducité de l'acte. Cette condition s'avère nécessaire à la préservation de la sécurité juridique en évitant que les contrats soient remis en cause à l'envi. Mais si cette condition est nécessaire (a), on peut légitimement douter qu'elle soit suffisante (b).

a — Une condition nécessaire

Exiger d'une personne, lorsqu'est anéanti un acte dont elle tire profit, qu'elle connaisse dès l'origine le risque de cet anéantissement est une condition nécessaire qu'il convient d'approuver. L'inverse aurait en effet constitué une entorse injustifiable à la force obligatoire des conventions et, partant, à la sécurité juridique, ce d'autant plus que le motif de l'anéantissement ne relève pas du hasard mais de la volonté d'une partie. La jurisprudence n'exige toutefois pas, à notre connaissance, une condition formulée en ces termes exacts : il semblerait au contraire qu'elle soit plus rigoureuse en exigeant, par exemple, que soit établie "*la commune intention des parties [...] de rendre divisibles les deux conventions*" (14).

La solution jurisprudentielle est donc plus restrictive car fondée sur l'intention commune de rendre interdépendantes deux conventions ou plus, et non pas sur la simple connaissance de cette interdépendance : de la comparaison de ces deux solutions, la condition de la connaissance nous semble donc être certes nécessaire, mais insuffisante.

b — Une condition suffisante ?

L'ordonnance semble ainsi élargir notablement le champ d'application de la caducité, et si elle permet ce faisant qu'une convention assure au mieux les intérêts d'une partie en lui ouvrant cette sanction nouvellement consacrée, elle fragilise par contrecoup la situation du contractant qui subit la caducité. Le seul fait que ce dernier soit informé d'un risque potentiel de remise en cause du contrat signifie-t-il pour autant qu'il ait accepté ce risque ? La seule connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble nous semble être insuffisante pour pouvoir préserver et la liberté contractuelle, et la sécurité des relations juridiques. D'un point de vue probatoire, la preuve de cette connaissance, preuve psychologique par nature, risque de susciter un contentieux épineux, alors que l'intention commune, par nature plus délicate à caractériser, n'est pas autant soumise à de telles incertitudes. Plus encore, "*connaître*" ne signifie pas "*accepter*" les effets parfois néfastes de l'interdépendance contractuelle, et c'est alors la liberté contractuelle qui est ici atteinte. L'argument n'a pas manqué d'être soulevé à l'occasion d'un arrêt dont les faits sont courants (15) : une banque consent un prêt à une personne pour qu'elle acquiert un bien. La vente

du bien est annulée, et par conséquent le prêt caduc. Sauf que les juridictions du fond, approuvées par la Cour de cassation, ont estimé que "*les parties avaient entendu subordonner l'existence du prêt à la réalisation de la vente*". Indépendamment du fait de savoir par quels moyens cette intention commune a été caractérisée, l'exigence accrue de la Cour par rapport aux dispositions de l'ordonnance semble être un gage de sécurité, profitable à celui qui éprouve les effets de la caducité. Il reste toutefois un risque que l'ordonnance aggrave : celui d'une prise en charge de ce risque par le dispensateur de crédit. Il n'est pas impensable, ni illégitime, que celui-ci se préserve contre de tels risques en alourdissant la charge du crédit, ou pire, en ne l'octroyant pas (16)... Sans préjuger de l'application de ce texte par les tribunaux, il est à craindre, pour le seul exemple d'un prêt accordé en vue d'un achat, que la disposition soit un facteur peu désirable d'inhibition du crédit.

Un dernier point nous semble devoir être soulevé, au titre des conditions de la caducité. Il est communément admis que la caducité est une sanction objective, et ne dépend pas du comportement fautif d'une partie (17). Or le texte ne dit rien à ce sujet : on peut donc en déduire qu'il confirme cette nature objective de la caducité, et que la faute d'une partie est indifférente à sa caractérisation. En revanche, *quid* de la disparition d'un élément de validité du contrat lorsqu'elle est provoquée par le comportement répréhensible d'un contractant ? L'ordonnance ne précise pas quel doit être le sort d'une telle situation, ni s'il existe une hiérarchie entre les sanctions objectives ou subjectives du contrat. La préservation de l'autonomie de la caducité commanderait, à notre sens, de ne pas travestir la sanction au moyen de considérations inutilement subjectives : la disparition strictement objective d'un élément de validité doit répondre de la caducité, et toute disparition due à une faute doit en être exclue -et régie par le nouvel article 1217 (N° Lexbase : L0931KZI)-. Il est en revanche plus délicat d'établir une hiérarchie entre les différentes sanctions : le juge doit-il tenir compte en premier lieu d'un comportement fautif pour en déduire la sanction appropriée ? La question n'est pas sans conséquence, notamment pour les contrats à exécutions successives. La résolution pour faute n'aura en effet pas les mêmes incidences que la simple caducité, particulièrement pour ce qui concerne les effets dans le temps de la sanction. Seules les applications à venir du nouvel article 1186 (N° Lexbase : L0892KZ3) permettront ainsi d'apporter une réponse à l'agencement des différentes sanctions (18).

II — Les effets de la caducité

Sobrement, l'article 1187 (N° Lexbase : L0891KZZ) énonce dans son premier alinéa : "*la caducité met fin au contrat*", avant de préciser au second alinéa qu'elle "*peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 (N° Lexbase : L1003KZ8) à 1352-9 (N° Lexbase : L0743KZK)*". Suivant la logique de cette disposition, il convient de dissocier la mise en œuvre de la caducité (A) de sa portée (B).

A — La mise en œuvre de la caducité

Implicite, l'article 1187 dispose que la caducité est un effet automatique de la disparition d'un élément essentiel du contrat (a) ce qui signifie *a contrario* que le recours au juge est exclu, ou à tout le moins dispensable (b).

a — Une sanction automatique

Alors que la nullité doit être prononcée par un juge, ce que l'ordonnance confirme (19), la caducité joue de plein droit. C'est ce qu'il faut déduire de l'article 1187 qui ne renvoie nullement à l'intervention du juge. La précision est inédite et pour cause : la caducité étant, jusqu'à la réforme, une sanction "*spontanée*" puisque non prévue par les textes, la question ne se posait pas de savoir si la caducité devait impérativement être prononcée par le juge -et la Cour de cassation n'a jamais exigé un tel recours— (20).

A première vue, la fluidité du système mis en place séduit : l'automatisme de la caducité évite les lourdeurs d'une procédure judiciaire et profite à celui qui l'invoque, en se débarrassant d'un engagement qui non seulement ne lui procure plus de profit mais qui peut d'autant plus lui être préjudiciable. En revanche, il est plus étonnant qu'une sanction proche de la nullité fasse l'objet d'un traitement différent : fondamentalement, les deux sanctions sont proches, puisqu'il s'agit dans un cas comme dans l'autre d'un défaut de validité du contrat. La seule réelle différence tient dans le moment où survient ce défaut : dès l'origine pour la nullité, en cours d'exécution pour la caducité. Cette seule différence ne permet guère d'expliquer que la nullité doive être judiciaire quand la caducité est automatique. L'exclusion du recours au juge n'est donc pas imparfaitable.

b — L'exclusion du recours au juge

Cette exclusion se comprend à la lecture des conditions de la caducité posées à l'article 1186 : pour que la sanction joue, il ne faut pas qu'elle surprenne le contractant qui en subit les conséquences. Soit la caducité vient du contrat lui-même, soit le contractant connaissait l'opération d'ensemble, soit il a accepté que soient intégrés au contrat des motifs personnels du cocontractant : dans tous les cas de figure, il ne saurait arguer d'une rupture à contretemps. Il n'en reste pas moins que le recours au juge sera parfois inévitable lorsqu'un contentieux s'élèvera sur l'incidence

voire l'existence même de l'événement qui aura conduit à la caducité (21).

En attendant que la jurisprudence offre des exemples de recours au juge en cas de caducité, la formulation de l'article 1187, par sa souplesse, nous semble devoir être approuvée : il en va de même de la portée de la caducité.

B — La portée de la caducité

Il est un trait distinctif de la caducité qui semble largement approuvé : la non-rétroactivité (22). A la différence de la nullité, la caducité suppose une disparition d'un élément essentiel du contrat, ce qui revient à dire que cet élément a valablement existé, au moins un temps. La nullité a au contraire une dimension originelle qui justifie un retour au *statu quo ante*. La caducité a donc ceci de particulier qu'elle anéantit le contrat pour l'avenir seulement (a). L'article 1187 alinéa 2 prévoit tout de même un effet particulier de la caducité : l'anéantissement rétroactif (b).

a — L'anéantissement du contrat pour l'avenir

L'absence de remise en cause des effets passés d'un contrat devenu caduc participe de la définition de la sanction. Le contrat a été, puis a cessé d'être valable : aucune raison ne justifierait que l'on revienne sur ce qui a été valablement obtenu. Par exemple, rien n'expliquerait que l'on anéantisse rétroactivement un contrat d'approvisionnement à échéances successives si l'indice de référence servant à fixer les prix de vente disparaît, empêchant la détermination du prix pour l'avenir seulement (23). Cette situation, plutôt que d'être inéluctablement résolue par la caducité, pourra cependant connaître un sort plus heureux, grâce à la révision pour imprévision, consacrée au futur article 1195 (N° Lexbase : L0909KZP) (24).

L'article est en revanche silencieux au sujet d'une éventuelle confirmation de l'acte devenu caduc : celui qui invoque la caducité a peut-être des raisons de poursuivre malgré tout l'exécution du contrat. A l'inverse, l'autre partie peut-elle avoir des motifs de ne pas souhaiter la confirmation de l'acte caduc -ce qui supposerait par ailleurs qu'il soit possible de "ressusciter" un acte invalidé-. La question n'étant pas résolue, le recours à la liberté contractuelle offre un début de réponse : les parties doivent pouvoir convenir d'un tel "remède" à la caducité du contrat, dès lors qu'elles n'en sont pas interdites. Ce d'autant plus que malgré les réticences doctrinales à ce sujet, la jurisprudence y est favorable (25).

b — L'anéantissement rétroactif du contrat

Le futur article 1187 du Code civil prévoit également une caducité rétroactive. Tout aussi sobrement que pour la mise en œuvre de la sanction, la disposition précise seulement que la caducité "peut donner lieu à restitutions". Est ainsi implicitement consacré un effet particulier de la caducité : la rétroactivité. Cet effet peut surprendre pour les raisons précédemment exposées, mais il existe des situations qui ne s'accommodent guère d'une sauvegarde partielle des effets d'un contrat caduc et en ce sens, la souplesse du texte est bienvenue (26).

En effet, "si le contrat frappé de caducité forme un ensemble indivisible qui ne peut trouver son équilibre global que dans sa parfaite et complète exécution" (27), la rétroactivité est alors non seulement compréhensible, mais indispensable. On peut trouver un exemple éclairant dans la vente liée à l'obtention d'un prêt : si le prêt n'est pas octroyé, et que la vente est par conséquent caduque, il serait inéquitable que le vendeur conserve un acompte alors que ladite vente n'a pas lieu (28). La caducité rétroactive trouve ainsi son terrain d'élection essentiel dans les contrats à exécution instantanée, insusceptibles de divisibilité (29).

(1) G. Cornu (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, Dicos Poche, 6ème éd., 2004, v° Caducité, p. 126.

(2) V. Buffelan-Lanoré, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961 ; Fricero-Goujon, *La caducité en droit judiciaire privé*, th. Ronéot. Nice, 1979 ; Garron, *La caducité du contrat*, PUAM, 1999 ; Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris XII, L'Harmattan, 2004 ; Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, Bibl. dr. privé, LGDJ, 2006 ; Wetster-Ouisse, *La caducité en matière contractuelle, une notion à réinventer*, JCP 2001.I.290 ; Seube, *Caducité et ensemble contractuel indivisible*, Mélanges Jean Foyer, Economica, 2008, p. 925. L'avant-projet de réforme du droit des obligations constitué sous l'égide du Professeur Catala prévoyait également de consacrer la caducité, en ces termes : "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. La caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement".

(3) Comp. Lamy Droit du contrat, fasc. 261, mars 2006, n° 261-55, qui distingue caducité "endogène" et caducité "exogène".

(4) Notamment : Cass. com., 30 octobre 2008, n° 07-17.646, FS-P+B (N° Lexbase : A0620EBL) et Cass. civ. 1, 12 juillet 2006, n° 04-13.204, FS-P+B (N° Lexbase : A4273DQC).

(5) Les deux éléments sont toujours essentiels à la validité des conventions. Le deuxième -l'objet— ne figure pas expressément à l'article 1128, mais au vu des dispositions suivantes, il constitue l'essentiel du "*contenu*" du contrat.

(6) Cass. com., 26 octobre 1976, n° 74-12.930 (N° Lexbase : A1100CKX).

(7) *Quid*, en effet, d'un élément qui ne serait pas exigé pour la validité d'un contrat en général mais qui, par le jeu d'une condition, a intégré le champ contractuel pour devenir essentiel à sa validité ?

(8) L'avant-projet de réforme était sur ce point plus imprécis, puisqu'il renvoyait à des contrats "*conclus en vue d'une opération d'ensemble*".

(9) L'avant-projet prévoyait également cette condition, à laquelle il rajoutait celle d'un contrat dont la disparition rendait "*sans intérêt l'exécution d'un autre*". La mise à l'écart de la notion d'intérêt est bienvenue à un double titre : d'une part, elle est intrinsèquement subjective, et l'appréciation de sa disparition aurait probablement mené à des interprétations divergentes. D'autre part, la notion même d'intérêt au contrat n'étant pas retenue par l'ordonnance, son maintien dans d'autres dispositions plus spécifiques du Code civil ne se justifierait pas.

(10) Que ce soit ce vocable ou celui d'"*ensemble contractuel*", de "*groupe de contrats*" ou d'"*indivisibilité*". Ce dernier a été récemment encore employé par la jurisprudence pour anéantir un contrat qui n'était que "*l'accessoire*" d'un autre : Cass. civ. 1, 10 septembre 2015, n° 14-17.772, FS-P+B+I (N° Lexbase : A8673NNK).

(11) Les études doctrinales ne manquent pas pour servir de base à une consécration légale : Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, éd. 1975 ; Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2001 ; Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse Paris II, 2007 ; Najjar, *La notion d'"ensemble contractuel"*, Mélanges A. Decocq, 2004, p. 509 ; Aubert de Vincelles, *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007.983 ; Bros, *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives*, D., 2009, p. 960. V. plus spéc. : Seube, *Caducité et ensemble contractuel indivisible*, Mélanges Jean Foyer, Economica, 2008, p. 925. Les juridictions ont à l'évidence été confrontées à cette réalité, certaines ayant précisément recours à la caducité, notamment : Cass. civ. 1, 4 avril 2006, 02.18-277, FS-P+B (N° Lexbase : A9591DNK).

(12) Pour un exemple récent, bien qu'il ne renvoie pas explicitement à la notion de caducité : Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-14.866, F-D (N° Lexbase : A2677KBR).

(13) Ce contrat complexe a largement contribué, plus encore que le crédit-bail, à ce que les contours de la notion d'interdépendance contractuelle soient tracés. Les exemples ne manquent pas, auxquels nous renvoyons : Cass. com. 5 juin 2007, n° 05-21.560, F-D (N° Lexbase : A5512DW3) ; Cass. com. 28 octobre 2010, n° 09-68.014, FS-P+B+I (N° Lexbase : A7997GC8) et plus particulièrement encore, Cass. mixte, 17 mai 2013, deux arrêts, n° 11-22.927, P+B+R+I (N° Lexbase : A4415KDU) et n° 11-22.768, P+B+R+I (N° Lexbase : A4414KDT).

(14) Cass. civ. 1, 28 octobre 2010, n° 09-68.014, FS-P+B+I (N° Lexbase : A7997GC8) (il s'agissait en l'espèce, comme dans de nombreuses autres situations, d'un contrat de location financière).

(15) Cass. civ. 1, 1er juillet 1997, n° 95-15.642 (N° Lexbase : A0519AC9).

(16) Pour de plus amples développements, voir la note de L. Aynès sous l'arrêt précité, Defrénois 1997, p. 1251.

(17) Ni la jurisprudence, ni les définitions que l'on peut trouver en doctrine ne font référence à une quelconque faute contractuelle. V. Buffelan-Lanoré, thèse, *op. cit.*, p. 156-157 ; Chaaban, thèse, *op. cit.*, n° 43 et s. *Contra* : Garron, thèse, *op. cit.*, n° 247, p. 303 et s. ; Pelletier, thèse, *op. cit.*, n° 199, p. 261 et s..

(18) Un arrêt a permis de concilier caducité et faute contractuelle, en décidant que "*la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties*". (19) C. civ., art. 1178 : "*un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord*" (nous soulignons).

(20) L'automaticité de la caducité a déjà été démontrée par la doctrine. V. notamment : Buffelan-Lanoré, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, p. 161.

(21) "*Le juge peut être appelé à intervenir en cas de contestation [...] pour prendre parti sur la réalisation de l'événement causal*" in Lamy Droit du contrat, *op. cit.*, n° 261-55. Les auteurs évoquent également la situation dans laquelle les parties n'ont pas prévu la survenance d'un événement qui s'est réalisé en cours d'exécution : dans cette hypothèse également, le recours au juge semble incontournable.

(22) Notamment : Terré, Simler, Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. "Précis", 11ème éd., 2013, p. 110-111. La jurisprudence a eu l'occasion de prendre parti pour un effet de la caducité exclusivement tourné vers l'avenir : Cass. com. 2 juillet 1974, n° 73-11.530 (N° Lexbase : A7659CEE) ; Cass. civ. 3, 24 mai 1989, n° 87-18.919 (N° Lexbase : A3124AH8) et, de manière plus explicite, Cass. com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, FS-P+B (N° Lexbase : A9370DZ3).

(23) Sur la question, v. Cass. com., 27 avril 1971, n° 70-10.753 (N° Lexbase : A1795CKP) ; Cass. com., 5 novembre 1971, 2 arrêts, n° 70-11.593 (N° Lexbase : A2376CG4) et n° 70-11.920 (N° Lexbase : A2377CG7) et Cass. com., 9 mai 1985, n° 83-16.578 (N° Lexbase : A2683AAM).

(24) Selon les termes du premier alinéa : "*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*".

(25) Cass. civ. 1, 24 octobre 1978, n° 76-13.811 (N° Lexbase : A8648CI7).

(26) En faveur de cette rétroactivité : Chaaban, thèse, *op. cit.*, n° 428.

(27) Lamy, Droit du contrat, *op. cit.*, n° 261-59.

(28) V. Cass. com., 20 octobre 1975, n° 74-12.238 (N° Lexbase : A3104CIS).

(29) L'anéantissement du contrat pour l'avenir reste la solution la plus courante, mais la jurisprudence a déjà eu l'occasion de reconnaître la rétroactivité de la caducité dans certaines circonstances : Cass. com., 20 octobre 1975, n° 74-12.238 (N° Lexbase : A3104CIS) et Cass. civ. 1, 9 mai 1996, n° 93-19.859 (N° Lexbase : A2807CQZ).

Revue

07

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : observations sur l'imprévision dans l'ordonnance du 10 février 2016

12436436

N° Lexbase : N1630BWB



par David Bakouche, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI), Directeur scientifique de l'Encyclopédie "Responsabilité civile"

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

1. En excluant le principe de l'admission d'une sanction de la lésion, le droit civil français a refusé de consacrer un principe d'équilibre, même minimum, des obligations contractuelles au moment de la conclusion du contrat. La solution, qui pouvait se justifier, en 1804, par la croyance en l'égalité des parties et en leur aptitude à défendre au mieux leurs propres intérêts, n'a pas été remise en cause par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : le nouvel article 1168 du Code civil (N° Lexbase : L0878KZK) dispose ainsi que "dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat". Quant à l'article 1171 (N° Lexbase : L0875KZG), qui prévoit certes que sont réputées non écrites les clauses qui, dans les contrats d'adhésion, créent un "déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat", il prend soin de préciser que "l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation"(1). La question ne se présente en revanche pas de la même manière lorsqu'est en cause un déséquilibre survenu pendant l'exécution du contrat, l'intangibilité du contrat étant moins sûrement conforme à la conception subjective de la commutativité du droit français (2) que consacre d'ailleurs le nouvel article 1108 (N° Lexbase : L0817KZB), aux termes duquel le contrat est commutatif "lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit". Aussi bien, le débiteur d'une obligation contractuelle peut-il invoquer le déséquilibre

manifeste des prestations résultant de circonstances postérieures à la conclusion du contrat afin d'obtenir le rétablissement judiciaire de l'équilibre initial rompu, voire la possibilité de ne pas exécuter le contrat auquel il pourrait être mis fin ? L'hypothèse envisagée n'est pas celle dans laquelle la valeur de la créance s'est atténuée, mais celle dans laquelle le coût de la prestation pour le débiteur est devenu démesuré ou excessif en raison d'une transformation du contexte économique, politique, monétaire ou encore social qui existait lors de la conclusion du contrat.

2. Est-il utile de redire que la Cour de cassation, dans la célèbre affaire dite du "Canal de Craponne", a fermement rejeté la théorie de l'imprévision ? La Haute juridiction, après avoir rappelé que la règle que consacre l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil (N° Lexbase : L1234ABC) est "générale" et "absolue", a considéré qu'"il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants" (3). Et alors même que le Conseil d'Etat avait adopté, dans l'affaire du "Gaz de Bordeaux", une position inverse à celle retenue par la Cour de cassation (4), celle-ci a maintenu son refus de modifier le contenu du contrat pour imprévision. Sans doute a-t-elle admis de condamner un contractant à payer des dommages et intérêts à son partenaire contractuel auquel il n'avait pas consenti une révision du contrat, le conduisant ainsi à la ruine (5) ; mais parce qu'il s'agissait seulement de sanctionner une faute contractuelle déduite du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, c'est à juste titre qu'on a pu dire qu'"on aura beau lire et relire le fameux arrêt "Huard", qui fait office de mythe, on n'y verra jamais cette admission de la théorie de l'imprévision qu'une partie de la doctrine y découvre, pour mieux, en réalité, faire advenir la solution" (6).

3. Cette position de principe a cependant été discutée. Sans reprendre ici l'ensemble de la question, devenue "indigeste" (7) tant elle a fait l'objet de réflexions, on redira simplement, d'une part, que le principe de justice commutative, non moins fort que celui de l'intangibilité des conventions fondé sur le respect de la parole donnée, implique que le contrat n'est plus légitime lorsqu'un déséquilibre profond s'y accuse entre les prestations réciproques et surtout, d'autre part, qu'il n'est pas certain qu'on respecte réellement la volonté des parties en refusant de prendre en compte l'imprévision. Parce que la volonté exprimée par les contractant est toujours le fruit de considérations psychologiques, sociales et économiques, ne faut-il pas sous-entendre, dans tous les contrats à exécution successive, l'existence d'une clause particulière, dite clause *rebus sic stantibus*, en vertu de laquelle le consentement est subordonné à la persistance de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé ? Comme le souligne M. Laurent Aynès, "aucune des parties n'a voulu que soit obligatoire un contrat devenu inadapté aux circonstances économiques. En exiger l'exécution, c'est être de mauvaise foi" (8).

4. Tout cela explique sans doute que le projet de réforme dit "Terré" de 2008 (9), s'inspirant d'autres systèmes juridiques qui prennent en compte, directement ou indirectement, l'imprévision contractuelle, ait fait le choix d'accueillir l'imprévision, et que la Cour de cassation ait pu laisser penser, dans l'arrêt "Soffimat" du 29 juin 2010 qui a affolé les commentateurs, que la décision du "Canal de Craponne" allait prendre l'eau (10). C'est dans cette ligne que s'inscrit le nouvel article 1195 du Code civil (N° Lexbase : L0909KZP), dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016. L'alinéa 1er dispose que : "si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation". L'alinéa 2 ajoute qu'"en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

5. Reprenons. Pour que le débiteur puisse prétendre à une renégociation, il faut que certaines conditions strictes soient remplies : un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'aurait pas accepté d'en assumer le risque. On observera, sous cet aspect, qu'en ne qualifiant pas les circonstances dont il est question, il faut comprendre que le texte vise des circonstances diverses, économiques, financières, juridiques, technologiques, etc.. Ce qui importe en réalité, c'est que ce changement survienne postérieurement à la conclusion du contrat, qu'il n'ait raisonnablement pas pu être pris en compte par les parties, et qu'il rende l'exécution par le débiteur de ses obligations "excessivement onéreuse". On en déduit que le seul fait que des circonstances nouvelles faussent l'équivalence ou, à tout le moins, l'équilibre entre les engagements des parties ne devrait pas suffire : si c'est de déséquilibre entre les droits et les obligations des parties dont il est question, il faudra établir, pour parler comme le nouvel article 1171 (N° Lexbase : L0875KZG), que la survenance de circonstances imprévues crée un "déséquilibre significatif". Mais à vrai dire, l'hypothèse de "l'exécution excessivement onéreuse" ne se réduit pas à une simple pesée des droits et des obligations. L'exécution peut devenir "excessivement onéreuse" parce que le coût de l'exécution par le débiteur de ses obligations a considérablement augmenté, ou bien parce que la contrepartie qu'il reçoit a, elle, considérablement diminué, de telle

sorte que l'exécution "excessivement onéreuse" s'apprécie sans doute aussi au regard du profit subsistant ou du bénéfice perdu pour le débiteur. Tout cela est, dira-t-on, assez conforme à l'appréciation de l'excès manifeste telle qu'on la conçoit en droit civil, qui suppose l'existence d'une démesure flagrante, et donc évidente (11). Ce sur quoi il faut en revanche insister, c'est sur le traitement de l'imprévision qui, à la lecture de l'article 1195, se double : il est, dans un premier temps, amiable (I) et, dans un second, judiciaire (II).

I — Le traitement amiable de l'imprévision

6. L'alinéa 1er de l'article 1195 prévoit, à supposer réunies les conditions précitées, que la partie qui subit les circonstances imprévues et qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque (à supposer d'ailleurs qu'une clause en ce sens soit compatible avec l'article 1171) "*peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant*". Le dispositif nouveau, qui renonce donc à imposer une obligation de renégocier (12), incite les parties à s'entendre : c'est logique, dans la mesure où elles sont sans doute les mieux placées pour tenter de remédier au déséquilibre (13). Mais il n'est pas certain que cette renégociation aboutisse : elle peut tourner court, ou même n'avoir jamais lieu. C'est que, l'article 1195 ne posant pas, comme on l'a déjà dit, d'obligation de renégocier, le créancier peut parfaitement refuser la proposition faite par le débiteur. L'alinéa 2 prévoit alors qu'en cas "*de refus ou d'échec de la renégociation*", les parties "*peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation*". A vrai dire, la probabilité qu'elles parviennent à un accord soit pour mettre fin au contrat, soit pour confier au juge, qui serait en quelque sorte leur mandataire commun, le pouvoir d'adapter le contrat, paraît assez faible : les parties peuvent certes n'être en désaccord que sur les termes de la renégociation, auquel cas il n'est pas inenvisageable qu'elles consentent à recourir au juge ; mais lorsqu'elles seront en désaccord sur le principe même de la renégociation, on imagine assez mal qu'elles acceptent de s'en remettre à lui, au risque que le contenu de leurs engagements leur échappe. Surtout, à côté du cas dans lequel le refus de renégocier correspondrait à l'hypothèse caricaturale du créancier défendant égoïstement ses intérêts sans se soucier aucunement de ceux de son débiteur, il en est d'autres dans lesquels le refus du créancier de renégocier pourrait être parfaitement légitime. Si, en effet, il estimait, et peut-être à juste titre puisqu'elles ne font l'objet, à ce stade, d'aucun contrôle judiciaire, que les conditions de la renégociation ne sont pas réunies, par exemple parce qu'il estimerait que l'exécution du contrat n'est pas devenue "excessivement onéreuse" pour le débiteur, le créancier pourrait refuser de renégocier, convaincu qu'il n'y a aucune raison de revenir sur la parole donnée par chacune des parties lors de la conclusion du contrat.

7. L'enjeu est important puisque, "*à défaut d'accord dans un délai raisonnable*", s'ouvre la phase judiciaire du traitement de l'imprévision, à l'initiative d'une seule des parties : l'alinéa 2 énonce en effet que "*le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe*". Sans anticiper sur les développements qui suivent, il faut tout de même dès à présent bien voir que la phase judiciaire joue comme un moyen de pression exercée sur le créancier destinée à favoriser la renégociation. Privilégiant celle-ci, le texte fait en effet peser sur le créancier qui refuserait de renégocier ou qui ne parviendrait pas à renégocier à des conditions acceptables pour le débiteur un risque : celui que le juge révisé le contrat ou qu'il y mette fin. L'incitation à la renégociation est ainsi particulièrement forte, au point dans certains cas de tourner au chantage de la part de celui qui veut forcer à la renégociation, sans que l'on sache pourtant s'il était fondé à solliciter ladite renégociation (14). Voici comment le débiteur, menaçant le créancier de saisir le juge, pourrait, peut-être sans justification sérieuse puisque personne n'aura pu contrôler le bien-fondé de sa prétention, le contraindre à accepter de renégocier : quelle que puisse être l'issue du litige, le principe même de l'intervention du juge pourrait inciter le créancier à accepter une renégociation dont la légitimité serait pourtant sujette à discussion. Et ce, *a fortiori*, si le débiteur menaçait de saisir le juge des référés afin qu'il le dispense d'exécuter ses obligations dans l'attente d'une décision au fond (15).

II — Le traitement judiciaire de l'imprévision

8. Si, donc, les parties ne sont pas parvenues, dans un "*délai raisonnable*" (notion que les textes nouveaux affectent, v. article 1116 N° Lexbase : L0838KZ3 sur l'offre, article 1123 N° Lexbase : L0827KZN sur le pacte de préférence, article 1226 N° Lexbase : L0846KZD sur la résolution unilatérale, article 1231 N° Lexbase : L0932KZK sur la mise en demeure), à un accord sur la résolution du contrat ou sur son adaptation par le juge, l'une d'entre elles ("*à la demande d'une partie*") peut saisir le juge qui aura alors le pouvoir de "*réviser le contrat ou [d'] y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*".

9. Le texte, dans sa version définitive, a ainsi évolué par rapport à la version contenue dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations tel qu'il avait été rendu public en février 2015. Alors en effet que, dans sa version initiale, le juge n'avait que le pouvoir de "*mettre fin*" au contrat, sans disposer de la faculté de le réviser, le texte modifié n'enferme plus le juge dans ce choix binaire : mettre fin au contrat ou bien le laisser continuer ; il ajoute la possibilité pour le juge de procéder à la révision du contrat.

Cette extension des pouvoirs du juge est, en ce sens, bienvenue, le respect de la volonté des parties et l'utilité économique de l'opération étant sans doute mieux servis par l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles que par la disparition pure et simple de l'engagement (16). Surtout, la possibilité d'une révision judiciaire du contrat devrait permettre de déjouer des stratégies consistant pour une partie à ne pas jouer le jeu de la renégociation pour favoriser la fin de la relation contractuelle (17) "à la date et aux conditions" fixées par le juge. C'est qu'il a la possibilité d'assortir la fin du contrat d'un effet rétroactif lui permettant de remonter dans le temps pour prendre en compte le moment à partir duquel l'équilibre contractuel a été rompu par suite du changement de circonstances, ou bien inversement d'aménager un préavis -on peine en revanche quelque peu à saisir ce que recouvrent exactement les "conditions" auxquelles il peut subordonner la décision de mettre fin au contrat-.

10. Le dispositif ainsi consacré dans le Code civil paraît tout de même laisser subsister des zones d'ombre. Deux séries de questions essentielles se posent, auxquelles la jurisprudence aura inmanquablement à répondre.

— *Primo*, lorsque l'alinéa 2 de l'article 1195 du Code civil énonce qu'"à défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin [...]", faut-il considérer qu'il fixe une hiérarchie entre les remèdes, de telle sorte que le juge devrait d'abord examiner la possibilité d'une révision du contrat, et n'envisager la rupture de celui-ci que par défaut? Ou bien au contraire s'agit-il d'une option conférant au juge une entière liberté dans l'appréciation de l'opportunité de recourir à l'un ou à l'autre des remèdes proposés? Et à supposer que tel soit le cas, ce que le texte incite d'ailleurs à croire, le juge devra-t-il justifier des critères qui l'ont conduit à préférer tel remède plutôt que tel autre? On se doute qu'il tiendra compte des arguments échangés par les parties devant lui. Mais que décider si l'une d'entre elles soutient que l'adaptation du contrat prive celui-ci de l'intérêt qu'elle entendait en retirer, tandis que l'autre, au contraire, ferait savoir que la révision du contrat correspond à ses attentes? Sans compter qu'il faudra certainement composer avec les cas dans lesquels la révision serait certes techniquement possible, mais pratiquement difficilement envisageable, ne serait-ce que parce que les relations entre les parties, par hypothèse en désaccord, seront suffisamment détériorées pour que puisse être envisagée de façon réaliste la survie du contrat (18) -tout comme peut paraître hypothétique la résurrection forcée du contrat irrégulièrement rompu dans les conditions du nouvel article 1226 du Code civil-. Autre interrogation, dans un registre un peu différent : le juge sera-t-il tenu par la demande qui lui sera adressée? Si, par exemple, "à défaut d'accord dans un délai raisonnable", l'une des parties lui demande de mettre fin au contrat, le juge sera-t-il tenu par cette demande, ou bien au contraire pourra-t-il préférer réviser le contrat?

— *Secundo*, faut-il considérer que, saisi d'une demande de révision ou d'une demande tendant à mettre fin au contrat, le juge disposera du pouvoir de contrôler que les conditions de l'alinéa 1er sont remplies, à savoir un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque? La rédaction de l'alinéa 2 de l'article 1195, qui n'est pas dépourvue d'ambiguïté, pourrait à l'inverse suggérer que le juge tire son pouvoir (réviser ou mettre fin au contrat) du défaut d'accord des parties et de la demande subséquente que lui exprime l'une d'elles, et non de la réunion des conditions de la renégociation. On conviendra qu'il serait curieux et dangereux que le juge puisse adapter ou mettre fin au contrat sans jamais se prononcer sur le bien-fondé de la demande, qui ne peut logiquement se déduire que de la réunion des conditions posées par l'alinéa 1er. A défaut, le débiteur qui voudrait se délier à bon compte de ses obligations, autrement dit sans raison valable, et auquel le créancier refuserait légitimement toute renégociation faute de changement imprévisible de circonstances et/ou d'exécution devenue excessivement onéreuse, pourrait, par hypothèse à défaut d'accord dans un délai raisonnable, saisir le juge et obtenir de lui qu'il réviser le contrat ou qu'il y mette fin. Pour éviter cette solution absurde, il faudra que la jurisprudence dise explicitement que lorsque le juge est saisi d'une demande tendant à la révision ou à la rupture du contrat, il ne doit pas seulement constater le refus ou l'échec de la renégociation et l'absence d'accord des parties sur la résolution ou l'adaptation du contrat; il s'impose qu'il vérifie également le bien-fondé de la demande qui lui est adressée et qui émane de l'une des parties, ce qui commande qu'il contrôle la réalité d'un changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour la partie qui le subit.

Tout cela suscite en tout cas beaucoup d'interrogations, voire de réserves. Le jeu en valait-il la chandelle? Il est permis d'en douter, d'autant que, depuis des décennies, les contractants, réglant eux-mêmes la difficulté en stipulant des clauses dites de *hardship*, avaient pris leurs responsabilités et, comme on l'a dit, parfaitement "*su dompter les eaux du fameux Canal de Craponne*" (19). Ne suffisait-il pas que la Cour de cassation exerce sur la mise en œuvre de ces clauses un contrôle de motivation renforcé (20) qui aurait permis que la renégociation, pour reprendre la formule évocatrice de M. Yves Lequette, ne reste pas un "*pur exercice de style dépourvu de toute portée pratique*" (21)?

(1) Là où, au contraire, l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce (N° Lexbase : L1769KGM) ne comporte pas cette restriction, de telle sorte qu'il autorise le contrôle des déséquilibres financiers autant que juridiques. Sur ce point, v. note M. Chagny, *La généralisation des clauses abusives, in Réforme du droit des contrats et pratique des*

affaires, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 47 et s..

(2) Ch. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil in Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 46 et s..

(3) Cass. civ., 6 mars 1876, DP, 1876, 1, 93, note Giboulot.

(4) CE, 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, DP, 1916, 3, 25, concl. Chardenet.

(5) Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547 (N° Lexbase : A4297ABR), Bull. civ. IV, n° 338 ; Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357 (N° Lexbase : A9771AYK), Bull. civ. IV, n° 227.

(6) N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Les Petites Affiches, 30 septembre 1998, n° 117.

(7) Ch. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, préc.

(8) L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, RJ com. 1999, p. 17, n° 18.

(9) *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. Terré, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 243 (au sujet du projet d'article 92).

(10) Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 (N° Lexbase : A6845E3W) D., 2010, p. 2481, note D. Mazeaud, et p. 2485, note Th. Genicon.

(11) Notre thèse, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005.

(12) A la différence du projet "Catala" (art. 1135-2 et 3), du projet "Terré" (art. 92, al. 2) et du projet de la Chancellerie (art. 137).

(13) Ph. Stoffel-Munck, *La résiliation pour imprévision*, AJCA, 2015, p. 262.

(14) N. Molfessis, *Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats*, JCP 2015, p. 1415.

(15) Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt "Soffimat" (Cass. com., 29 juin 2010, préc.), la Cour de cassation considère d'ailleurs que l'évolution des circonstances, en ce qu'elle avait eu pour effet de "déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties [...] était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont (le créancier) sollicitait l'exécution". Le nouvel article 1195, en ce qu'il reconnaît au juge le pouvoir de prendre en compte l'imprévision contractuelle, incitera-t-il le juge des référés à admettre assez facilement le caractère sérieusement contestable de l'obligation dont le créancier réclamerait l'exécution en cas de désaccord entre les parties ?

(16) M. — E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996.

(17) Y. Picod, *L'imprévision contractuelle, in La réforme du droit des contrats, 1ère Journée Cambacérès : Faculté de droit et de science politique de Montpellier*, 2015, p. 165 et s..

(18) B. Attias, *La survie du contrat*, thèse dactyl. Université Paris-Sud, 2015.

(19) Ph. Dupichot, *La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision, in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, op. cit.*, p. 73.

(20) Ce qu'elle ne fait pas toujours, v. Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-13.214 (N° Lexbase : A7650DRR), D., 2007, p. 765, note D. Mazeaud.

(21) Y. Lequette, *De l'efficacité des clauses de hardship, in Mélanges*, Ch. Larroumet, Economica, 2010, p. 267 et s., spéc. p. 277.

Revue

08

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : la consécration de la cession conventionnelle de contrat

12436459

N° Lexbase : N1631BWC



par *Jeremy Antippas*, Maître de conférences à l'Université Jean Moulin — Lyon 3

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : [L4857KYK](#))

Le Code civil ignore encore aujourd'hui le mécanisme de la cession conventionnelle de contrat de manière générale. Il réglementa certes dès 1804 la cession de créance, mais n'aborde en revanche la cession de contrat qu'à travers le cas spécifique du contrat de bail. Effet, suivant l'article 1717 (N° Lexbase : [L1839ABQ](#)), "le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite". Ultérieurement, d'autres cas particuliers de cession de contrat furent plus ou moins explicitement ajoutés au sein du code ; par exemple l'article 1743 (N° Lexbase : [L1791IE3](#)) sur la poursuite du bail en cas de vente de l'immeuble loué, ou encore l'article 1601-4 (N° Lexbase : [L1701ABM](#)) relatif à la cession par l'acquéreur des droits d'une vente d'immeuble à construire. La jurisprudence reconnut cependant peu à peu le mécanisme (v. *infra*). L'avant-projet "Catala" de réforme du droit des obligations et de la prescription de 2005 (art. 1165-4 et 1165-5) et le premier projet de la Chancellerie de 2008 (art. 148) prévoyaient de consacrer la figure de cession conventionnelle de contrat. Plus encore, les propositions de réforme pour le régime général de l'obligation, rédigées sous l'égide de M. Terré en 2013, envisageaient de la réglementer de manière précise (art. 146). C'est dans cette lignée que l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, comprend une section 4 intitulée "La cession de

contrat" au sein d'un chapitre IV sur les effets du contrat. Un article 1216 (N° Lexbase : L0929KZG) dispose ainsi : "un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé" avant de réglementer l'opération. La consécration de la notion de cession conventionnelle de contrat (I) précède ainsi la détermination du régime de cette figure conventionnelle (II).

I — La notion

L'article 1216 précité consacre la notion même de cession conventionnelle de contrat et en fait un contrat solennel (al. 3, "*la cession doit être consacrée par écrit, à peine de nullité*"). Si le Code civil reste encore de manière générale muet sur une telle notion, celle-ci fut néanmoins progressivement appréhendée par la jurisprudence et la doctrine (not. C. — F. Lapp, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, th. 1950, préf. J. Radouant ; Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. 1968 ; L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984).

Mais les mécanismes prévus par le Code civil -cession de créance, délégation, novation...— semblèrent constituer autant d'obstacles à la reconnaissance de la cession de contrat comme figure conventionnelle autonome.

En particulier, un arrêt avait, dans une affaire où tout semblait pourtant indiquer qu'il s'agissait d'une cession conventionnelle de contrat, appliqué les règles de la délégation en jugeant que "*les dispositions de l'article 1275 du Code civil (N° Lexbase : L1385ABW) étaient [...] applicables à un apport devant emporter changement de débiteur*" (Cass. civ., 12 mars 1946 N° Lexbase : A2287C89, JCP 1946, II, 3114, note R. C.).

Mais la Cour de cassation jugea ultérieurement qu'"*en l'absence de toute convention particulière et de circonstances spéciales les cessionnaires successifs d'un droit au bail deviennent, par l'effet même de la cession du contrat synallagmatique de contrat de louage, débiteurs du bailleur originaire*" (Cass. civ., 7 janvier 1947, D., 1947, 163 ; JCP, 1947, II, 3510, note Becqué ; RTDCiv., 1947, 201, obs. J. Carbonnier). Une décision énonça également, à propos de la cession d'une promesse de vente, que "*la cession d'un contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui du contrat transmis*" (Cass. civ. 1, 14 décembre 1982, n° 81-15.455 N° Lexbase : A7556AGX, Bull. civ. I, n° 360 ; D., 1983, J. 416, note L. Aynès.).

Les tâtonnements de la jurisprudence à l'égard de la notion de cession de contrat se vérifiaient aussi avec la question de l'application à cette opération, de l'article 1690 du Code civil (N° Lexbase : L1800ABB) (v. not. exigeant le respect des formalités de l'article 1690 : Ass. plén., 14 février 1975, n° 73-10.912 N° Lexbase : A7012AGS, Bull. civ., Ass. plén., n° 1 ; Cass. civ. 3, 7 juillet 1993, n° 91-12.368 N° Lexbase : A5581ABC, Bull. civ. III, n° 111. *Contra* : Cass. com., 7 janvier 1992, n° 90-14.831 N° Lexbase : A4188ABQ, D., 1983, 278, note L. Aynès).

Reste que la Cour de cassation admit plus clairement, dans les années 1990, la cession conventionnelle de contrat (Cass. com., 7 janvier 1992, n° 90-14.831 N° Lexbase : A4188ABQ, Bull. civ. IV, n° 3 ; JCP 1992, I, n° 3591, obs. C. Jamin ; D., 1992, Somm., p. 278, obs. L. Aynès ; RTDCiv., 1992, 760, note J. Mestre ; Cass. com., 6 mai 1997, 2 arrêts, n° 94-16.335 N° Lexbase : A1519ACA et n° 95-10.252 N° Lexbase : A1697ACT, Bull. civ. IV, n° 117 et n° 118 ; D., 1997, Jur., p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; Defrénois, 1997, art. 36 633, note D. Mazeaud) comme figure distincte de la délégation, de la cession de créance, de la novation ou encore du sous-contrat.

Cependant, elle se référa de nouveau, dans une affaire similaire rendue à peine quelques années plus tard, à la délégation (Cass. civ. 3, 12 décembre 2001, n° 00-15.627, FS-P+B N° Lexbase : A6318AXB, Bull. civ. III, n° 153 ; D., 2002, 984, obs. M. Billiau et C. Jamin).

L'article 1216 précité consacre donc la notion de cession de contrat à la suite d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine ayant commencé à façonner cette figure conventionnelle, mais celle-ci restait néanmoins encore relativement incertaine.

Il vise également clairement la cession de la "*qualité de partie au contrat*". Il ne s'agit donc pas seulement d'une double cession de créances et de dettes : doivent être transmis notamment, avec la qualité de partie au contrat, tous les droits potestatifs qui seraient le cas échéant issus de celui-ci (comme par exemple une faculté conventionnelle de dédit).

Le régime de cette figure en ressort également désormais largement fixé.

II — Le régime

L'article 1216 précité admet la cession, au cessionnaire, de la position de partie au contrat par le cédant "*avec l'accord de son cocontractant cédé*". Là encore, la clarification est bienvenue dans la mesure où la nécessité de

l'accord du cédé avait été discutée. Certains avaient en effet considéré que la cession de contrat était par principe possible sans même l'accord du cédé (L. Aynès, th. préc.). Le projet "Terré" de 2013 prévoyait dans cette lignée une libre cessibilité de principe du contrat, sauf caractère déterminant de la personne du cédant ou le cas échéant stipulation d'incessibilité du contrat. Mais la position de la Cour de cassation était en sens contraire. Un arrêt avait déjà énoncé que *"la transmission à un tiers des obligations actives et passives, corrélatives, résultant, pour l'une des parties, d'un contrat synallagmatique, tendant à une substitution de débiteur, n'est opposable à l'autre partie que si elle a été acceptée par cette dernière"* (Cass. civ., 12 mars 1946, préc.). Plus clairement encore, la jurisprudence confirma l'exigence de l'accord du contractant cédé, d'abord pour les contrats conclus *intuitu personae* (Cass. com., 7 janvier 1992, préc.) puis plus généralement pour tout contrat (Cass. com., 6 mai 1997, préc.).

Une partie de la doctrine avait alors considéré que l'existence d'un consentement du "cédé" faisait obstacle à toute réelle cession de contrat car, exposait-elle, cet accord devait alors nécessairement impliquer la conclusion d'un nouveau contrat antinomique de toute véritable cession du contrat initial (J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3ème éd. LGDJ, 2001, p. 1138, n° 1053).

L'article précité tranche la controverse : il montre non seulement que l'accord du cédé est exigé, mais encore que cela n'empêche pas la cession de contrat. Il n'y a donc pas nouveau contrat mais bien continuation de l'ancien entre le cessionnaire et le cédé.

De même, la possibilité pour le cédé de donner son consentement par anticipation est consacrée par l'alinéa 2 de l'article 1216 : *"Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé"*.

Là encore, le texte consacre la notion de la Cour de cassation (Cass. com., 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 118, préc.) en dépit des critiques dont elle avait fait l'objet. Certains considéraient en effet douteux que le cédé puisse consentir par avance à la continuité du contrat sans même connaître la personne du cessionnaire (D. Mazeaud, Defrénois, 1997, 977, § 9). L'article 1216 prévoit toutefois les modalités pratiques d'une autorisation de cession qui serait donnée dans le contrat initial : dans ce cas *"la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte"*.

A côté de l'effet translatif attaché à la notion même de cession de la qualité de partie au contrat, et découlant de l'article 1216-2 (N° Lexbase : L0611KZN) (*"le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant. Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant"*), l'effet libératoire avait également été discuté. Certains avaient considéré que la cession n'était libératoire qu'en cas d'accord du cédé. D'autres, que la cession devait être en elle-même libératoire. Encore fallait-il fixer la portée de la libération : effet rétroactif ou pour l'avenir seulement ? A ce sujet, au sein de l'ordonnance précitée, un article 1216-1 (N° Lexbase : L0610KZM) tranche encore les controverses : *"si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat"*.

Il en résulte donc une possibilité de cession non libératoire : à défaut d'accord exprès du cédé, il y aura solidarité entre cédant et cessionnaire.

Par ailleurs, le sort des sûretés avait été discuté. Certains prônaient leur extinction pour éviter spécialement que la caution du cédant se retrouve, sans y avoir consenti, caution du cessionnaire (C. Jamin et M. Billiau, *Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé*, D., 1998, 145). L'article 1216-3 (N° Lexbase : L0612KZP) règle la question : *"si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord"*. Cette dernière règle avait également été préconisée par une partie de la doctrine (C. Lachière, *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat*, D., 2000, 184). L'article précité ajoute *in fine* : *"si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette"*.

L'ordonnance ne répond cependant pas à toutes les interrogations sur la cession conventionnelle de contrat. Par exemple, elle ne souffle mot quant au point de savoir si le droit du cédé d'autoriser la cession est ou non discrétionnaire et, pis encore, dans l'hypothèse où ce droit serait soumis à contrôle de l'abus, de la sanction de celui-ci : possibilité pour le juge d'autoriser la cession (en ce sens : L. Aynès, D., 1998, 25) ou simple faculté de mise en jeu de la responsabilité civile du "cédé" récalcitrant ? En quoi l'on voit que la jurisprudence, qui avait en la matière joué un rôle de premier plan, continuera de devoir préciser le régime de la cession conventionnelle de contrat.

Revue

09

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : l'exécution forcée en nature dans l'ordonnance du 10 février 2016

12436431

N° Lexbase : N1658BWC



par Benjamin Attias, Docteur en droit, Membre de l'Institut Droit Ethique et Patrimoine, Université Paris-Sud

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

1. "On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage, est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise" (1). En ces quelques mots, Portalis plaçait déjà la force obligatoire, la bonne foi et l'intangibilité au cœur de la notion de contrat.

2. L'article 1134 du Code civil (N° Lexbase : L1234ABC) retranscrit parfaitement cette pensée imposant aux partenaires contractuels qui ont fait de leur convention leur loi, de respecter à la lettre l'engagement qu'ils ont pris. Aucune difficulté lorsque le débiteur s'exécute spontanément et volontairement et qu'il ne modifie pas les termes de l'acte. Mais la difficulté survient lorsque le créancier est obligé de mettre en force son droit en ayant recours à un procédé d'exécution forcée pour contraindre le débiteur à respecter la parole qu'il a donné. Il s'agit d'envisager la question de l'inexécution et des remèdes (2) qui peuvent être envisagés pour préserver les droits du créancier.

3. A ce titre, l'article 1217 (N° Lexbase : L0931KZI) de l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit qu'en cas d'inexécution le créancier peut refuser d'exécuter (3) ou suspendre l'exécution de sa propre obligation (4),

poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, solliciter une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat ou demander la réparation des conséquences de l'inexécution. Assurément, il convient de relever que l'ordonnance fait primer la survie du contrat sur son extinction.

4. Symbole de la voie empruntée par l'ordonnance, les articles 1221 (N° Lexbase : L0942KZW) (5) et 1222 (N° Lexbase : L0941KZU) (6) qui composent la sous-section 2 intitulée "*L'exécution forcée en nature*". Cet intitulé n'est pas anodin et l'absence d'intégration de la notion d'exécution par équivalent ne l'est pas non plus (7). Il n'y a exécution libératoire du contrat que lorsqu'il y a exécution en nature.

5. Une lecture combinée de ces deux articles fait apparaître, à n'en point douter, une consécration de la primauté du droit à l'exécution forcée en nature (I) mais laisse également entrevoir certaines difficultés quant à la mise en œuvre de ce droit à l'exécution en nature (II).

I — La consécration d'une primauté du droit à l'exécution en nature

6. La consécration d'une primauté du droit à l'exécution en nature est double dans l'ordonnance du 10 février 2016 puisqu'elle instaure la règle d'une exécution forcée en nature directe (8) qu'elle érige au rang de principe (A) mais également d'une exécution forcée en nature indirecte (9) dont elle assouplit les conditions (B).

A — Le principe de l'exécution forcée en nature directe

7. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, le droit à l'exécution en nature supposait de distinguer en fonction de la nature de l'obligation. Par nature applicable à l'obligation de somme d'argent et, pour certains auteurs, écartée pour l'obligation de donner (10), la question de l'exécution en nature s'est posée pour les obligations de faire et de ne pas faire, notamment du fait de la rédaction lapidaire de l'article 1142 du Code civil (N° Lexbase : L1242ABM) qui prévoit que "*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*".

8. L'interprétation stricte de ce texte conduit à supprimer tous les droits du créancier et à les suspendre au seul bon vouloir du débiteur qui peut s'octroyer la faculté de monnayer l'inexécution et sa libération, sans respecter son engagement. Outre le fait qu'un tel comportement porte atteinte à la force obligatoire, il permet la création d'une obligation alternative au profit du débiteur qui peut dès lors choisir entre exécution et indemnisation. Une telle obligation est contradictoire avec l'article 1184 du Code civil (N° Lexbase : L1286ABA) (11) et relègue l'exécution en nature au rang d'exception (12).

9. Poussée par une partie de la doctrine, la jurisprudence a dépassé l'obstacle de l'article 1142 énonçant que "*la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible*" (13), posant le principe d'exécution forcée en nature au profit du créancier qui en fait la demande, lorsque l'exécution est possible.

L'ordonnance, en son article 1221, confirme cette lecture renouvelée de l'article 1142 du Code civil auquel, pour reprendre l'expression de Monsieur Simler, elle veut "*tordre le cou*" (14). Qui plus est, elle met fin à la distinction entre les obligations et garantit une primauté du droit à l'exécution en nature et intègre deux limites que sont l'impossibilité d'exécution et le coût manifestement disproportionné, la première étant déjà présente en droit positif. Cette primauté est confirmée par le développement de l'exécution forcée en nature indirecte encadrée par l'article 1222 de l'ordonnance.

B — L'assouplissement des conditions de l'exécution forcée indirecte

10. L'article 1222 du projet d'ordonnance de 2015 consacrant les dispositions des actuels articles 1143 (N° Lexbase : L1243ABN) (15) et 1144 (N° Lexbase : L1244ABP) (16) du Code civil prévoyait de se passer de l'autorisation du juge pour détruire ou faire exécuter l'obligation, retardant l'intervention du juge qui était alors déplacée à la demande d'avance des frais par le débiteur.

Si l'ordonnance n'a pas retenu cette extrême faveur pour le créancier, elle consacre au rang des modes d'exécution forcée en nature la faculté pour le créancier d'obtenir "*la destruction de ce qui a été en violation*" de l'obligation de ne pas faire ainsi que la possibilité de faire exécuter l'obligation par un tiers.

11. La destruction, d'une part, a fait l'objet d'une modification entre le projet de 2015 et l'ordonnance de 2016. Alors qu'elle avait disparu, l'autorisation du juge (17) réapparaît à l'article 1222 (18). Le créancier peut "*sur autorisation du juge*" faire détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation. Cette autorisation assure la protection d'une situation de fait qui s'est créée dès la violation de l'obligation par le débiteur, situation de fait qui peut être menacée par une

intervention précipitée du créancier (19).

On peut toutefois regretter la formulation générale de l'article 1222 se cantonnant à la seule destruction alors que la jurisprudence admet la remise en état ou la cessation du trouble (20). Une rédaction plus audacieuse, tournée vers l'exécution forcée en nature de l'obligation de ne pas faire aurait pu être proposée (21).

12. L'exécution de l'obligation par un tiers, d'autre part, est, quant à elle, pleinement consacrée et n'est soumise qu'à une exigence de mise en demeure préalable du débiteur. En supprimant l'autorisation préalable du juge (22), l'article 1222 facilite la mise en force du droit du créancier par l'accélération du processus et par la contrainte qu'elle exerce sur le débiteur, menacé, s'il persiste dans l'inexécution, par le remboursement ou l'avance des frais de l'exécution par le tiers.

L'exigence d'une mise en demeure préalable tend en effet à s'assurer que le créancier a d'abord tenté de faire exécuter l'obligation par son partenaire initial. Ce n'est qu'en cas d'échec que l'exécution forcée indirecte peut s'imposer au débiteur à la double condition qu'elle soit mise en œuvre dans un délai et à un coût raisonnable.

13. Le délai raisonnable renvoie assurément à une recherche subjective, eu égard à la volonté des parties et à la nature de l'obligation, qui garantit une certaine prévisibilité contractuelle et une plus grande sécurité juridique pour le débiteur, le délai devant courir à compter de la mise en demeure pour laisser au débiteur le temps d'exécuter ou d'obtenir, par exemple, des délais de paiement. Le coût raisonnable fait écho à l'hypothèse retenue par le projet d'ordonnance de 2015 à propos de l'exécution forcée directe (23) et suppose de vérifier le coût de l'exécution par le tiers pour éviter qu'elle ne pèse trop lourdement sur le débiteur.

14. L'instauration d'une exécution forcée indirecte par l'article 1222 s'inscrit dans la volonté affirmée d'une consécration de la primauté de l'exécution en nature de l'article 1221. Cependant, l'ordonnance pose deux limites qui cristallisent les difficultés de mise en œuvre du droit à l'exécution forcée en nature.

II — Les difficultés liées à la mise en œuvre du droit à l'exécution forcée en nature

15. Qu'il s'agisse de l'impossibilité d'exécution ou du caractère manifestement disproportionné du coût de l'exécution, il convient de relever les doutes et les incertitudes concernant les limites au droit à l'exécution en nature pour le créancier. Les incertitudes résident dans l'imprécision de l'article 1221 et plus généralement de l'ordonnance qui n'a pas pris soin de définir la notion d'impossibilité d'exécution (A). Quant aux doutes, l'introduction de la "*disproportion manifeste*" tend à remettre en cause l'effectivité de la primauté du droit à l'exécution en nature (B).

A — Les imprécisions des contours de l'impossibilité d'exécution

16. L'impossibilité d'exécution envisagée comme une limite au droit à l'exécution en nature n'a pas été définie par l'ordonnance du 10 février 2016, alors même qu'elle y consacre une section. Les articles 1351 (N° Lexbase : L0998KZY) et 1351-1 (N° Lexbase : L0732KZ7) n'envisagent en effet l'impossibilité que comme une cause d'exonération rattachée à la force majeure, qui, elle, fait l'objet d'une définition à l'article 1218 (N° Lexbase : L0930KZH) de l'ordonnance (24). Or, puisque c'est l'impossibilité qui constitue la limite à l'exécution forcée en nature, il aurait été plus judicieux de réserver la force majeure à la responsabilité et de définir l'impossibilité d'exécution comme un obstacle à la mise en force du droit pour le créancier, notamment en s'appuyant sur l'éclairage du droit positif.

17. L'impossibilité matérielle d'exécution, envisagée par l'article 1351-1 de l'ordonnance lorsque la chose due par le débiteur est perdue, doit pouvoir être retenue et conduire à une libération du débiteur des charges de l'inexécution en cas de force majeure, en cas de faute, il restera tenu des dommages et intérêts (25). L'impossibilité juridique liée à l'absence de droits du débiteur sur la chose objet du contrat, soit parce qu'il les a perdus (26), soit parce qu'il ne les a jamais eus (27), doit également être prise en compte et permettre l'indemnisation du créancier en l'absence de force majeure. La doctrine reconnaît également, sur le fondement de l'actuel article 1142 du Code civil, l'impossibilité lorsque l'exécution forcée en nature emporte une contrainte physique ou porte atteinte à une liberté individuelle du débiteur.

18. Quant à l'existence d'une impossibilité morale d'exécution, qui pourrait être rattachée à la prise en compte des capacités du débiteur, elle est, pour l'heure, plus que subsidiaire et se rapproche d'une certaine forme d'impossibilité matérielle en raison des conséquences que pourraient avoir l'exécution forcée sur le débiteur.

La prise en compte du caractère raisonnable du coût de l'exécution forcée indirecte (28) mais également l'admission de la révision pour imprévision (29) devrait conduire à une prise en compte objective de la situation pour justifier l'admission ou le refus de l'exécution. Or, l'introduction du coût manifestement disproportionné sème le doute quant à l'effectivité de la consécration de la primauté de l'exécution en nature.

B — Les doutes sur l'effectivité de l'exécution forcée en nature

19. Outre l'incohérence que le maintien du "déraisonnable" (30) à l'article 1222 soulève, la substitution du coût manifestement disproportionné pour le débiteur eu égard à l'intérêt pour le créancier n'est pas sans conséquences pour le droit à l'exécution en nature. Il faut reconnaître qu'en utilisant une notion déjà connue du droit positif (31), l'ordonnance facilite l'appréhension de cette limite au droit à l'exécution en nature, mais elle rend plus subjective l'analyse de la situation contractuelle (32).

20. Si le temps du contrôle de la proportionnalité se fera nécessairement au moment où le créancier réclame son paiement, il ne faudrait pas que la manifeste disproportion constitue une nouvelle cause d'exonération pour le débiteur. Une telle porte de sortie ouverte pour le débiteur menacerait la force obligatoire du contrat au détriment de toute recherche de satisfaction du créancier, ce qui suppose de fixer le cadre de l'exception à l'exécution en nature. Une approche cohérente de l'ensemble de l'ordonnance devrait conduire, "s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier", non pas à la fin du droit à l'exécution en nature mais à l'adaptation de l'obligation aux capacités du débiteur eu égard à la satisfaction que pourrait en retirer le créancier.

21. Ainsi, en s'inspirant des jurisprudences "Macron" (33) et "Nahoum" (34), à propos du cautionnement disproportionné, on pourrait envisager une adaptation de l'obligation à la situation du débiteur lorsque le créancier a commis une faute. De même, il faut ajouter l'hypothèse d'un retour à meilleure fortune pour permettre au créancier d'obtenir une satisfaction totale, par l'exécution complémentaire du restant de l'obligation, lorsque celle-ci est redevenue possible. En l'absence de faute, il devrait être possible d'envisager une réduction de l'obligation pour "rendre raisonnable" le coût de l'exécution tout en s'assurant qu'elle conserve un intérêt pour le créancier (35).

22. La consécration d'un droit à l'exécution en nature, tant directe qu'indirecte, octroyé au créancier est opportune tant elle replace la force obligatoire et le respect de la parole donnée au cœur du contrat. Cependant, les limites à ce droit, au demeurant légitimes, ne sauraient être utilisées comme causes d'exonération totale du débiteur, ces dernières devant rester exceptionnelles et être encadrées, afin de préserver la cohérence de l'ordonnance, qui admet la réduction ou l'imprévision dans une recherche d'équilibre entre les droits du créancier et du débiteur. Tel est le prix à payer pour une consécration effective de la primauté du droit à l'exécution en nature.

(1) Portalis, *in Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du projet de Code civil*, An XII, Tome V, Imprimerie de la République, 1804, p. 103.

(2) Sur les remèdes à l'inexécution v. P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution : essai de classification*, th. Paris, 2000 ; C. Popineau-Dehaillon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Etude comparative*, préf. M. Goré, LGDJ, 2008.

(3) Sur l'exception d'inexécution v. R. Cassin, *De l'exception d'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, th. Paris, 1914 ; J. — F. Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, th. Paris, 1971 ; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.

(4) Pour une définition de la suspension v. A. Brun, H. Galland, *Traité de droit du travail*, tome 1, 2ème éd., Sirey, 1978, n° 606, p. 762 qui estiment que "la suspension entraîne seulement une interruption momentanée dans la vie du contrat lequel reprendra son cours normal après une période plus ou moins longue de mort apparente" ; A. Brun ; H. Galland, *Traité de droit du travail*, tome 1, 2ème éd., Sirey, 1978, n° 606, p. 762. Sur la suspension en général, v. J. — F. Artz, *La suspension du contrat à exécution successive*, D., 1979, ch. XV, n° 1, p. 95 ; v. égal. Ch. Garreau, *La notion de suspension du contrat*, sous la dir. de Ch. Jamin, th. Lille, 2003.

(5) C. civ., art. 1221, nouv. : "le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier".

(6) C. civ., art. 1222, nouv. : "après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci".

(7) L'article 1217 prévoit la réparation des conséquences de l'inexécution ce qui laisse entendre que l'ordonnance définit l'exécution par la notion d'exécution en nature. La doctrine a d'ailleurs pu s'interroger sur la nature de l'exécution forcée, en ce sens, v. coll. *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC, 2005.

(8) En ce que l'action est dirigée contre le débiteur.

(9) En ce qu'elle fait suite à l'échec de l'exécution forcée en nature directe.

(10) J. Flour, J. — L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 9ème éd. 2015, n° 165, p. 154 : "A strictement parler, la question de l'exécution forcée en nature ne concerne pas les obligations de donner". Ils poursuivent cependant à propos de l'obligation de livrer : "l'exécution forcée en nature, laquelle n'implique alors, en principe, aucune contrainte sur la personne même du débiteur", proposant une mise en force synonyme à l'exécution forcée en nature de l'obligation de donner puisque "le créancier se fera mettre en possession de la chose qui lui est due".

(11) C. civ., art. 1184, al. 2, "la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts". Cette disposition laisse le choix entre exécution et réparation au créancier et non au débiteur.

(12) Tel est le cas de la jurisprudence relative à la réalisation forcée de la promesse unilatérale, contrat doté de la force obligatoire, qui considère que la rétractation de la promesse doit permettre la libération du promettant (depuis l'arrêt rendu Cass. civ. 3, 15 décembre 1993, n° 91-10.199 N° Lexbase : A4251AGK, Bull.civ. III, n° 174), à moins qu'une clause d'exécution forcée n'ait été insérée dans la promesse (Cass. civ. 3, 27 mars 2008, n° 07-11.721, FS-D N° Lexbase : A6102D77, JCP éd. G., 2008, II, 10 147, note G. Pillet ; Bull.Joly sociétés, 2008, p. 852, note R. Libchaber ; RDC, 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud ; RDC 2008, p. 1239, obs. F. Collart-Dutilleul ; RTDCiv., 2008, p. 475, obs. B. Fages ; RDC, 2009, p. 143, note Ph. Brun ; Dr. et Pat., 2009, n° 178, p. 121, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck).

(13) Cass. civ. 3, 11 mai 2005, n° 03-21.136, FS-P+B (N° Lexbase : A2287DIK) Bull.civ. III, n° 103 ; D., 2005, IR, p. 1504 ; RTDCiv., 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, F-P+B (N° Lexbase : A6303DTM), Bull.civ. I, n° 19 ; D., 2007, p. 1119, note O. Gout ; RDC, 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud.

(14) Ph. Simler, *Après le contrat et la responsabilité civile, la pièce manquante d'une réforme globale du droit des obligations que constitue le régime général des obligations a été remise au garde des Sceaux*, JCP éd. G, n° 46, 4 février 2013, p. 134.

(15) C. civ., art. 1143 : "le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit".

(16) C. civ., art. 1144 : "le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur".

(17) Sous-jacente dans l'application de l'article 1143 du Code civil qui prévoit que "le créancier a le droit de demander ..." la destruction.

(18) C. civ., art. 1222 nouv. : "le créancier peut [...], sur autorisation du juge, détruire ce qui a été fait en violation" de l'obligation.

(19) Qui n'a en outre pas à rapporter la preuve d'un préjudice (v. par. ex. Cass. civ. 3, 13 novembre 1997, n° 95-21.311 N° Lexbase : A0777ACR, Bull.civ. III, n° 202 ; Cass. civ. 3, 21 juin 2000, n° 98-14.043 N° Lexbase : A3636AU9, Bull.civ. III, n° 124).

(20) Ainsi en est-il de la fermeture d'une usine ouverte en violation d'une obligation de non-concurrence (Cass. com., 16 janvier 2001, n° 98-21.145 N° Lexbase : A4226ARX, RTDCiv., 2001, 611, obs. P. — Y. Gautier), ou du retrait sous astreinte d'ouvrages publiés en violation de l'obligation de non-concurrence (Cass. civ. 1, 16 janvier 2007, arrêt préc.).

(21) Par exemple, un article 1222-1 qui disposerait : "en cas de violation d'une obligation de ne pas faire, le créancier est en droit de demander l'exécution forcée en nature de l'obligation, par la destruction de ce qui a été en violation de l'obligation, la cessation du trouble ou la remise en état de la situation dans laquelle il aurait dû se trouver si l'obligation avait été respectée". Et d'ajouter un alinéa 2 précisant que "si cette exécution est impossible ou qu'elle entraîne un coût manifestement disproportionné pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, elle est convertie en dommages et intérêts", permettant un rappel à la règle de l'article 1221.

(22) Exigée par l'article 1144 du Code civil et par la jurisprudence (v. Cass. soc., 5 juin 1953, D., 1953, p. 601 ; Cass. civ. 3, 29 novembre 1972, n° 71-14.198 N° Lexbase : A4970CKB, Bull.civ. III, n° 642 ; Cass. civ. 3, 5 mars 1997, n° 95-16.017 N° Lexbase : A0532ACP Bull.civ. III, n° 45 ; Cass. civ. 3, 11 janvier 2006, n° 04-20.142 N° Lexbase : A3462DM8, Bull.civ. III, n° 9).

(23) Qui prévoyait la primauté du droit à l'exécution forcée en nature de l'obligation "sauf impossibilité d'exécution

ou si son coût [était] manifestement déraisonnable".

(24) C. civ., art. 1218, nouv. : *"il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur"*.

(25) Preuve qu'en ce cas, l'impossibilité et la force majeure sont proches.

(26) A propos du rejet de l'exécution forcée de la promesse unilatérale par la jurisprudence (Cass. civ. 3, 11 mai 2011, n° 10-12.875 N° Lexbase : A1164HRK, Bull.civ. III, n° 77 ; Cass. civ. 3, 12 juin 2013, n° 12-19.105, FS-D N° Lexbase : A5736KGGK ; Cass. com. 14 janvier 2014, n° 12-29.071, F-D N° Lexbase : A7988KTZ) celle-ci est pleinement justifiée par une impossibilité juridique en cas de vente à un tiers de bonne foi. C'est ce qu'il convient de déduire de l'article 1124 de l'ordonnance qui prévoit *"le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul"*.

(27) Par exemple, en cas de vente de la chose d'autrui, pour laquelle la nullité est retenue à l'article 1599 du Code civil (N° Lexbase : L1684ABY) : Cass. civ. 3, 8 décembre 1999, n° 98-12.922 (N° Lexbase : A3619AUL), Bull. civ. III, n° 241 ; Cass. civ. 3, 9 mars 2005, n° 03-14.916, F-P+B (N° Lexbase : A2573DHR), Bull. civ. III, n° 63 ; D., 2005, IR, p. 919 ; Defrénois, 2005, p. 1240, obs. R. Libchaber ; CCC, 2005, n° 128, note L. Leveneur.

(28) *Supra*, n° 10 et s..

(29) C. civ., art. 1195, al. 2, nouv. : *"en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe"*.

(30) Critiqué par Monsieur Génicon qui écrivait contre l'introduction du coût manifestement déraisonnable (Th. Génicon, *Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature, in Réforme du droit des contrats : le débat*, Dr. et Pat., octobre 2014, n° 240, p. 63 et s.), en ce qu'elle *"ouvre une brèche dans le droit du créancier"* (art. préc. p. 63), conduisant à un *"affaïssement des droits du créancier contractuel bafoué"* (id. p. 64).

(31) Sur la proportionnalité en droit des contrats, v. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, préf. H. Muir-Watt, 2000 ; Coll., *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé*, LPA, 30 septembre 2008, n° 117.

(32) Puisqu'il faudra s'interroger sur les capacités du débiteur pour vérifier le caractère disproportionné du coût de l'exécution au regard de l'intérêt qu'aurait le créancier à obtenir l'exécution de l'obligation.

(33) Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 (N° Lexbase : A1835ACX), JCP éd. E, 1997, II, 1007, note D. Legeais, RTDCiv. 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; RTDCom., 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; D., 1998, p. 208, note J. Casey ; Defrénois, 1997, art. 36 703, obs. L. Aynès.

(34) Cass. com., 8 octobre 2002, n° 99-18.619, FP-P (N° Lexbase : A9624AZH), JCP éd. E, 2002, n° 1730, note D. Legeais ; JCP éd. G, 2003, II, 10 017, comm. Y. Picod.

(35) *A fortiori*, si la réduction de l'obligation du débiteur est réduite, il conviendrait de faire application de l'article 1223 de l'ordonnance qui prévoit la réduction de l'obligation du créancier en cas d'exécution imparfaite du débiteur (C. civ., art. 1223, nouv. : *"le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix"*). L'obligation du débiteur qu'on aurait rendue raisonnable, proportionnée, conduit nécessairement à une exécution imparfaite du contrat, ouvrant droit, à partir du 1er octobre 2016, à une réduction proportionnelle du prix.

Revue

10

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Contrats] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : la réduction du prix en droit des contrats spéciaux... ou le leurre et l'argent du leurre ?

12436469

N° Lexbase : N1634BWG



par Gaël Piette, Professeur à l'Université de Bordeaux, Directeur scientifique des Encyclopédies "Droit des sûretés" et "Droit des contrats spéciaux"

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Le nouvel article 1223 du Code civil (N° Lexbase : L0940KZT) est un leurre : il fait miroiter une efficacité et une souplesse dans l'exécution et les sanctions contractuelles, alors qu'il risque surtout d'engendrer de nombreuses difficultés et d'interminables discussions entre les cocontractants.

Ce texte dispose : "le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais". Est ainsi instauré un principe de réduction du prix lorsque le cocontractant a imparfaitement exécuté son obligation.

La réduction du prix n'est pas totalement inconnue du droit français (1). Dans le contrat de vente, l'action estimatoire en garantie des vices cachés, prévue par l'article 1644 du Code civil (N° Lexbase : L949817W) permet déjà à l'acheteur déçu de demander une réduction du prix. Les articles 1617 (N° Lexbase : L1717AB9) et 1619 (N° Lexbase : L1719ABB) respectivement relatifs à la contenance d'un bien immobilier et à la vente mobilière à la mesure permettent également des réajustements de prix. L'article L. 211-10 du Code de la consommation (N° Lexbase :

L9654G83) autorise l'acheteur à garder le bien dont la réparation ou le remplacement sont impossibles, moyennant la restitution d'une partie du prix. Dans les ventes commerciales, la jurisprudence a, depuis longtemps (2), élaboré une réfaction des contrats, en cas de prestation insuffisante de la part du vendeur (3). Enfin, le recours à la responsabilité contractuelle (anc. art. 1147 N° Lexbase : L1248ABT) rend possible l'obtention d'une réduction indirecte du prix par le biais d'une demande de dommages et intérêts (4).

La nouveauté provient du fait que, s'agissant d'un texte de droit commun, le nouvel article 1223 aura vocation à s'appliquer à la plupart des contrats. Lesquels exactement seront concernés ? Que le créancier puisse réduire le prix qu'il doit limite nécessairement cette disposition aux contrats synallagmatiques : dans un contrat unilatéral, par hypothèse, le créancier n'est pas lui-même débiteur d'un prix. En outre, la référence au prix limite l'article 1223 aux obligations pécuniaires (5). Il n'y a pas lieu, en revanche, de limiter cette disposition au contrat qui prévoit un prix au sens extrêmement strict de ce terme, c'est-à-dire la vente : retenir l'inverse rendrait ce nouveau texte complètement inutile, en raison de l'existence de l'article 1644.

L'article 1223 a par conséquent un domaine d'application fort large : tous les contrats synallagmatiques dans lesquels l'une des parties assume une obligation pécuniaire. Cela recouvre des contrats aussi variés que la vente, le bail, le mandat et le dépôt salariés, le contrat d'entreprise, le contrat de transport, la fiducie, etc..

Ce vaste domaine mérite d'autant plus d'être souligné lorsque l'on constate les insuffisances du texte : son déclenchement est imprécis (I), sa mise en œuvre est incertaine (II).

I — Un déclenchement imprécis

Selon le texte, "*le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat [...]*". Il est difficile d'imaginer une rédaction plus imprécise. Elle laisse sans réponse trois questions relatives au déclenchement de la réduction du prix : celle de la nature de l'exécution imparfaite, celle de sa gravité, et la question d'un éventuel préjudice du créancier.

En ce qui concerne la nature de l'exécution imparfaite, dans le silence du texte, il convient de considérer qu'elle doit être entendue de manière très large. Il peut s'agir d'une insuffisance quantitative, telle que la livraison par le vendeur d'une quantité de marchandises inférieure à celle stipulée dans le contrat. Mais il peut également s'agir d'une insuffisance qualitative : tel sera par exemple le cas d'une prestation effectuée par l'entrepreneur qui serait d'une qualité inférieure aux standards habituels, aux "règles de l'art". Or, si l'insuffisance quantitative, par nature, paraît pouvoir être objectivement appréciée, il en va autrement de l'insuffisance qualitative. L'appréciation d'un "mauvais travail" par le créancier de la prestation dans un contrat de transport, ou de dépôt salarié, ou encore de mandat rémunéré est inévitablement teintée de subjectivisme. La question de l'imperfection de l'exécution provoquera ainsi des divergences de vue entre le créancier et le débiteur, ce dernier défendant l'exécution de son travail, le premier souhaitant obtenir la prise en considération de sa déception.

S'agissant de la gravité de l'inexécution (puisqu'une exécution imparfaite est avant tout une inexécution), force est de constater que l'article 1223 n'en a cure. Il y aurait donc lieu de penser qu'aucun degré de gravité n'est requis. Dès lors, une imperfection minimale pourrait suffire pour que le créancier puisse invoquer la réduction du prix. Il pourrait toutefois en être autrement si la jurisprudence décidait de raisonner par analogie avec l'exception d'inexécution, pour laquelle elle exige que l'inexécution invoquée présente un certain degré de gravité (6).

Cette solution, fondée sur la bonne foi, pourrait à première vue être transposée à la réduction du prix, notamment au regard de l'extension textuelle que connaît la bonne foi à travers la réforme du 10 février 2016. Un obstacle pourrait néanmoins s'y opposer : la lettre même de l'article 1223. Si la jurisprudence a pu limiter l'*exceptio non adimpleti contractus* aux inexécutions d'une certaine ampleur, c'est en raison de l'absence de texte de portée générale : l'exception d'inexécution est avant tout une construction jurisprudentielle. A l'inverse, l'article 1223 pose un principe de réduction du prix pour exécution imparfaite. Et ce texte ne fait aucune distinction selon la gravité de l'inexécution. *Ubi lex non distinguit...*

Cette indifférence du texte quant à la gravité de l'inexécution paraît bien dangereuse. Pourrait-on imaginer le client d'un avocat, qui estimerait insuffisants ou peu appropriés les arguments juridiques soulevés par ce dernier, solliciter une réduction des honoraires stipulés dans la convention ? Ou le client d'un coiffeur qui refuserait de payer le prix convenu car sa nouvelle coupe de cheveux ne lui donne pas plus de succès auprès de la gente féminine ?

Enfin, la réduction du prix est-elle subordonnée à l'existence d'un préjudice pour le créancier ? La question peut sembler incongrue : s'il y a exécution défectueuse, il y a certainement préjudice. Pourtant, il est possible d'imaginer des inexécutions ne causant pas de préjudice au créancier. Par exemple, voici une personne qui, dans le cadre d'un dépôt salarié, confie son véhicule automobile à une autre. Il est stipulé dans le contrat que le véhicule sera placé

dans un endroit clos et couvert. Le déposant, à l'issue du contrat, découvre que le véhicule est demeuré stationné en extérieur, mais qu'il n'a pour autant subi aucun dommage. Peut-il, du fait de cette exécution imparfaite, exiger du dépositaire une réduction du prix stipulé, alors même qu'il n'a subi aucun préjudice ? La réponse nous semble devoir être positive, car la réduction du prix n'est pas liée à la responsabilité ; un préjudice n'a donc pas à figurer parmi ses conditions.

II — Une mise en œuvre incertaine

La mise en œuvre de la réduction du prix n'est pas davantage développée par le nouvel article 1223 du Code civil. Elle est par conséquent totalement laissée dans l'ombre, ce qui engendre des doutes, notamment sur trois points.

D'abord, le texte précise que le créancier peut "*solliciter*" une réduction du prix. Le terme "*solliciter*" est peu précis. "*Requérir quelque chose de quelqu'un*" pour Littré, "*prier quelqu'un de consentir à faire quelque chose*", voire "*demande quelque chose à un supérieur*" pour Larousse, le verbe "*solliciter*" n'est guère juridique. Plus précisément, aucune indication n'est fournie sur le destinataire de la sollicitation. Le créancier insatisfait doit-il s'adresser au débiteur ? Ou directement au tribunal ? Dans la première hypothèse, c'est-à-dire s'il doit solliciter la réduction du prix auprès de son cocontractant, quelles sont ses possibilités en cas de refus de ce dernier ?

Ensuite, le texte précise que le créancier qui n'a pas encore payé doit "*notifier sa décision*" de réduire le prix. Cette formulation appelle deux remarques. D'une part, le texte ne parle plus ici de sollicitation, ou de demande, mais de décision. Il semblerait donc que lorsque le créancier n'a pas encore payé, c'est à lui de décider unilatéralement la réduction. Son cocontractant n'aura alors d'autre choix que de saisir le tribunal s'il conteste l'imperfection de l'exécution. D'autre part, aucun détail n'est fourni sur le contenu de la notification. Ainsi, le créancier n'a pas, visiblement, l'obligation de motiver sa décision de réduire le prix. Il lui revient seulement la tâche d'en informer, par notification, son cocontractant. Ce dernier n'a par conséquent pas les moyens d'apprécier le bien-fondé de la décision du créancier, ce qui, notamment pour des contrats complexes comportant de multiples prestations, pourrait s'avérer problématique.

Enfin, la plus grave imprécision du texte concerne l'appréciation de la réduction. "*Le créancier peut [...] solliciter une réduction proportionnelle du prix*". La question qui se pose inévitablement à la lecture de ce passage est celle de savoir comment doit s'apprécier cette proportionnalité, base de la détermination de la réduction du prix. Bien évidemment, il n'y aura guère de difficulté si l'insuffisance alléguée est quantitative : si le vendeur n'a livré que les deux tiers des marchandises, il est aisé de déterminer que la réduction du prix devra être d'un tiers. Mais ce calcul se compliquera singulièrement lorsque l'insuffisance dont se plaint le créancier est qualitative. Plusieurs exemples permettent de s'en convaincre. Dans un bail d'habitation, le locataire qui estime que le défaut de réparations incombant au bailleur diminue sa jouissance paisible des lieux pourra-t-il solliciter une réduction du montant du loyer ? Et dans quelle proportion devra s'apprécier la diminution de la jouissance paisible ? Dans un contrat d'entreprise, dans quelle proportion le maître de l'ouvrage qui reproche à l'entrepreneur d'avoir taillé ses haies trop court pourra-t-il exiger une réduction du prix ?

La notion de proportionnalité est une notion qui occupe une place en constante progression en droit français. Pour autant, elle peut s'avérer d'un maniement délicat, ainsi qu'en atteste notamment la jurisprudence relative à l'exigence de proportionnalité dans le cautionnement (C. conso., art. L. 341-4 [N° Lexbase : L8753A7C](#)).

Il apparaît ainsi que les conditions de déclenchement et de mise en œuvre de l'article 1223 du Code civil soulèvent beaucoup trop de questions, ce qui risque de provoquer une insécurité juridique importante : l'appréciation et la gravité de l'inexécution, de même que les modalités et la mesure de la réduction, sont laissées dans un flou ambiant.

Ce texte risque donc d'engendrer des abus de la part des créanciers, ce qui conduira les cocontractants à saisir le juge. Il s'ensuivrait une immixtion supplémentaire du juge dans le contrat, puisque ce sera à lui, *in fine*, de déterminer ce qu'étaient les attentes du créancier, quelle est l'ampleur de la différence entre l'exécution et ces attentes, et quelle doit être la réduction du prix. Ce problème n'est pas sans rappeler la "théorie des attentes", d'origine anglo-saxonne, et relayée en France, notamment par Bruno Oppetit (7). En vertu de cette théorie des "*reasonable expectations*", la force obligatoire des conventions aurait pour fondement l'attente raisonnable du créancier. Cette théorie permettrait de limiter les obligations du débiteur à ce qu'attendait son créancier. Elle n'a pas prospéré en droit français, et fut combattue par certains auteurs, qui lui reprochaient notamment sa subjectivité : en effet, elle "*ne fonde pas la force obligatoire du contrat sur ce que le créancier attend raisonnablement, mais sur ce qu'autrui estime être raisonnable de la part du créancier d'attendre*" (8).

Au final, l'article 1223 risque de susciter un abondant contentieux. Les soucis d'efficacité (9) et de souplesse qui pouvaient sembler l'inspirer s'effaceront à l'usage. L'article 1223 est ainsi un leurre. Il reste à savoir à qui profitera l'argent de ce leurre.

- (1) Elle existe également en droit international, notamment au travers de l'article 50 de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises.
- (2) Cass. Req., 23 mai 1900, D.P. 1901, 1, 269.
- (3) Ch. Albiges, *Le développement discret de la réfaction du contrat*, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 3.
- (4) N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, p. 130.
- (5) E. Savaux, *Article 1223 : la réduction du prix*, RDC, 2015, n° 3, p. 786, spéc. n° 5.
- (6) A propos d'un bail d'habitation, Cass. civ., 21 décembre 1927, DH, 1928, 82.
- (7) B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz 1991, pp. 295 et s..
- (8) H. Lécuyer, *Redéfinir la force obligatoire du contrat ?*, in *Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94ème Congrès des notaires de France, LPA, 6 mai 1998, pp. 44 et s., spéc. p. 45.
- (9) A. Bénabent et L. Aynès, *Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général*, D., 2016, p. 434.

Revue

11

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Obligations] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : l'opposabilité de la cession de créance

12436424

N° Lexbase : N1667BWN



par Sébastien Milleville, Maître de conférences en droit privé à l'Université Grenoble-Alpes, Membre du CRJ (EA 1965), Co-responsable du GrDCE (Groupe de recherche en droit civil économique)

Réf. : Ordonnance 10 février 2016, n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Avant la réforme, l'opposabilité de la cession de créance de droit commun reposait entière sur l'article 1690 du Code civil (N° Lexbase : L1800ABB), qui prévoyait que la cession pour être opposable aux tiers et au débiteur cédé devait avoir fait l'objet d'une signification à ce dernier, à moins qu'il n'ait préalablement accepté la cession lors de sa conclusion, par acte authentique. La réforme abandonne cette idée d'une date unique d'opposabilité, les règles d'opposabilité sont désormais à géométrie variable, distinctes selon qu'il s'agit des tiers (I) ou du débiteur cédé (II).

I — L'opposabilité aux tiers

Les formalités de l'article 1690 du Code civil commandant l'opposabilité aux tiers ont fait l'objet de critiques nourries. De nombreux auteurs dénonçaient le caractère onéreux et particulièrement formaliste de cette disposition tout en vantant les mérites de l'opposabilité à la date de l'acte de cession qui prévaut en matière de cession par bordereau Dailly (1). Ces critiques ont porté et désormais, selon l'article 1323, alinéa 2 (N° Lexbase : L0974KZ4), la cession de créance est opposable aux tiers à la date de l'acte de cession. Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'article 1322 (N° Lexbase : L0975KZ7) qui dispose qu'à peine de nullité la cession doit être constatée par écrit.

A priori donc, l'existence d'un écrit devrait permettre de connaître la date à laquelle la cession sera conclue et deviendra opposable aux tiers.

On peut toutefois relever que si la cession par bordereau Dailly a probablement inspiré les rédacteurs du projet, la cession de créance de droit commun est bien moins formaliste. A l'origine de ce constat, on retrouve le postulat désormais habituel mais qui mériterait d'être soumis à une évaluation scientifique sérieuse selon lequel l'attractivité d'un mécanisme juridique dépend de la souplesse et de la paucité des dispositions qui lui sont consacrées... Ainsi, l'exigence d'un écrit à peine de nullité n'est pas assortie de l'exigence de mentions obligatoires, parmi lesquelles on aurait pu sans peine inclure la date de l'acte, d'autant qu'en matière de cession Dailly, cette question avait donné lieu à contentieux (2). Quoi qu'il en soit, c'est au cessionnaire qu'il reviendra de prouver la date de la cession en cas de contestation et ce, par tous moyens (C. civ., art. 1323, al. 2).

En cas de conflit entre deux cessionnaires successifs de la même créance, conformément à la règle d'opposabilité aux tiers à la date de la cession, le nouvel article 1325 (N° Lexbase : L0972KZZ) prévoit très naturellement que c'est le cessionnaire premier en date qui l'emporte. On imagine sans peine ici que chaque cessionnaire tentera d'établir que sa cession était première en date. Pour éviter toute difficulté, on ne saurait trop conseiller au cessionnaire de veiller à ce que la date inscrite sur l'acte de cession soit incontestable en recourant au besoin aux services d'un notaire, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes (3)...

Par ailleurs, il reviendra à la jurisprudence de déterminer le sens de cette règle de conflit dans le cas où les deux cessions sont datées du même jour (4)... Cette hypothèse est expressément envisagée en matière saisies-attributions (5) et d'hypothèques (6). Toutefois, les solutions retenues, à savoir, respectivement, un concours entre les créanciers ou la priorité du titre le plus ancien seront difficilement transposables ici.

Enfin, cette règle de conflit devra recevoir une interprétation particulière lorsque sont en cause deux cessions successives portant sur les mêmes créances futures. En effet, en cas de cession de créance future, le nouvel article 1323, alinéa 3, prévoit que le transfert devient opposable à la date de naissance de la créance, à défaut de l'avoir été à la date de l'acte de cession. En cas de double cession, la règle de conflit pourra recevoir application, mais elle signifiera simplement que le cessionnaire ayant le titre le plus ancien, et non pas le premier opposable, doit l'emporter.

Quant à la solution concrète du conflit, l'article 1325 prévoit que le cessionnaire premier en date bénéficie d'un recours contre le cessionnaire second en date si ce dernier a déjà été payé. L'affirmation de l'existence d'un tel recours est heureuse puisqu'elle permet de faire l'économie de la recherche de sa nature juridique exacte. En revanche, son domaine se devra d'être précisé puisque l'on ne voit pas pourquoi dans l'hypothèse où le débiteur cédé aurait payé de mauvaise foi le second cessionnaire il devrait échapper à un second paiement, et le premier cessionnaire être privé de la possibilité de le lui réclamer, d'autant que le débiteur cédé semble bien plus facilement identifiable qu'un autre cessionnaire...

Sous ces quelques réserves et à condition d'être mentionnée clairement sur l'acte de cession, la date de la cession devrait permettre de garantir de façon efficace l'opposabilité de la cession aux tiers.

II — L'opposabilité au débiteur

Concernant l'opposabilité au débiteur de la cession, l'article 1324, alinéa 1er (N° Lexbase : L0973KZ3), prévoit que sauf le cas où il y a consenti, la cession n'est opposable au débiteur que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. On évacuera rapidement la question du consentement à la cession qui renvoie très probablement (7), en l'état du texte, à l'article 1321, alinéa 4 (N° Lexbase : L0976KZ8), qui requiert le consentement du débiteur cédé lorsque la créance a été stipulée incessible, ce qui d'ailleurs ne manquera de soulever de délicats problèmes de qualification.

Or, dans ce cas particulier, il semblerait que dans un souci de simplification, les rédacteurs de la réforme aient entendu remplacer l'acceptation de l'ancien article 1690 du Code civil par le fait, pour le débiteur cédé de "prendre acte" de la cession. Mais si prendre acte de la cession suppose *a priori* un investissement moindre du débiteur cédé qu'une acceptation, en pratique, il n'est pas certain que cela modifie les solutions acquises.

En effet, la jurisprudence avait fini par admettre que l'opposabilité de la cession au débiteur cédé puisse reposer sur une acceptation certaine et non équivoque de ce dernier, là où l'article 1690 supposait une acceptation matérialisée dans l'acte authentique de cession. Il est probable que la solution reste la même. On dira simplement que le débiteur a pris acte de la cession. En revanche, il est certain que la simple connaissance qu'aurait le débiteur cédé de la cession ne saura suffire à la lui rendre opposable : là encore les solutions antérieures se maintiendront.

Il en va de même s'agissant des effets du "prendre acte" en matière de compensation, puisque l'ancien article 1295

(N° Lexbase : L1405ABN) se retrouve désormais à l'article 1347-5 du Code civil sous cette seule précision que prenant acte de la cession, le débiteur cédé pourra toujours réserver le jeu de la compensation légale antérieurement acquise. A l'opposé, pourrait-il, comme cela a été soutenu, prendre acte de la cession en renforçant son efficacité par le biais d'une renonciation aux exceptions inhérentes à la dette comme l'exception de compensation des dettes connexes ou les exceptions affectant la réalité-même de la créance ? Cela nous paraît hautement improbable dans la mesure où cette renonciation contredirait le caractère translatif de la cession de créance en modifiant la substance-même de la créance cédée : l'opération s'apparenterait alors à la création d'un nouveau rapport d'obligation. Or, cela suppose un authentique consentement du débiteur à s'engager, ce qui devrait conduire à requalifier la cession en délégation.

Sous cette précision, la consécration du "prendre acte" et l'abandon corrélatif de l'acceptation de l'ancien article 1690 en matière de cession relèvent plus de l'évolution terminologique que de la révolution. Tel n'est pas le cas de l'autre formalité d'opposabilité de la cession au débiteur cédé, la notification de la cession.

Très attachée à l'esprit de l'article 1690, la Cour de cassation n'avait assimilé à la signification du point de vue de l'opposabilité de la cession que des formalités présentant les mêmes garanties d'authenticité quant à l'émetteur et de certitude quant à la date. De ce fait, par un arrêt remarqué et à vrai dire assez froidement accueilli elle avait refusé d'admettre qu'une notification par lettre recommandée avec accusé de réception puisse valoir signification au sens de l'article 1690 du Code civil (8). La réforme devrait conduire à renverser la solution, ce qui suggère deux séries de remarques.

Dans la mesure où la notification commande l'opposabilité de la cession au débiteur cédé et que la date d'opposabilité conditionne notamment le jeu éventuel de la compensation légale, on peut se demander si beaucoup d'autres formalités que la notification par lettre recommandée avec accusé de réception présenteront une certitude suffisante quant à leur date...

Quant à la question de l'authenticité de l'émetteur de la notification, que garantissait l'huissier chargé de la signification, le manque de précision des nouvelles dispositions surprend. On sait bien pourtant que les rédacteurs de la réforme ont eu à cœur de reprendre les solutions qui ont cours en matière de cession par bordereau Dailly. Or, pour cette dernière, la notification bien que n'étant pas une formalité d'opposabilité, est soumise à un certain nombre de conditions de forme (9) et en outre, c'est au cessionnaire qu'il appartient de prouver que le débiteur cédé a eu connaissance de la notification (10).

Rien de tout cela dans les nouvelles dispositions. Pour éviter toute difficulté, on ne saurait donc conseiller au cessionnaire d'être trop prudent. Le meilleur moyen pour lui d'éviter que le débiteur cédé conteste avoir eu connaissance de la cession est encore de recourir aux services d'un huissier, qui d'ailleurs saura précisément où réaliser la notification, ce qui n'est sans doute pas si aisé si le débiteur cédé est une compagnie d'assurances comme, par exemple, dans la décision du 22 mars 2012 (11).

Enfin, et c'est là sans doute l'essentiel, si l'on se place du côté du débiteur cédé, en cas de cession par bordereau Dailly, la notification en elle-même présente un certain degré de fiabilité car elle émane nécessairement d'un établissement de crédit. Peut-on en dire autant de la nouvelle cession de créance ? Le débiteur cédé, recevant une notification d'un cessionnaire quelconque prendra-t-il le risque de le payer à l'échéance ? Les faits de l'espèce ayant donné lieu à la décision de 2012 (12) sont là encore éclairants. Le débiteur cédé était un assureur, avec plusieurs millions d'assurés, et il recevait notification de la cession des créances d'indemnités de trois d'entre eux, de la part d'un garagiste ayant procédé à des réparations sur les véhicules des assurés. Était-ce vraiment déraisonnable de sa part de refuser de payer la créance d'indemnités entre les mains du cessionnaire ? On ne doute pas qu'une signification par huissier aurait été de nature à rassurer l'assureur, débiteur cédé. De ce fait, pour surmonter la méfiance du débiteur cédé à l'égard d'une éventuelle fraude à la cession, il y a fort à parier que le recours à la signification perdurera, ce qui là encore, n'est pas le moindre des paradoxes.

(1) C. mon. fin., art. L. 313-23 et s. (N° Lexbase : L2499IXT).

(2) Cass. com., 14 juin 2000, n° 96-22.634 (N° Lexbase : A8698AHM), Bull. civ. IV, n° 121.

(3) V. sur ce point, R. Boffa, V. Flament, *Les opérations translatives*, JCP éd. N, 2015, n° 47, 1215, n° 8 *in fine*.

(4) La date se déterminant par jour, il semble difficile de se référer à l'heure de la cession pour trancher le conflit.

(5) C. proc. civ. ex, art. L. 211-2 (N° Lexbase : L5838IRN).

(6) C. civ., art. 2425 (N° Lexbase : L5314IMR).

(7) V. sur ce point, S. Raimond, La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur, Blog Dalloz obligations, 2015.

(8) Cass. civ. 1, 22 mars 2012, n° 11-15.151, F-P+B+I (N° Lexbase : [A4141IGH](#)), Bull. civ. I, n° 60.

(9) V. C. mon. fin., art. L. 313-28 (N° Lexbase : [L2496IXQ](#)) et R. 313-15 (N° Lexbase : [L4909HCS](#)) et s..

(10) C. mon. fin., art. R. 313-18 (N° Lexbase : [L4913HCX](#)).

(11) Cass. civ. 1, 22 mars 2012, préc..

(12) Cass. civ. 1, 22 mars 2012, préc..

Revue

12

Lexbase Hebdo édition privée n°646 du 10 mars 2016

[Obligations] Textes

Réforme du droit des contrats et des obligations : le paiement de la dette d'autrui

12436508

N° Lexbase : N1666BWM



par Sébastien Milleville, Maître de conférences en droit privé à l'Université Grenoble-Alpes, Membre du CRJ (EA 1965), Co-responsable du GrDCE (Groupe de recherche en droit civil économique)

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Consacrés au paiement, les articles 1342 (N° Lexbase : L0996KZW) et suivants du Code civil, tels qu'issus de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoient qu'il est l'exécution volontaire de la prestation due, et semblent pour l'essentiel reprendre les principes antérieurs. En matière de paiement de la dette d'autrui pourtant, il n'est pas certain que le fragile édifice légal et prétorien des solutions antérieures se soit maintenu. En effet si la réforme n'innove guère quant à l'auteur du paiement de la dette d'autrui (I), il n'en va pas de même quant à son effet éventuellement extinctif (II) et donc quant aux suites d'un tel paiement (III), notamment s'agissant des recours contre le débiteur.

I — L'auteur du paiement

A première vue la question de l'auteur du paiement n'en est pas une : qui pourrait-il bien être si ce n'est le débiteur ? Et il est vrai que dans la plupart des cas, le paiement est opéré par le débiteur lui-même. Toutefois, depuis 1804, il est admis que si la dette lie personnellement le débiteur, il peut advenir que celui qui la paie, le *solvens*, soit un tiers à l'obligation. Ainsi, sur la base de l'article 1236 du Code civil (N° Lexbase : L1349ABL), qui envisage cette hypothèse, une distinction est faite selon que le tiers est intéressé ou non à la dette. Le *tiers intéressé* est celui qui

acquitte la dette car il y est tenu, le *tiers non intéressé* lui, n'y est point tenu. Le paiement fait par l'un comme par l'autre est évidemment licite.

En apparence les nouvelles dispositions sont conformes aux anciennes. Ainsi, le nouvel article 1342-1 (N° Lexbase : L0674KZY) qui dispose que le paiement peut être fait "*même par une personne qui n'y est pas tenue*" est le pendant, rédigé à l'économie, de l'ancien article 1236. On comprend que si le paiement peut "*même*" être le fait de celui qui n'est pas tenu, il peut *a fortiori* émaner de celui qui est y est tenu. Le paiement de la dette d'autrui demeure parfaitement licite. Il ne saurait rester sans effet.

II — Les effets du paiement

Il s'agit ici de s'interroger sur les effets du paiement fait par autrui, notamment du point de vue du débiteur. Deux questions se posent : ce paiement satisfait-il le créancier, libère-t-il complètement le débiteur ?

Sur la question de la satisfaction du créancier, la réforme ne change guère la donne. Les dispositions anciennes (l'article 1236) comme les nouvelles (1342-1) valident le paiement de la dette d'autrui, même si le *solvens* n'est pas tenu à la dette. Il en résulte que, d'une part, sauf exceptions (1), le créancier ne peut refuser un tel paiement, et que, d'autre part, ce paiement libère le débiteur de l'action du créancier : ce dernier ne peut être payé deux fois !

Quant à la libération complète du débiteur en revanche, les nouvelles solutions divergent des anciennes. Ainsi, le droit antérieur à la réforme repose sur la distinction entre les tiers intéressés à la dette et ceux qui ne le sont point, car elle conditionne la mise en œuvre de la subrogation légale de l'article 1251 alinéa 3 (ancien) du Code civil (N° Lexbase : L0268HPM). Parce qu'il est tenu à la dette, le tiers intéressé est subrogé dans les droits du créancier *accipiens*. De ce fait, le débiteur reste obligé mais, désormais, à l'égard du tiers intéressé *solvens*. Cependant la subrogation légale ne profite pas au tiers non intéressé à la dette : le paiement fait par ce dernier libère donc complètement le débiteur (2).

Sur ce point, les nouvelles dispositions pourraient modifier les solutions acquises (3). En effet, concernant la subrogation légale, le nouvel article 1346 (N° Lexbase : L0992KZR) prévoit qu'elle a lieu au profit de celui qui, "y ayant intérêt légitime", paie "*dès lors que son paiement libère le débiteur de l'action du créancier*".

La libération du débiteur de l'action du créancier en cas de paiement fait par autrui ne fait ici pas de doute. Dès lors que le "*paiement*" par un tiers, même non tenu à la dette, est admis, le débiteur est nécessairement libéré à l'égard du créancier.

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par "*intérêt légitime*" au paiement. Sans doute y aura-t-il des hypothèses dans lesquelles un tel paiement est illégitime. Mais il nous semble que tant le tiers intéressé à la dette que celui qui ne l'est pas, ont, au contraire, un intérêt légitime à payer la dette du débiteur. Le premier parce qu'il est tenu, le second parce qu'il agit volontairement et que cela profite au débiteur.

On constate alors que du fait du changement de formulation de l'article 1346, désormais la subrogation de plein droit pourrait bénéficier au *solvens* qui a payé la dette d'autrui : qu'il y ait été tenu ou non ! Le paiement de la dette d'autrui libérerait donc le débiteur de l'action du créancier mais il reste tenu à l'égard du *solvens*... Les suites du paiement en seraient considérablement modifiées.

III — Les suites du paiement

En cas de paiement de la dette d'autrui, le *solvens* entend le plus souvent obtenir remboursement des sommes versées. Ce remboursement ne peut provenir que d'une action contre le débiteur. En effet, parfaitement licite tant au regard de l'article 1236 que du nouvel article 1342-1 du Code civil, le paiement de la dette d'autrui ne permet pas au *solvens* d'agir en répétition de l'indu contre le créancier.

La seule possibilité de remboursement pour le *solvens* consiste donc à agir contre le débiteur. Mais bien évidemment, son action en remboursement doit avoir un fondement juridique certain. Au regard des nouvelles dispositions, la subrogation légale semble pouvoir fonder le recours du tiers *solvens*. L'évolution serait d'importance car, on l'a vu, sous l'empire des dispositions anciennes, la subrogation légale suppose que le *solvens* soit un tiers intéressé à la dette, ce qui laisse entière la question du recours du *solvens* non intéressé à la dette.

Avant la réforme, en l'absence de dispositions précises en ce sens, il est revenu à la jurisprudence de bâtir le régime des recours du tiers *solvens* non intéressé. A peine émise (4), l'idée d'un recours automatique du seul fait de son paiement était abandonnée (5) au profit d'une distinction selon que le paiement du tiers *solvens* non intéressé est volontaire ou procède d'une erreur (6). Au paiement délibéré fait ainsi écho la possibilité d'un remboursement sur le

terrain de la gestion d'affaires (7) tandis que le paiement fait par erreur ouvre la porte à une action en enrichissement sans cause contre le débiteur (8).

Concernant le tiers *solvens* ayant payé volontairement, le recours fondé sur la gestion d'affaires perdra son intérêt avec les dispositions nouvelles du fait de l'extension du domaine de la subrogation légale. Cela ne veut pas dire que seul subsistera un recours subrogatoire : on admet ainsi sans peine qu'une caution *solvens*, tiers intéressé à la dette, bénéficie et d'un recours subrogatoire et d'un recours personnel contre le débiteur.

Cependant, le recours à la subrogation, par son caractère automatique, ne manquera pas de susciter un certain nombre d'interrogations. Déjà, on se souvient que la doctrine presque unanime avait condamné l'idée d'un recours automatique du tiers *solvens* non intéressé lorsque la Cour de cassation l'avait admise. Sans doute s'agissait-il à l'époque de dénoncer le fondement uniquement prétorien de la solution, car depuis, l'admission très permissive de la gestion d'affaires a conduit à se demander si le recours du *solvens* n'était pas dans les faits systématique... dès avant la réforme (9) !

C'est d'ailleurs peut-être sur ce point que la jurisprudence pourrait trouver à redire. On peut en effet se demander si parfois le paiement volontaire de la dette d'autrui ne s'apparente pas à la satisfaction d'un devoir de conscience à l'égard du débiteur, devoir de conscience dont l'exécution volontaire devrait interdire la remise en cause ultérieure (10)... Il est en effet exceptionnel que le *solvens*, tiers non intéressé à la dette, n'entretienne pas quelques liens affectifs ou familiaux avec le débiteur. N'est-ce pas la cause principale du paiement de la dette d'autrui ? En conséquence, on pourrait soutenir que certains tiers sont naturellement tenus... de contribuer à la dette du débiteur.

Pour le tiers *solvens* ayant payé par erreur, en revanche, il ne saurait bénéficier de la subrogation de plein droit du nouvel article 1346. En effet, il paraît hasardeux de soutenir qu'il poursuivait par son paiement un intérêt légitime, alors même qu'il s'agit de l'une des conditions de la subrogation de plein droit... A vrai dire son recours devrait pouvoir reposer sur le paiement de l'indu puisque l'article 1302-2 (N° Lexbase : L0644KZU) prévoit expressément un recours du *solvens* en cas de paiement fait par erreur. Toutefois, si l'alinéa 1 fait (assez naturellement) de *l'accipiens* le débiteur de la restitution, l'alinéa 2 prévoit que le débiteur peut aussi en être tenu... L'obligation quasi-contractuelle serait-elle alternative ? Quoi qu'il en soit, ces nouvelles dispositions devraient provoquer l'abandon du recours à l'enrichissement sans cause, ce qui est parfaitement conforme à son caractère subsidiaire que les nouvelles dispositions n'ont pas manqué de consacrer (11).

(1) Sur lesquelles, v. notamment O. Salvat, *Le droit de payer pour autrui*, LPA, 21 août 2001, p. 12 et s., spéc. p. 14.

(2) Sous la seule réserve de l'absence de subrogation conventionnelle.

(3) V. ainsi N. Dissaux, Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats*, Commentaire article par article, D., 2015, p. 188.

(4) Cass. civ. 1, 15 mai 1990, n° 88-17.572 (N° Lexbase : A3894AHP), Bull. civ. I, n° 106.

(5) Cass. civ. 1, 2 juin 1992, n° 90-19.374 (N° Lexbase : A5568AHP) Bull. civ. I, n° 167.

(6) Ce qui en pratique lui garantit systématiquement un recours, bien que le seul paiement ne suffise plus à en fonder le principe. Sur le refus d'un recours inconditionnel, v. H. Lécuyer, obs. sous Cass. civ. 1, 9 février 2012, n° 10-28.475 (N° Lexbase : A3559ICS), Rep. Defrénois, 2012, p. 455 et s., spéc. n° 40 494 et J. O. Klein, note sous Cass. civ. 1, 9 février 2012 (*id.*) et Cass. civ. 1, 12 janvier 2012, n° 10-24.512, F-P+B+I (N° Lexbase : A5281IAT), Revue des contrats, 2012, p. 831 et s., spéc. n° 2.

(7) V. ainsi, particulièrement remarquée : Cass. civ. 1, 12 janvier 2012, n° 10-24.512, F-P+B+I (N° Lexbase : A5281IAT), Bull. civ. I, n° 4

(8) V. Cass. civ. 1, 13 octobre 1998, n° 96-22.515 (N° Lexbase : A8013AGU), Bull. civ. I, n° 299, D., 1999, p. 116 et s., obs. L. Aynès.

(9) V. sur ce point, A. Gouëzel, *Paiement de la dette d'autrui et gestion d'affaires*, D., 2012, p. 1592 et s., *in fine*.

(10) C. civ., art. 1100, al. 2 (nouv.) (N° Lexbase : L0590KZU).

(11) C. civ., art. 1303 (nouv.) (N° Lexbase : L0954KZD).

Revue

13

Lexbase Hebdo édition sociale n°645 du 25 février 2016

[Contrat de travail] Textes

L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail

12231733

N° Lexbase : N1492BW8



par *Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux,
Directeur scientifique de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Réf. : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK)

Après plusieurs années de travaux doctrinaux et de discussions, parfois acharnées, le Gouvernement a fini par trancher et publier l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (N° Lexbase : L4857KYK) (texte qui devra être ratifié et dont l'entrée en vigueur est fixée au 1er octobre 2016). Lexbase y consacrera le 10 mars 2016 un dossier spécial qui en rappellera le contexte et en précisera la portée, mais nous souhaitons nous interroger sans attendre sur l'impact de la réforme sur le droit du travail, étant rappelé que le droit des contrats *a vocation* à s'appliquer au contrat de travail. Si cet impact devrait être nul, ou presque, s'agissant des règles relatives à la rupture du contrat de travail (I), l'apport de nouvelles règles en matière de validité des clauses et de régime du contrat pourrait être plus sensible (II).

I — Un impact nul en matière de rupture du contrat de travail

Un impact direct exceptionnel. L'ordonnance du 10 février 2016 ne comporte que deux dispositions qui visent directement à modifier le Code du travail (art. 6-XIX) mais uniquement pour actualiser les renvois opérés par les articles L. 3251-4 (N° Lexbase : L0913H9P) et L. 5125-2 (N° Lexbase : L2144KGI) respectivement aux articles 1382 (N° Lexbase : L1488ABQ) et 1226 du Code civil (N° Lexbase : L1340ABA), qui deviennent donc 1240 (N° Lexbase :

L0950KZ9) et 1231-5 (N° Lexbase : L0617KZU). Le texte ne contient aucune autre disposition qui limiterait le champ d'application des nouvelles règles à certains contrats, ni dans le Code civil, ni dans d'autres codes. Le texte rappelle le principe de l'articulation du droit commun et des règles spéciales, sans autre précision (1), ce qui renverra les principes d'articulation à l'appréciation du juge.

Un impact indirect limité par l'autonomie du droit du travail. La question de l'applicabilité des règles du Code civil en droit du travail fait classiquement difficulté dans la mesure où le Code du travail lui-même renvoie le contrat de travail au droit commun (2), mais où cette application peut conduire à mettre en concurrence des techniques de même objet et de même fonction (3). Face à ces situations, la Cour de cassation a cherché à éviter que le recours au droit civil n'ait pour effet d'éluider l'application de règles impératives protectrices des salariés, et a progressivement écarté l'application de plusieurs techniques issues du droit civil, singulièrement celles du droit du licenciement (4), qu'il s'agisse d'interdire à l'employeur de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail (5), ou aux parties de conclure un accord de rupture amiable hors du cadre défini depuis 2008 de la rupture conventionnelle (6).

Par ailleurs, et pour préserver la particularité du droit du travail, la Cour de cassation interprète les règles du Code civil pour qu'elles réalisent les objectifs propres au droit du travail, quitte à prendre des libertés avec les règles en question. C'est ainsi qu'elle a consacré un régime de responsabilité civile contractuelle du salarié fortement dérogatoire aux dispositions des articles 1147 (N° Lexbase : L1248ABT) et suivants du Code civil (7), qu'elle a progressivement retenu une conception très restrictive de la résiliation pour force majeure (8) ou que les voies de l'annulation du contrat de travail sont également réduites pour préserver l'application du régime du licenciement (9).

II — Un impact modéré en matière de formation et d'exécution du contrat de travail

Éléments de contexte. La question de l'applicabilité des règles du droit civil est étroitement liée, comme cela a été démontré par le passé, à la nécessité de préserver l'application des règles propres au droit du travail, singulièrement lorsqu'elles sont chargées de protéger les intérêts des salariés. Ces règles sont extrêmement nombreuses s'agissant de la rupture du contrat, ce qui est logique compte tenu des risques importants auxquels les salariés sont à cette occasion exposés, mais moins nombreuses s'agissant de la formation, de la conclusion et du régime du contrat de travail, où les interventions législatives se sont faites plus rares. L'application du droit civil doit alors y être envisagée de manière différente dans la mesure où il s'agit moins de contester l'application des règles propres au contrat de travail que de compléter les maigres dispositions du Code du travail, quitte à adapter l'interprétation de ces règles pour les rendre compatibles avec les objectifs propres à la matière.

Un apport en normes limité. Les innovations apportées par l'ordonnance du 10 février 2016 sont finalement assez limitées, au-delà de la reformulation des règles qui peut traduire simplement une modernisation du vocabulaire sans véritable volonté de modifier les normes en vigueur, ou la consécration, dans le Code civil, de solutions déjà admises en jurisprudence ; c'est le cas de la reconnaissance d'une obligation de bonne foi qui s'étend à la formation, à l'exécution et à la rupture du contrat (nouvel art. 1104 N° Lexbase : L0821KZG) (10).

D'autres dispositions modifient l'état du droit, mais sans que des effets notables s'y attachent nécessairement, comme la reconnaissance des nouvelles catégories de contrats, dans lesquelles peut se ranger le contrat de travail, qu'il s'agisse des contrats à exécution successive (art. 1111-1, al. 2 N° Lexbase : L0594KZZ) , des contrats d'adhésion (art. 1110, al. 2 N° Lexbase : L0815KZ9 (11)), des contrats cadre en raison de leur objet et de l'articulation avec le pouvoir de direction de l'employeur (art. 1111 (12)). Ces définitions ouvrent toutefois la voie à des éléments de régime nouveaux qui doivent être examinés.

A — Existence du contrat

Obligation précontractuelle d'information. Le nouvel article 1112-1 du Code civil (N° Lexbase : L0598KZ8) précise les contours de l'obligation précontractuelle d'information et conforte ainsi plusieurs décennies d'évolutions jurisprudentielles : cette obligation, qui se rattache implicitement à l'exigence de bonne foi qui s'applique désormais aussi au stade de la formation du contrat (13), doit en effet porter sur toute "*information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre [...] dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*". Le texte précise ce qu'il y a lieu d'entendre par "importance déterminante", en visant "*les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*", mais écarte cette obligation s'agissant de "*l'estimation de la valeur de la prestation*".

Cette obligation présente un intérêt dans le cadre de la formation du contrat de travail, dans la mesure où chaque partie a intérêt à contracter en connaissance de cause (14).

S'agissant de l'employeur, le caractère *intuitu personae* du contrat de travail le conduit à se renseigner complètement sur son salarié pour connaître non seulement son profil professionnel, mais aussi pour tenter de cerner

sa personnalité, pour s'assurer qu'il pourra s'intégrer au sein de l'entreprise. Le Code du travail s'est intéressé à cette phase au travers des conditions qu'il pose, notamment au regard de la finalité professionnelle des questions posées et de la pertinence et de la fiabilité des moyens mis en œuvre. Ce texte conforte donc la jurisprudence qui a pu sanctionner des salariés demeurés silencieux dans les phases de recrutement sur des éléments pourtant déterminants, comme l'existence d'une condamnation pénale antérieure qui semble incompatible avec le niveau de responsabilité du salarié dans la structure (15).

S'agissant du salarié, ce dernier a également intérêt à mieux connaître son employeur, sa structure, ses évolutions de carrière, l'existence d'une UES ou d'un groupe autour de l'entreprise, *etc.* La nouvelle disposition fait, de ce point de vue, double emploi avec les dispositions de la Directive communautaire du 14 octobre 1991 et les éléments de sa mise en œuvre en droit interne (16), l'obligation faite à l'employeur par l'article R. 1221-9 du Code du travail (N° Lexbase : L5209IQY), qui imposent à l'employeur la remise au salarié d'une copie de la déclaration préalable d'embauche. On sait également que l'employeur a tout intérêt à informer le salarié du détail des dispositions conventionnelles dont il entend faire application s'il veut ultérieurement pouvoir les opposer au salarié.

Ici encore, l'impact pratique de ces nouveautés devrait être limité, car si l'employeur, ou le salarié, prennent rapidement conscience de leur erreur, ils pourront rompre unilatéralement la période d'essai, sans avoir à s'en justifier.

Suppression formelle de la cause. L'ordonnance supprime la référence à la cause comme condition de validité du contrat (art. 1128 N° Lexbase : L0844KZB) et remplace la référence à l'objet par l'existence d'un "*contenu licite et certain*". L'ordonnance reprend, par ailleurs, les principales applications contemporaines de la cause, tant dans son acceptation subjective (la justification) qu'objective (les prestations). Cette disparition ne devrait pas avoir d'effet en droit du travail dans la mesure où l'ancien article 1131 du Code civil (N° Lexbase : L1231AB9) n'était que peu utilisé, et qu'il pourra être remplacé par d'autres techniques.

Elargissement des causes de nullité. L'ordonnance élargit les hypothèses de dol aux malversations imputables non pas au cocontractant, mais au "*représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant*" ou encore à "*un tiers de connivence*" (nouvel art. 1138 N° Lexbase : L0853KZM).

L'ordonnance consacre également un nouveau vice du consentement inspiré de la "*violence économique*" et du délit d'abus de faiblesse (17). L'article 1143 (N° Lexbase : L0848KZG) qualifie de "violence" susceptible d'entraîner la nullité du contrat le fait, pour une partie, d'abuser de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, pour obtenir de sa part "*un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte [et qu'il] en tire un avantage manifestement excessif*".

L'ordonnance prend ainsi en compte, de manière plus réaliste, le contexte dans lequel de nombreux contrats sont aujourd'hui conclus, et rompt ainsi avec la *neutralité économique sociale et psychologique* qui caractérisait l'approche du contrat dans le Code de 1804. Le contractant-modèle n'est plus cet être abstrait, ce sujet de droit déconnecté de toute réalité sociale et traité uniquement comme un citoyen investi de prérogatives juridiques (18), mais devient un être social, marqué par une certaine fragilité qu'il convient de prendre en compte pour lui reconnaître des prérogatives supplémentaires et le protéger en renforçant le contrôle du juge sur le contrat.

Un impact limité. Reste à déterminer si ces nouvelles causes de nullité sont susceptibles de s'appliquer dans le contexte particulier des relations de travail, et de modifier les solutions aujourd'hui admises.

Pour ce qui est de la nullité du *contrat de travail* lui-même, c'est peu probable. On sait, en effet, que la jurisprudence est assez opposée aux actions en nullité du contrat de travail exercées par l'employeur qui aurait à se plaindre, par exemple, de mensonges ou de manœuvres du salarié dans la phase de formation du contrat. L'objectif est ici toujours de contraindre l'employeur à emprunter la voie du licenciement et de respecter les droits du salarié, tant sur un plan procédural que substantiel et indemnitaire.

La question est certainement différente s'agissant des actions engagées *par le salarié*, dans la mesure où l'hypothèque d'un contournement d'un régime protecteur par l'employeur est, par la force des choses, levée. Certes, le salarié n'a aucun intérêt à poursuivre l'annulation de son contrat de travail et préférera soit demander la résiliation judiciaire au juge prud'homal, soit prendre acte de la rupture, et ce, afin de se voir attribuer les indemnités normalement dues en cas d'absence de cause réelle et sérieuse, voire de nullité.

Le recours à la nullité pour anéantir certaines clauses du contrat de travail est, en revanche, plus envisageable, même si, là encore, la pratique montre que la partie au contrat qui considère une clause comme nulle a tendance à faire comme si elle n'existait pas, obligeant l'autre partie à agir en exécution forcée, le débat sur la validité de l'obligation étant alors le préalable au débat sur la violation de l'obligation et sur la réparation du préjudice qui en est résulté.

Reconnaissance de la caducité. L'ordonnance consacre aussi, de manière générale, la caducité des actes juridiques (nouvel art. 1186 [N° Lexbase : L0892KZ3](#)). Or, on sait que la Cour de cassation a rejeté le recours à la caducité, singulièrement pour la clause de non-concurrence lorsque l'entreprise dont les intérêts sont protégés par la clause, a été liquidée en cours d'exécution (19). La condition posée par la loi est la "disparition" de l'un de ses "éléments essentiels". Or, il nous semble bien que l'intérêt de l'entreprise constitue bien l'un de ses intérêts essentiels (elle en constitue d'évidence une condition de validité centrale), et que, s'il n'y a plus d'intérêt à le protéger, la clause de non-concurrence doit disparaître, et avec elle la contrepartie financière dont nous continuons à penser qu'elle ne constitue pas un droit qui naît de la conclusion de la clause, mais la contrepartie de la soumission du salarié à une restriction effective de sa liberté professionnelle, ce qui est très différent. Cette jurisprudence refusant la caducité de la clause lorsque l'entreprise disparaît devrait donc logiquement évoluer.

B — Clauses du contrat

Intérêt pour le droit du travail de la généralisation de la prohibition des clauses abusives. L'ordonnance crée de nouveaux outils pour lutter contre les clauses problématiques qui sont regroupés dans une sous-section 3 consacrée au "*contenu du contrat*". Parmi les dispositions nouvelles qui seraient susceptibles de s'appliquer en droit du travail, figure incontestablement le nouvel article 1171 ([N° Lexbase : L0875KZG](#)), généralisant la lutte contre les clauses abusives, au-delà donc des contrats passés par les consommateurs.

Cette disposition suppose qu'on soit en présence d'un "*contrat d'adhésion*" et répute non écrite "*toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*". Le texte précise que "*l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*".

En admettant que le contrat de travail soit bien un contrat d'adhésion, soit qu'on retienne cette qualification *par principe*, ce qui ne semble guère satisfaisant compte tenu de la grande variété des situations rencontrées (20), soit qu'on s'attache aux conditions réelles de conclusion du contrat considéré, ce qui semble préférable, certaines clauses portant sur des obligations accessoires pesant sur le salarié pourraient poser problème, comme la faculté unilatérale de renonciation à une clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail, car d'évidence il s'agit là d'un déséquilibre entre faveur de l'employeur (21), qui peut renoncer, et le salarié qui ne le peut pas, alors que tous deux ont, à tout le moins, à en croire la Cour de cassation, un égal intérêt à la clause (22). Qu'en sera-t-il également de la clause de mobilité, qui ne profite qu'à l'employeur, et qui n'est compensée par aucune indemnité ? Ou encore de la clause d'exclusivité, pour les mêmes raisons ? En se focalisant sur l'absence de contrepartie, sans s'intéresser à la justification de la clause au regard de la situation de l'entreprise et des fonctions exercées par le salarié, ne risque-t-on pas de menacer de nombreuses clauses économiquement utiles ? Ou alors faudra-t-il, pour les rééquilibrer, et à l'instar des clauses de non-concurrence, compenser financièrement *toutes les clauses porteuses entraînant des atteintes à la liberté professionnelle des salariés* ?

C — Régime du contrat

Révision judiciaire pour imprévision. L'ordonnance consacre la révision du contrat pour imprévision (art. 1995) en permettant au juge, à la demande d'une partie et lorsqu'une révision amiable n'a pu avoir lieu, de "*réviser le contrat ou d'y mettre fin*" "*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*". On peut penser que la Cour de cassation préservera la spécificité du droit du licenciement, singulièrement de ses dispositions applicables en matière économique, pour écarter l'application de ce texte qui pourrait conduire à une résiliation judiciaire échappant au régime du licenciement.

Les dispositions consacrées aux contrats à durée déterminée (articles 1212 [N° Lexbase : L0926KZC](#) à 1215) ne semblent pas non plus devoir s'appliquer au contrat de travail, pour les mêmes raisons que celles qui conduisent à réserver l'application exclusive des règles relatives à la rupture du contrat de travail.

Il en va de même pour les dispositions consacrées à la cession de contrat (articles 1216 [N° Lexbase : L0929KZG](#) à 1216-3) qui viennent directement se heurter aux articles L. 1224-1 ([N° Lexbase : L0840H9Y](#)) et suivants du Code du travail, ou celles qui visent la résolution du contrat, déjà écartée comme mode de rupture en droit du travail depuis plusieurs années (23).

Cession de contrat. Le Code du travail prévoit une hypothèse légale de cession de contrat en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur constatée dans les conditions posées par l'article L. 1224-1 du Code du travail. D'autres situations se rencontrent, qui font difficulté, et qui ne sont pas directement appréhendées par le Code du travail. Il en va ainsi lorsqu'un salarié change d'employeur dans le cadre d'une mobilité intra groupe, en France ou à l'étranger, car dans cette hypothèse l'opération se divise en deux séquences, la première entraînant la rupture du contrat de travail avec le premier employeur, la seconde se traduisant par l'embauche du salarié par le nouvel

employeur. Si cette seconde phase ne fait guère difficulté dans la mesure où les parties peuvent contractuellement reprendre l'ancienneté acquise et les avantages antérieurs du salarié, la rupture du premier contrat fait difficulté dans la mesure où elle ne correspond à aucun des cas existants. Jusqu'à aujourd'hui, les parties procédaient à la rupture amiable du premier contrat (24), mais on sait que la Cour de cassation a considéré que celle-ci devait entrer dans le cadre de la rupture conventionnelle (25) et ouvrir ainsi droit au versement d'une indemnité de rupture ; or, ici, le salarié ne perd pas son emploi mais change d'employeur dans le cadre d'une mobilité, ce qui est différent. La cession de contrat offre alors une alternative intéressante, dans la mesure où elle exprime parfaitement l'objet de l'accord, qui est de *transférer* l'ancienne relation contractuelle à un nouvel employeur, sous réserve bien entendu de son accord et des aménagements rendus nécessaires par le nouveau contexte juridique et professionnel de cette relation de travail. L'article 1216, nouveau, décrit cette opération qui suppose le consentement des trois protagonistes (le cédant, l'employeur d'origine, le cédé, salarié, et le cessionnaire, nouvel employeur), et pourrait bien entériner la validité de ces opérations en libérant les parties de l'hypothèque que constitue aujourd'hui la position de la Cour de cassation sur les ruptures amiables.

(1) Le nouvel article 1105 (N° Lexbase : L0820KZE) dispose, en effet, que "*les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*".

(2) L'article L. 1121-1 (N° Lexbase : L0670H9P) a été placé, lors de la recodification intervenue en 2007, dans un chapitre consacré à la formation du contrat. Ce placement n'empêche toutefois pas le recours au droit commun au stade de l'exécution ou de la rupture, dans la mesure où le Code civil, en tant que loi de police (sauf exceptions), a vocation à s'appliquer très largement sur le territoire national, sans qu'il soit besoin de la préciser dans les différents autres codes.

(3) Sur cette question classique, notre ouvrage *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ — Bibliothèque de droit privé, n° 282, 1997, Préface J. Hauser, 398 p., et les réf. citées.

(4) Notre étude *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc., 2000, p. 178-184.

(5) Cass. soc., 13 mars 2001, n° 98-46.411 (N° Lexbase : A0103ATY), Dr. soc., 2001, p. 624, et la chron.

(6) Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 11-22.251, FS-P+B+R (N° Lexbase : A6594MYU) et les obs. de S. Tournaux, *La (quasi) disparition de la rupture amiable du contrat de travail*, Lexbase Hebdo n° 589 du 6 novembre 2014 — édition sociale (N° Lexbase : N4455BUK).

(7) Notre étude *Droit social et responsabilité civile*, Dr. soc., 1995, p. 495-501.

(8) Cass. soc., 12 février 2003, n° 01-40.916, FP-P+B+I (N° Lexbase : A0041A7N) ; Cass. soc., 12 février 2003, n° 99-42.985, FP-P+B (N° Lexbase : A0187A73) et nos obs., *La nouvelle définition de la force majeure en droit du travail*, Lexbase Hebdo n° 59 du 20 février 2003 — édition sociale (N° Lexbase : N6084AAL).

(9) Ainsi, l'annulation pour dol se heurte à la preuve du caractère déterminant de celui-ci sur la décision de recruter prise par l'employeur : Cass. soc., 5 octobre 1994 n° 93-43.615 (N° Lexbase : A2081AAC), D. 1995, p. 282, note P. MOZAS.

(10) La bonne foi dans la formation du contrat est également reprise à l'article 1112, al. 1er (N° Lexbase : L0825KZL).

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

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

(13) V. l'article 12 du projet du comité "Badinter" (N° Lexbase : X7292APR).

(14) Le projet "Badinter" a d'ailleurs retenu ce principe comme l'un des 61 principes essentiels du droit du travail : art. 16.

(15) Médecin-conseil d'une caisse de sécurité sociale : Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-13.661, FS-P+B (N° Lexbase : A7965MXB) et les obs. de S. Tournaux, *La dissimulation déloyale de sa mise en examen par le*

salarié, Lexbase Hebdo n° 587 du 16 octobre 2014 — édition sociale (N° Lexbase : N4184BUI). Sur la question du droit au silence du salarié concernant son état de santé, lire dernièrement S. Fantoni Quinton et A. — M. Laflamme, *Garder le silence ou mentir sur son état de santé : quelles conséquences juridiques pour le candidat à l'embauche ? Une approche comparée France/Québec*, Dr. soc., 2016, p. 19.

(16) Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (N° Lexbase : L7592AUQ) : "2. L'information visée au paragraphe 1 porte au moins sur les éléments suivants : a) l'identité des parties ; b) le lieu de travail ; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur ; c) i) le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé ou ii) la caractérisation ou la description sommaires du travail ; d) la date de début du contrat ou de la relation de travail ; e) s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail ; f) la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé ; g) la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis ; h) le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit ; i) la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur ; j) le cas échéant : i) la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur ou, ii) s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues (NB : Ce texte n'ayant pas été transposé, il n'est pas directement invocable par un salarié contre son employeur). 3. L'information sur les éléments visés au paragraphe 2 points f), g), h) et i) peut, le cas échéant, résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant les matières y visées".

(17) V. l'article 223-15-2 du Code pénal (N° Lexbase : L2214IEQ), qui réprime "l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse" d'un mineur ou d'une personne particulièrement vulnérable.

(18) On sait, toutefois, que ce modèle de référence (le trop fameux "bon père de famille" sacrifié sur l'autel de la lutte contre les stéréotypes de genre par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 26 N° Lexbase : L9079I3N) n'est que faussement neutre et véhicule tous les *a priori* de la société dominante du début XIXème siècle : notre étude *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis et D., 2012, pp. 589-600, et les réf. citées.

(19) Cass. soc., 5 avril 2005, n° 02-45.540, FS-P+B (N° Lexbase : A7512DHP) et nos obs., *Une clause de non-concurrence ne peut être caduque*, Lexbase Hebdo n° 163 du 14 avril 2005 — édition sociale (N° Lexbase : N3076AIR) ; Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-26.374, FS-P+B (N° Lexbase : A2694NAZ) et les obs. de S. Tournaud, *La clause de non-concurrence protégeant les intérêts d'une entreprise... qui a disparu !*, Lexbase Hebdo n° 600 du 5 février 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N5824BUA).

(20) Entre le cadre dirigeant "chassé" par des cabinets spécialisés et monnayant chèrement ses compétences, et le manoeuvre affecté à des tâches n'exigeant aucune qualification particulière, et se trouvant en concurrence avec des milliers de travailleurs au chômage, le rapport de force salarié/employeur n'a rien de comparable.

(21) En l'état actuel du droit des obligations on pourrait voir dans cette faculté réservée à l'employeur une condition purement potestative, nulle comme telle.

(22) Sur cette interrogation, notre étude *Nullité de la clause de non-concurrence assortie d'une faculté de renonciation anticipée : la Cour de cassation n'en fait-elle pas trop ?*, Lexbase Hebdo n° 637 du 17 décembre 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N0428BWR).

(23) Préc..

(24) Soit formellement, soit implicitement dans le cadre d'une opération tripartite constant la rupture du premier contrat et la conclusion d'un nouveau.

(25) Préc..