

LIVRE  
BLANC

# Réforme du droit des obligations



Impacts sur les contrats  
d'affaires et informatiques

DAJLOZ

## SOMMAIRE

Propos introductifs

1. Les enjeux de la réforme et ses principales innovations  
(Revue Dalloz IP/IT)
2. L'amélioration de l'accessibilité du droit des contrats  
(Revue AJCA)
3. La sécurisation des contrats  
(Revue Dalloz IP/IT)
4. L'encadrement des pourparlers  
(Revue Dalloz IP/IT)
5. L'impact du devoir général d'information sur les contrats informatiques  
(Revue Dalloz IP/IT)
6. Les contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif  
(Revue AJCA)
7. La recherche d'un meilleur équilibre contractuel  
(Revue Dalloz IP/IT)
8. L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle  
(Revue AJCA)
9. La rupture organisée dans le contrat  
(Revue AJCA)
10. Les opérations translatives  
(Revue AJCA)

## Propos introductifs

*En préparation depuis plusieurs années, la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 était attendue par la communauté des juristes, qu'ils soient praticiens ou universitaires. Si elle modifie le code civil, la réforme n'intéresse pas que le droit commun des contrats ; elle innove de nombreuses branches du droit, et en premier lieu les contrats d'affaires, au rang desquels se trouvent les contrats informatiques.*

*Même si, sur bien des points, les nouvelles dispositions ne font qu'intégrer dans le droit positif des solutions prétoriennes, elles prennent également en considération les évolutions apportées par les nouvelles technologies et apportent leur lot d'innovations, dont les conséquences pratiques impactent directement les rapports juridiques de la vie des affaires, notamment pour le secteur de l'IT. Pour ne prendre que quelques exemples, citons l'introduction du devoir général d'information, l'encadrement des pourparlers, l'extension du déséquilibre significatif, la consécration de l'exécution forcée en nature, l'organisation de la rupture du lien contractuel et la simplification de la transmission des obligations.*

*Si les objectifs affichés de la réforme sont d'adapter le droit des contrats aux réalités économiques et sociales d'aujourd'hui, d'accompagner la transition numérique, et de rendre le droit français attractif et accessible, il s'ouvre nécessairement une période d'incertitude voire d'insécurité, propre à toute réforme d'ampleur. C'est tout l'objet de ce Livre blanc que de permettre de mieux appréhender ce nouveau droit pour ceux qui le mettent en œuvre.*

**Eric Chevrier**  
Responsable du département  
Droit des affaires des Éditions Dalloz

# Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations

>> par **Isabelle Eid**

Counsel et coordinateur du groupe de travail DLA Piper sur la réforme du  
code civil

Extraits d'un entretien paru dans la revue Dalloz IP/IT, mai 2016

# LES ENJEUX DE LA RÉFORME DU CODE CIVIL ET SES INNOVATIONS

## Entretien avec Isabelle Eid

*Counsel et Coordinateur du groupe de travail DLA Piper sur la réforme du code civil*

### Dalloz IP/IT : Quels étaient les enjeux de la réforme du droit des contrats ?

I. E. : Les objectifs de la réforme s'articulaient autour de trois grands axes : un droit des contrats plus lisible et accessible, une protection renforcée de la partie faible et un droit plus attractif pour les entreprises dans l'environnement international.

S'il peut être affirmé que l'influence du code civil et sa réforme auront sûrement des répercussions sur d'autres droits, le projet de réforme ayant déjà été traduit en plusieurs langues, ce qui intéressait surtout les opérateurs, ce sont les impacts potentiels de ces modifications

dans leurs activités opérationnelles avec la recherche d'une plus grande sécurité juridique comme principal critère d'évaluation.

Compte tenu de l'ampleur de la réforme et de ses enjeux, il est donc heureux que la Chancellerie ait lancé l'an dernier, une consultation publique, et que les opérateurs de la vie des affaires aient été invités (AFEP, MEDEF, AFJE, CCI<sup>1</sup>, Cercle Montequieu, Club des juristes...) à se prononcer sur le projet, dans l'intérêt des entreprises et de l'ensemble de la place de droit.

### Dalloz IP/IT : La réforme va-t-elle contribuer à l'effort d'attractivité du droit français ?

I. E. : La lisibilité et l'accessibilité du droit positif, qui ne trouve plus son reflet exact dans les seules dispositions du code civil, ont sans aucun doute guidé les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016.

En proposant des dispositions telles que celles relatives à la prise en compte des éléments économiques du contrat et en consacrant en grande partie le droit positif, ce projet est susceptible de renforcer l'efficacité et la prévisibilité de notre Droit des contrats qui sont recherchées par les opérateurs.

L'ordonnance recherche, par ailleurs, un équilibre entre : la conception libérale traditionnelle du droit des contrats reposant sur le dogme de l'autonomie de la volonté, et une approche imprégnée des théories du solidarisme contractuel.

Si de manière générale, le texte de l'ordonnance semble consacrer en grande partie le droit positif et répondre sur certains points aux attentes des opérateurs (notamment sur les avant-contrats et en y apportant des innovations intéressantes), en augmentant de façon mécanique le rôle

<sup>1</sup> Réponse de la CCI Paris - Île-de-France relative au projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, Rapp. du 7 mai 2015.

accordé au juge dans la mise en œuvre du contrat (parfois pour en redéfinir même les conditions) et, par conséquent, le risque d'imprévisibilité de certaines des solutions en définitive retenues, ce texte peut aller à l'encontre de deux objectifs annoncés de la réforme : l'intelligibilité de la loi et la sécurité juridique.

Ces objectifs sont pourtant essentiels pour répondre aux besoins exprimés à

répétition par les acteurs économiques<sup>2</sup> et permettre à la France de rester compétitive sur le marché international du droit des contrats<sup>3</sup>.

Pour l'heure, le calendrier prévisionnel prévoit que l'ordonnance publiée le 11 février 2016 soit ratifiée dans les six mois de sa publication, et l'on peut se demander si ce texte sera à nouveau débattu par le Parlement.

## Dalloz IP/IT : *Quid de ses innovations ?*

I. E. : L'ordonnance comprend d'importantes innovations, l'une des plus significatives étant la généralisation des clauses abusives (art. 1170). D'autre part, la cause disparaît des conditions de validité du contrat (art. 1128). Toutefois, les solutions fondées sur cette notion sont maintenues ; le contrat ne peut déroger à l'ordre public par son but (art. 1162), et le contrat à titre onéreux devient nul en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire au moment de sa formation (art. 1169). L'imprévision est désormais reconnue par l'article 1195.

Par ailleurs, des dispositions sur un droit

d'exécution forcée en nature et la possibilité reconnue au créancier de réduire proportionnellement le prix en cas d'exécution imparfaite du contrat sont introduites (art. 1223). Un chapitre entier est également consacré aux « restitutions » (art. 1352 s.).

Enfin, en matière de régime des obligations, l'ordonnance consacre la cession de contrat (art. 1216 s.) et simplifie le formalisme du désormais ancien article 1690 par les articles 1323 et 1324. La cession de dette est également créée (art. 1327 à 1328-1).

[...]

■<sup>2</sup>Dernier rapport émis en mai 2015 par le Club des juristes sur la « sécurité juridique et initiative économique » ([http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/Résumé\\_sécurité\\_juridique\\_initiative\\_économique.pdf](http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/Résumé_sécurité_juridique_initiative_économique.pdf)).

■<sup>3</sup>G. Cuniberti, Le marché international du droit des contrats, les droits les plus attractifs, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2014.

# Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats

>> par **Nicolas Rontchevsky**

Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Strasbourg

Extraits d'un article paru dans la revue Actualité Juridique Contrats d'affaires, mars 2016

# LES OBJECTIFS DE LA RÉFORME : ACCESSIBILITÉ ET ATTRACTIVITÉ DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS <sup>1</sup>

par Nicolas Rontchevsky

Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Strasbourg

1. Il a été dit avec humour que la réforme du droit des contrats était redoutée par les étudiants, espérée par les professionnels du droit et critiquée par les universitaires. Elle était du moins attendue, si ce n'est espérée, par tous les juristes, en raison notamment du vieillissement des articles du code civil qui n'ont presque pas été modifiés dans ce domaine depuis 1804 (à quelques rares exceptions, comme la révision de la clause pénale organisée par des lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985). Ainsi, les textes actuels du code civil ne comportent aucun article sur des questions aussi importantes en pratique que les groupes de contrats et les effets d'une crise économique sur les contrats. La jurisprudence de la Cour de cassation avait certes permis à notre droit d'évoluer, en dépassant la lettre des textes sur différents points sensibles (l'indétermination du prix par exemple). Mais les évolutions jurisprudentielles ont leurs limites et leurs inconvénients (en particulier sous l'angle de la sécurité juridique), de sorte qu'une réforme d'ensemble de la matière était nécessaire pour l'adapter à des réalités économiques et sociales nouvelles. La réforme s'imposait aussi sous l'angle du droit comparé, à l'heure où d'autres pays, et notamment l'Allemagne, ont modernisé leur droit des contrats. Quoi qu'il en soit, la réforme est là et les nouvelles dispositions issues de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>2</sup> portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après l'ordonnance) devraient entrer en vigueur, dans un délai assez bref, le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Il appartient aux professionnels du droit de se préparer à cette réforme majeure et de l'anticiper dans les quelques mois précédant son entrée en vigueur<sup>3</sup>.

2. Après une dizaine d'années de préparation et pas moins de quatre projets et avant-projets (en 2008

et 2013), la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a ouvert la voie à une réforme, par voie d'ordonnance, du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Si la méthode consistant à écarter le Parlement d'une réforme de cette importance peut prêter à discussion, il faut relever que la loi a quand même encadré le pouvoir du Gouvernement en précisant en pas moins de treize points les objectifs de la réforme. En outre, une consultation publique a été lancée sur le projet d'ordonnance établi par le ministère de la Justice et différents groupes de travail et comités ont pu exprimer leurs avis et suggestions, dans un bref délai de quelques semaines, pour modifier certaines dispositions. Cependant, bon nombre de réserves et propositions qui ont été formulées par les praticiens et la doctrine n'ont pas été prises en compte et si l'opportunité de la réforme n'est plus guère contestée, on souligne en revanche que les objectifs affichés pourraient ne pas être atteints<sup>4</sup>.

3. Lorsque l'on examine les objectifs visés par la loi du 16 février 2015, il apparaît que la réforme devrait « clarifier » et « simplifier » notre droit des contrats (ces termes revenant à plusieurs reprises). Mais au-delà d'une amélioration de l'accessibilité de notre droit, apparaissent d'autres enjeux de la réforme, à savoir le renforcement de la sécurité juridique et surtout l'attractivité et la compétitivité du droit français (notamment dans les contrats internationaux, du double point de vue des parties françaises et étrangères). Cela avait été clairement souligné par M<sup>me</sup> la garde des Sceaux en 2015 : « Il faut éviter que nous perdions toute influence dans le domaine du droit contractuel et des obligations et que nos opérateurs économiques soient pénalisés du fait que notre droit ne serait plus à la mesure des enjeux ni à la hauteur des réponses juridiques à y apporter ». L'enjeu de la compétitivité du droit français est donc double, puisqu'il s'agit non seulement de préserver l'image et l'influence de notre droit dans le monde mais aussi de ne pas fragiliser les entreprises françaises et les professionnels du droit dans une économie de plus en plus globalisée. Cette dernière préoccupation est du reste souvent mise en avant par les auteurs des textes récents. Par exemple, elle est expressément invoquée dans la récente Position-recommandation de l'Autorité des marchés financiers sur les cessions et acquisitions d'actifs significatifs des sociétés cotées<sup>5</sup> qui souligne que, dans un contexte de concurrence internationale, le principe d'une consultation de l'assemblée générale pour les opérations d'acquisitions risquerait de placer les sociétés cotées françaises dans une situation de « handicap compétitif sérieux », en raison des délais et de l'aléa d'une telle consultation qui inciteraient le vendeur à les écarter *a priori* des processus de cession.

4. S'il est douteux que la réforme du droit des contrats suffise à renforcer le rayonnement du droit français dans le monde (ou plutôt à enrayer son déclin), il est en revanche indispensable qu'elle n'affecte pas la confiance des opérateurs économiques dans notre droit, en particulier lorsqu'ils envisagent d'investir dans notre pays ou lorsqu'ils peuvent choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles. À cet égard, les nouveaux textes ont le mérite d'améliorer l'accessibilité de notre droit des contrats, mais ils pourraient aussi malheureusement aggraver l'insécurité juridique en ouvrant une ère d'incertitudes et un nouveau cycle jurisprudentiel.

(1) Ce texte est issu d'une conférence donnée le 8 octobre 2015 dans le cadre d'une matinée-débat organisée par Dalloz-Formation, AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution et la Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique sur la réforme du droit des contrats. Le style oral a été conservé, à l'exception de quelques références et actualisations.

(2) JO 11 févr., v. A. Bénabent et L. Aynès, Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016.434.

(3) N. Molfessis, Droit des contrats : l'heure de la réforme, JCP 2015. 199.

(4) Doc n° 2015-05 ; A.-L. Gaudillat, La réforme du droit des contrats, l'entreprise et ses juristes, Décideurs : stratégie, finance, droit, juillet-août 2015, p. 79 : « Sécurité et prévisibilité juridiques sont fragilisées par l'absence d'identification des articles d'ordre public, une définition subjective de plusieurs concepts fondamentaux, la disparition de la typologie traditionnelle des obligations contractuelles et quelques ambiguïtés de vocabulaire ».

(5) B. Dondero, Les opérations portant sur actifs significatifs après la position-recommandation de l'AMF (Doc N° 2015-015), Bull. July 2015. 424 et nos obs., RTD com. 2015. 558.



## ■ Amélioration de l'accessibilité du droit des contrats

5. D'une manière générale, l'Ordonnance est empreinte d'un souci de pédagogie et de clarification de notre droit des contrats. On y trouve d'emblée, dans les dispositions préliminaires, une série de définitions et des principes généraux, la liberté contractuelle (assortie néanmoins de fortes restrictions) et la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat<sup>6</sup>. C'est en quelque sorte un *Professorenrecht* à la française !

6. Il a aussi été maintes fois souligné que la réforme est réalisée dans une large mesure à droit constant, en codifiant maintes solutions jurisprudentielles intervenues depuis 1804, afin de renforcer la lisibilité de notre droit. On peut citer ainsi le régime des pourparlers et la sanction de leur rupture fautive, la sanction de la réticence

dolosive, la consécration de la distinction entre nullité relative et nullité absolue et de la nullité partielle, l'interdiction de la dénaturation des clauses claires et précises, le régime des clauses limitatives de responsabilité et la protection spécifique de l'obligation essentielle (issu de la saga jurisprudentielle des affaires *Chronopost*<sup>7</sup> et *Faurecia*<sup>8</sup>, qui a duré quinze ans !), l'exécution forcée en nature des obligations de faire, la résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée aux risques et péril de son auteur ou encore la validité des conventions sur la preuve.

7. De manière plus remarquable, la codification à droit constant masque cependant parfois une innovation et une modification de la règle d'origine jurisprudentielle. On en trouve une illustration dans les dispositions relatives au devoir d'information, qui vont au-delà des exigences jurisprudentielles et du droit positif :

« Art. 1229. – Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre, doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé ».

La rédaction finale de l'ordonnance a cependant précisé et restreint la portée du devoir d'information qui est désormais placé dans les dispositions relatives aux négociations<sup>9</sup>, encore que ce devoir devrait s'imposer aussi en l'absence de négociations précédant la conclusion du contrat.

8. Enfin, la rédaction finale de l'ordonnance ne consacre pas certaines solutions jurisprudentielles contestables (comme la théorie de l'émission de l'offre dans les contrats par correspondance). Elle renforce surtout la force obligatoire de la promesse unilatérale de vente<sup>10</sup>, qui avait été malmenée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation depuis 1993<sup>11</sup>, et, dans une moindre mesure, l'efficacité du pacte de préférence, la substitution au tiers dans le contrat conclu restant subordonnée à la double condition (posée par l'arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006<sup>12</sup>) que le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir<sup>13</sup>, cette seconde exigence étant très contestable à notre sens alors que l'on devrait présumer que le bénéficiaire du pacte de préférence a l'intention de s'en prévaloir.

9. Une meilleure accessibilité de notre droit passe aussi par sa

simplification. On peut rattacher à cet objectif deux innovations majeures : la disparition de la notion de cause (une particularité du droit français souvent mal comprise à l'étranger dit-on) et l'introduction de la notion de « contenu du contrat » (qui doit être apprécié au regard de ses « stipulations » et de son « but »), assurément plus terre à terre et compréhensible de tous !

10. Cette suppression de la cause peut prêter à discussion, du double point de vue du rayonnement international et de la cohérence interne de notre droit. Il s'agit surtout d'un trompe-l'œil, car les fonctions de la cause sont maintenues, à travers le contrôle du « but » du contrat et de la « contrepartie ». Ainsi, le contrat ne doit pas être contraire à l'ordre public non seulement par son contenu, mais aussi par son « but », que ce dernier « ait été connu ou non par toutes les parties »<sup>14</sup> et « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »<sup>15</sup>. Ce sont là, pour l'essentiel, les exigences de la jurisprudence actuelle s'agissant de la licéité de la cause du contrat et de l'existence de la cause de l'obligation. La simplification affichée est donc fallacieuse sur ce point et ne réduira pas le contentieux, bien au contraire sans doute.

11. En résumé, au-delà de la codification des solutions jurisprudentielles acquises, qui est certes appréciable, la réforme n'améliore guère l'accessibilité de notre droit des contrats. Elle pourrait surtout accentuer l'insécurité contractuelle.

## ■ Vers une nouvelle ère d'insécurité contractuelle ?

12. L'une des critiques qui était adressée à l'évolution jurisprudentielle du droit des contrats tenait à l'insécurité qu'elle créait, en raison notamment de l'« inintelligibilité » de certaines solutions<sup>16</sup> et d'hésitations, voire de mouvements de balancier de la Cour de cassation, peu appréciés des praticiens et des opérateurs économiques. Les sagas *Chronopost* et *Faurecia* concernant l'efficacité des clauses limitatives de responsabilité, qui ont créé des incertitudes pendant quinze ans sur un point très sensible<sup>17</sup>, avaient donné, selon certains, un effet répulsif à notre droit.

[...]

(6) C. civ., nouv. art. 1101 à 111-1.

(7) Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Bull. civ. IV, n° 261.

(8) Com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407, Bull. civ. IV, n° 43.

(9) C. civ., nouv. art. 1112-1.

(10) C. civ., nouv. art. 1124.

(11) Sur cette jurisprudence, V. C. civ., éd. 2016, note 35, ss art. 1589.

(12) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, Bull. civ., n° 4 ; D. 2006. 1861, note P.-Y. Gautier, note D. Mainguy ; JCP 2006. II. 10142, note L. Leveneur.

(13) C. civ., nouv. art. 1123, al. 2.

(14) C. civ., nouv. art. 1162.

(15) C. civ., nouv. art. 1169.

(16) N. Molfessis, art. préc., n° 5.

(17) V. l'évolution opérée, s'agissant de la sanction du manquement à une obligation essentielle, entre Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Bull. civ. IV, n° 115 et Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. civ. IV, n° 15.(

# La réforme du code civil : quels enjeux pour nos contrats ?

>> par **Valérie Valais**

Directrice Affaires publiques & Corporate Development Dassault Systèmes –  
Membre du Cercle Montesquieu et du groupe de travail sur le droit des  
contrats

Extraits d'un article paru dans la revue Dalloz IP/IT, mai 2016

# LA RÉFORME DU CODE CIVIL : QUELS ENJEUX POUR NOS CONTRATS ?

*Le contrat constitue l'un des trois piliers du code civil avec la famille et la propriété<sup>1</sup>. C'est donc avec la plus grande attention qu'a été accueillie l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La réforme entend inscrire le droit français dans le XXI<sup>e</sup> siècle. Elle entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et donne lieu à une double réorganisation, à la fois matérielle, par sa refonte intégrale du livre III du code civil, et conceptuelle, par l'inscription du commerce électronique, jusqu'alors soumis à une loi spécialisée, dans notre droit commun.*

## Valérie Valais

*Directrice Affaires publiques & Corporate Development Dassault Systèmes - Membre du Cercle Montesquieu et du groupe de travail sur le droit des contrats*

Depuis sa création en 1804, notre droit des contrats a subi de très modestes modifications, si bien qu'avec l'essor des nouvelles technologies, il était devenu – en apparence au moins – obsolète. Les quelques avancées qu'il est possible de relever découlent pour la plupart de la production normative européenne. En effet, le droit communautaire, devenu européen, a permis, par ses interventions visant à encadrer les contrats spéciaux, d'accompagner la transition numérique. On pense notamment à la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>2</sup> (transposée en droit français par la loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique<sup>3</sup>) ou encore à la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs<sup>4</sup>. Ce faisant, le droit dérivé de l'Union européenne a contribué à la désuétude des dispositions du code civil.

Par ailleurs, la création de règles spécialement conçues pour régir les relations entre cocontractants professionnels ou avec les consommateurs accentue le phénomène d'éviction du droit commun. En effet, le droit commun s'est trouvé en concurrence avec le droit de la consommation et le droit du commerce ou de la distribution. À l'ère du numérique, la plupart des contrats

■ 1] J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Connaissances du droit », 2003.

■ 2] Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

■ 3] L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JO 22 juin).

■ 4] Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

Suppression  
de la cause en tant  
que condition de  
validité du contrat

électroniques conclus le sont par des personnes agissant en leur qualité de consommateur et, partant, relèvent du droit de la consommation. Parallèlement, les contrats commerciaux conclus entre professionnels sont soumis aux règles de la concurrence. En conséquence, le droit commun est devenu une sorte de droit subsidiaire, tant les occasions de l'appliquer sont rares. La réforme insère dans le droit commun des contrats des dispositions qui tendent à rendre l'application de ce droit plus systématique, notamment par l'introduction de dispositions d'ordre public. On pense notamment au principe de bonne foi consacré de manière élargie à l'article 1104 et au devoir général d'information introduit par l'article 1112-1.

Outre le manque de modernité et d'attractivité, le droit français des contrats

souffrait également d'un problème de lisibilité. L'émergence de lois spéciales et le nombre grandissant de solutions jurisprudentielles rendaient l'accès au droit vivant des contrats difficile. L'ordonnance quant à elle permet de redonner une certaine unité au droit des contrats en s'inspirant largement de la jurisprudence tout en tenant compte des évolutions apportées par les nouvelles technologies. Les différents thèmes abordés dans cette étude permettront de mettre en lumière les points d'impact de la réforme en matière de contrats électroniques.

Très attendue et largement débattue, l'ordonnance poursuit trois objectifs : elle modernise des dispositions vieilles de près de plus de deux siècles et, en ce sens, contribue à rendre le droit français des contrats plus lisible (I), plus prévisible (II) et attractif (III).

## I - LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS AU SERVICE D'UNE MEILLEURE LISIBILITÉ ET D'UN ACCÈS FACILITÉ

La réorganisation du livre III du code civil rend plus accessible le droit des contrats. D'une part, la réforme a le mérite d'unifier ce droit, notamment en incorporant certaines solutions jurisprudentielles (on pense par exemple à la partie consacrée aux négociations précontractuelles, inspirée de la jurisprudence *Manoukian*<sup>5</sup>) et en intégrant dans la partie relative à la formation du contrat les règles sur l'e-contrat. D'autre part, la réforme améliore la lisibilité du droit des contrats tout en conservant l'esprit du code civil ; elle regroupe les règles applicables aux contrats de façon logique, en reflétant les différentes étapes de la relation contractuelle. Ainsi, le titre III est réécrit en tenant compte de la chronologie de la vie du contrat<sup>6</sup>, allant des prémices (négociations, avant-contrats) à la formation (consentement, contenu du contrat), pour se terminer par les effets du contrat et les remèdes en cas d'inexécution. De même, le titre IV est agencé de façon à clarifier la lecture du régime général et de la preuve des obligations en abordant dans un pre-

mier temps les dispositions générales, et dans un second temps l'admissibilité des différents modes de preuve.

Par ailleurs, l'ordonnance abandonne certaines notions présentes dans le code civil actuel, mais non définies et dont le maintien apparaît peu utile, telles les obligations de faire, de ne pas faire, et de donner.

Toujours dans l'idée d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité du droit des contrats, la réforme entreprend une modernisation du langage en privilégiant des termes plus contemporains. Cette simplification linguistique a donné lieu à la suppression de la cause en tant que condition de validité du contrat (art. 1128). Toutefois, les solutions fondées sur cette notion semblent maintenues. Ainsi, le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but (art. 1162), et le contrat à titre onéreux devient nul en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire au moment de sa formation (art. 1169).

<sup>5</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 2006, n° 04-20.040, D. 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 770, obs. P. Jourdain : les juges ont refusé l'indemnisation au titre de la perte d'une chance de conclure un contrat en considérant que la perte des gains escomptés n'est pas une conséquence des « conditions de la rupture qui seules sont fautives » mais simplement une conséquence de la rupture des pourparlers, qui ne constitue pas une faute en elle-même.

<sup>6</sup> Rapp. au président de la République relatif à l'Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Dès lors, la réforme entreprend une codification qui s'avère nécessaire et opportune dans la mesure où elle rend le droit des contrats et le régime général et de la preuve des obligations plus précis et cohérents.

## II - LA SÉCURITÉ JURIDIQUE AU CŒUR DE LA RÉFORME

La sécurité juridique est l'un des principaux objectifs poursuivis par la réforme. L'ordonnance contient des dispositions permettant d'appréhender le droit positif des contrats dans sa globalité et d'en assurer la prévisibilité. L'idée générale est avant tout de rétablir l'équilibre de la relation contractuelle et de garantir la protection de la partie faible.

À cette fin, l'ordonnance consacre le principe de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat, y compris durant les négociations et lors de sa formation (art. 1104). Autre notion consacrée par l'ordonnance, cette fois en matière de consentement vicié, la réticence dolosive, soit la dissimulation intentionnelle d'une information déterminante (art. 1137). Cette notion fait écho au devoir général d'information introduit à l'article 1112-1. Cette disposition d'ordre public laisse entendre que les conditions générales ne produisent leurs effets que si toutes les parties en ont eu connaissance, permettant ainsi une meilleure protection de l'e-acheteur.

Deux autres concepts viennent encadrer le stade de la formation du contrat ; d'abord, l'ordonnance prévoit le régime de la rétractation de l'offre à l'article 1116 et énonce qu'elle « engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ». En parallèle de quoi, les avant-contrats voient leur efficacité renforcée par l'introduction des articles 1123 et 1124. L'article 1123, relatif au pacte de préférence, introduit les sanctions de nullité et de substitution lorsqu'un contrat a été conclu en violation du pacte avec un

### CE QU'IL FAUT RETENIR

La réforme inscrit le droit des contrats dans l'ère du numérique en adaptant ce dernier aux besoins de la pratique et à l'économie contemporaine. Reste que la réforme suppose une articulation délicate à appréhender entre le droit commun et les lois spéciales, et il reviendra au juge de se prononcer sur ce point dans les prochains mois.

Par ailleurs, on peut légitimement s'interroger sur le fait de savoir si l'objectif de la réforme visant à renforcer la sécurité juridique est véritablement atteint, et ce, notamment au regard du renforcement de la protection du plus faible consacré par le texte, et des nouvelles opportunités de saisir le juge offertes par la réforme, permettant ainsi aux parties à un contrat de le remettre en cause sous certaines conditions. La pratique contractuelle nous imposera en conséquence une grande vigilance afin de nous assurer que le contrat pourra continuer à constituer un gage de sécurité juridique entre les parties audit contrat.

tiers qui en connaissait l'existence ainsi que l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, tandis que l'article 1124 intègre la promesse unilatérale et prévoit que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis. Cependant, on déplore que la réforme ne donne pas de statut particulier à l'offre, ni n'établisse de hiérarchie avec les avant-contrats.

Outre l'incorporation de principes jurisprudentiels et de concepts éprouvés en doctrine et essentiels pour les praticiens, la réforme entend protéger la partie faible au contrat par l'introduction de notions telles que l'abus de dépendance économique, sanctionné par la nullité du contrat (art. 1143), ou encore la généralisation des clauses abusives (art. 1171), définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties. Cet article a donc pour effet de rapprocher le droit commun des contrats de la protection offerte à la partie faible en droit de la consommation. En pratique, il est toutefois possible de s'interroger sur l'articulation entre le droit commun et le droit de la consommation.

L'article 1170 constitue également une nouveauté en droit commun, bien qu'il convienne de nuancer son caractère

innovant. En effet, l'article 1170 relatif à l'obligation essentielle du débiteur constitue une consécration de la célèbre jurisprudence *Chronopost*<sup>7</sup> dans la mesure où il prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance

l'obligation essentielle du débiteur et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. Par l'introduction de cet article, on peut également noter une réminiscence des effets attachés à la cause.

[...]

<sup>7</sup> Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux ; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet ; *ibid.* 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc.

# Les apports de l'ordonnance en matière de pourparlers et d'avant-contrats

>> par **Philippe Fournier**

Directeur juridique Cora-Provera France – Membre du Cercle Montesquieu

Extraits d'un article paru dans la revue Dalloz IP/IT, mai 2016

# LES APPORTS DE L'ORDONNANCE EN MATIÈRE DE POURPARLERS ET D'AVANT-CONTRATS

*L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations tend à adapter le droit à la pratique actuelle des affaires et à renforcer l'efficacité des avant-contrats.*

**L**e code civil actuel se distingue par l'absence de toute disposition légale relative aux étapes précédant la conclusion du contrat, à quelques exceptions près. Ainsi les négociations précontractuelles, l'offre et l'acceptation ou encore les contrats préparatoires, également appelés avant-contrats, ne relèvent d'aucun texte. De fait, le droit commun applicable en la matière est entièrement prétorien.

**Philippe Fournier**  
*Directeur Juridique Cora -  
Provera France - Membre  
du Cercle Montesquieu*



En réponse, la réforme vise à garantir la sécurité juridique en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique<sup>1</sup>.

L'ordonnance du 10 février 2016 confère un fondement légal à trois avant-contrats que sont l'offre de contracter, la promesse unilatérale et le pacte de préférence, tout en consacrant la solution jurisprudentielle de l'arrêt *Manoukian*<sup>2</sup>, soit

le refus d'indemniser la perte de chance de contracter en cas de rupture fautive des pourparlers.

La réorganisation du code civil entreprise par la réforme est le reflet de la chronologie des étapes précédant la formation du contrat. Afin de refléter au mieux cette chronologie, il convient d'aborder en premier lieu les négociations précontractuelles (I) puis, en second lieu, le régime des avant-contrats (II).

## I - L'ENCADREMENT DES POURPARLERS

Le code civil actuel n'envisage pas la question des négociations précontractuelles. En conséquence, la jurisprudence a comblé les silences de la loi. Les solutions ainsi dégagées par les juges et les principes qui en découlent sont venus encadrer les pourparlers. L'article 1112 de l'ordonnance vient consacrer ici la liberté d'initier, de mener et, le cas échéant, de rompre des négociations précontractuelles, sous réserve d'un autre principe, celui-ci d'ordre public, la bonne foi. Le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance<sup>3</sup> précise que les parties peuvent aménager cette négociation et la phase de rupture par voie contractuelle.

Si le fait de rompre de bonne foi les négociations est établi, qu'en est-il de la rupture fautive ? L'ordonnance ne fait pas de distinction entre les sanctions applicables à la rupture des pourparlers et celles applicables à l'offre : dans les deux cas, la responsabilité extracontractuelle de la partie fautive sera mise en cause, indépendamment du fait que les discussions aient abouti ou non, à moins que les parties aient conventionnellement aménagé cette phase de pourparlers.

Quant à la sanction attachée à la rupture fautive, la réforme encadre l'étendue du préjudice réparable ; sont exclus les avantages inhérents à la conclusion du contrat, et notamment la perte de chance de réaliser les gains légitimement

attendus du contrat (art. 1112). Cette solution se justifie dans la mesure où, d'une part, il est question de sanctionner la faute dans l'exercice du droit de rupture, non pas la rupture en elle-même. D'autre part, la réparation du profit escompté reviendrait à donner effet à un contrat non encore conclu.

L'ordonnance, avec l'article 1112-1, généralise un devoir d'information précontractuel. Celui qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer. Ce texte est d'ordre public, les parties ne pouvant ni limiter ni exclure le devoir d'information.

Il n'y a visiblement pas d'obligation pour l'autre partie de s'informer ou d'avoir à réaliser les diligences normales pour s'informer. La jurisprudence devra sans doute combler ce point à l'instar du droit de la franchise. Le devoir d'information doit être satisfait dès lors que « légitimement » l'autre partie ignore cette information ou « fait confiance à son cocontractant » (qui n'a pas encore à ce stade cette qualité). On voit ici toute la difficulté de mise en œuvre de cette obligation générale, alors que certains droits spéciaux ont pris le soin de préciser le contenu de cette information.

Le cocontractant qui prétend qu'une information lui était due doit prouver que l'autre partie la lui devait. Si le manquement

■1 Rapp. au président de la République relatif à l'Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

■2 Civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 2006, n° 04-20.040, D. 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 770, obs. P. Jourdain : dans cet arrêt, les juges ont refusé l'indemnisation au titre de la perte d'une chance de conclure un contrat en considérant que la perte des gains escomptés n'est pas une conséquence des « conditions de la rupture qui seules sont fautives » mais simplement une conséquence de la rupture des pourparlers, qui ne constitue pas une faute en elle-même.

■3 Rapp. au président de la République, préc.

à cette obligation constitue un vice du consentement, le contrat peut être annulé.

L'article 1112-1, alinéa 2, précise que ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Toutefois, cette obligation précontractuelle doit porter sur une information dont l'importance est déterminante et, en consé-

quence, qui permettra notamment à la partie recevant l'information d'estimer la valeur de la prestation.

L'article 1112-1 dispose d'ailleurs qu'« ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ».

# Le devoir général d'information : un impact majeur dans la formation des contrats informatiques

>> par **Stéphane Lemarchand**

Avocat – Co-responsable du groupe IP/IT de DLA Piper au niveau mondial

Extraits d'un article paru dans la revue Dalloz IP/IT, mai 2016

# LE DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION : UN IMPACT MAJEUR DANS LA FORMATION DES CONTRATS INFORMATIQUES

*D'emblée, le mythe selon lequel 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'opérerait qu'une codification à droit constant doit être déconstruit. En effet, si la réforme est traversée par une tension entre codification à droit constant et consécration de solutions jurisprudentielles existantes, celle-ci comporte également des innovations significatives. À cet égard, l'introduction d'un devoir général d'information lors de la formation du contrat, proclamé indifféremment de la qualité des cocontractants et du type de contrat, et présentée comme la réaffirmation d'un grand principe connu et balisé, est toutefois de nature à modifier en pratique la façon dont les parties forment leur accord.*

## Stéphane Lemarchand

Avocat – Co-responsable du groupe  
IP/IT de DLA Piper du niveau mondial

Ce sera notamment le cas pour les contrats informatiques, dont on connaît l'importance pour la bonne exécution des obligations souscrites par les parties, de la phase d'échanges précontractuels.

L'article 1112-1 nouveau du code civil dispose : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. [...] Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. 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 ».

En premier lieu, on notera l'importance de la disposition car elle fait partie du nombre limité de règles codifiées par l'ordonnance du 10 février 2016 qui ont reçu la quali-

fication expresse de règles d'ordre public. On en déduira, d'une part, pour le praticien de la négociation du contrat informatique un impact significatif sur la rédaction du contrat et, d'autre part, un impact sur le comportement des contractants en phase de pourparlers (I). En second lieu

et surtout, on soulignera le dernier alinéa de l'article qui précise la sanction délictuelle du non-respect de ce devoir d'information, voire la nullité du contrat. Cette fois-ci, c'est le praticien du contentieux informatique qui est bouleversé dans ses repères habituels (II).

## I - L'AFFIRMATION D'UN DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION D'ORDRE PUBLIC, QUEL IMPACT POUR LA PRATIQUE CONTRACTUELLE ?

### A - Effet immédiat sur la pratique des contrats informatiques

« ...Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir... ». À l'évidence, le législateur érige ce principe général du devoir d'information, jusque-là propre au droit de la consommation, en disposition d'ordre public.

Dès lors, toute clause dont l'objet serait de réduire la portée ou d'anéantir ce devoir est inopposable.

On devra donc nécessairement s'interroger sur le sort des dispositions habituelles dans les contrats informatiques, par lesquelles chaque partie tend à opposer à l'autre avoir rempli son obligation d'information. Il est en effet extrêmement fréquent de voir les prestataires de services contractualiser, le plus souvent dans un préambule, mais aussi dans le corps même de conditions contractuelles, avoir dûment rempli leur devoir, par exemple s'agissant des limites ou des risques propres aux prestations ou au produit, objet du contrat. Inversement, le client, acheteur de services informatiques, opposera souvent au prestataire, par une clause devenue très habituelle dans les contrats, le fait d'avoir lui-même rempli son devoir d'information sur l'expression de son besoin et d'avoir permis au prestataire l'accès à toutes les informations nécessaires à son engagement contractuel.

On le voit, si ces clauses ont le mérite le cas échéant de refléter une réalité des discussions précontractuelles, ou encore

de rendre la preuve de l'inexécution de l'obligation encore plus difficile, elles ne pourront en aucun cas permettre à l'une ou l'autre des parties de s'exonérer d'avoir à communiquer, avant la formation du contrat de l'information dite « déterminante » au sens de ce nouveau texte.

Il est donc impératif (sans mauvais jeu de mot) que chaque partie à un contrat informatique s'interroge sur le contenu de l'information à communiquer, au risque, malgré les précautions de rédaction contractuelle, de rendre le contrat inefficace. Et là encore, le nouveau texte crée une incertitude.

### B - Le contenu de l'information dite « déterminante » et l'obligation de conseil

Les praticiens du contrat informatique savent, depuis les années 70, que le professionnel de l'informatique, nécessairement sachant, a une obligation particulière, en période de pourparlers contractuels, d'informer son client, à l'époque nécessairement profane, sur les caractéristiques du produit ou du service. Nous savons aussi que les contours de cette obligation, pure création jurisprudentielle, sont devenus plus précis au fil des années pour exiger du prestataire ou du fournisseur qu'il informe son client sur l'adéquation du produit ou service au besoin exprimé, voire qu'il mette en garde ou qu'il alerte son client sur les limites de la prestation, ou encore sur les inexactitudes ou les incom-

*C'est le praticien du contentieux informatique qui est bouleversé dans ses repères habituels*

plétudes de son besoin exprimé. Mais ce qui fait la particularité de cette obligation dite de « conseil » dans les contrats informatiques, c'est que l'intensité de son application a toujours été déterminée par la qualité des parties aux contrats. Ainsi, le niveau d'information à fournir était plus ou moins étendu selon que le client était plus ou moins reconnu comme averti.

Compte tenu des termes généraux du nouvel article susvisé, on peut raisonnablement considérer que le régime juridique de l'obligation de conseil, plutôt bien établi, sera difficilement transposable dans les mêmes termes, à ce nouveau texte. En effet, il semble bien que

[...]

ce nouveau texte ne distingue pas selon que l'une des parties soit plus ou moins « compétente » que l'autre, mais plutôt détermine le contenu de l'obligation selon que l'une des parties était ou non « légitimement » en situation d'ignorer ladite information. On peut donc considérer qu'il y a ici un élargissement, ou du moins un risque d'élargissement, du périmètre de l'obligation d'information, au détriment probable des prestataires informatiques qui à l'avenir devront s'interroger sur ce qu'ils doivent partager en phase d'avant-vente avec plus d'acuité, que le client soit particulièrement compétent ou non. Les premières décisions sur ce texte seront évidemment très attendues sur ce point.

*Il y a ici un élargissement, ou du moins un risque d'élargissement, du périmètre de l'obligation d'information, au détriment probable des prestataires informatiques*

# Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif

>> par **Muriel Chagny**

Directeur du Master Contrats concurrence et codirecteur du laboratoire DANTE de l'Université de Versailles-Saint-Quentin

Extraits d'un article paru dans la revue Actualité Juridique Contrats d'affaires, mars 2016

# LES CONTRATS D'AFFAIRES À L'ÉPREUVE DES NOUVELLES RÈGLES SUR L'ABUS DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE ET LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

par Muriel Chagny

Directeur du Master Contrats concurrence et codirecteur du laboratoire DANTE de l'Université de Versailles-Saint-Quentin

Ceux qui s'étaient risqués à prédire la disparition de deux des dispositions phares de la réforme du droit commun des contrats en seront pour leurs frais. En dépit du tir nourri de critiques dont elle a pu faire l'objet<sup>1</sup>, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>2</sup> portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a bel et bien conservé les deux innovations – au demeurant expressément visées par la loi d'habilitation<sup>3</sup> – destinées à « préserver les intérêts de la partie la plus faible »<sup>4</sup>.

Ce n'est pas dire pour autant qu'aucune modification ne leur ait été apportée. Bien au contraire, la mise en perspective du projet d'ordonnance soumis à consultation et du texte publié dans le *Journal officiel* du 11 février 2016 fait apparaître des changements dans la rédaction des règles visant respectivement à sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et à appréhender les clauses créant un déséquilibre significatif<sup>5</sup>.

Si, par les termes employés, ces dispositions appelées à intégrer nouvellement et prochainement le code civil ne manquent pas d'évoquer chez les spécialistes de concurrence, du côté des pratiques anticoncurrentielles, l'interdiction des abus de dépendance économique et, du côté des pratiques restrictives de concurrence, la règle relative au déséquilibre significatif, elles n'en suscitent pas moins de nombreuses interrogations quant à l'impact qu'elles auront en tant que règles de droit commun sur la conclusion des contrats d'affaires.

(1) V. par ex. P. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2015.

(2) JO 11 févr.

(3) L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015, art. 8, JO 17 févr.

(4) Selon les termes mêmes du rapport au président de la République accompagnant la publication du texte au *Journal officiel*.

(5) Pour une évocation de ces dispositions dans la rédaction qui était la leur dans le projet soumis à consultation, V. not. G. Loiseau, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA* 2015, 496, spéc. p. 498; « La consécration de la violence économique », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, p. 33 s.; M. Chagny, « La généralisation des clauses abusives », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, préc., p. 47 s. (avec les actes des tables-rondes animées par A. Outin-Adam).

[...]

## ■ Les contrats d'affaires à l'épreuve de l'abus de l'état de dépendance

Sans être l'unique changement apporté à la trilogie des vices du consentement par la réforme du droit commun des contrats, l'assimilation à la violence de l'abus de l'état de dépendance dans lequel se trouve le cocontractant retient tout particulièrement l'attention en même temps qu'elle nourrit les inquiétudes.

Pour prendre la mesure du nouvel article 1143 du code civil, aux termes duquel « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif », il est possible d'en tracer les contours à partir, très classiquement, de sa double nature de vice du consentement et de délit civil en envisageant successivement la situation de la victime et le comportement de l'auteur de l'abus de dépendance.

### La situation de la victime de l'abus de dépendance

[...]

## ■ Les contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif

Sujet de polémique s'il en est, mais prévu là encore par la loi d'habilitation et complémentaire de la sanction des abus de dépendance, un contrôle des clauses abusives entrera bien dans le code civil, quoique, contrairement à l'article L. 132-1 du code de la consommation, le nouvel article 1171 du code civil ne se réfère pas expressément à cette qualification. Il dispose, en effet, que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » et ajoute, en son alinéa 2, que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Au regard des inquiétudes suscitées par cette disposition, il importe de s'intéresser à son domaine d'application, qui apparaît plus circonscrit que prévu initialement, puis à sa mise en œuvre, à la lumière des droits spéciaux du marché.

### Un domaine d'application large, mais circonscrit aux contrats d'adhésion

Très logiquement, la règle appelée à prendre place dans le code civil ne comporte aucune restriction quant aux personnes sus-



ceptibles de s'en prévaloir. Elle étend donc la protection au-delà de celle conférée par le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Au-delà des contrats entre particuliers, elle est également susceptible de concerner des relations d'affaires. Plus précisément, elle a vocation à s'appliquer dans des contrats conclus avec un professionnel par une personne n'étant ni un « consommateur », ni un « non-professionnel » au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, ainsi qu'au bénéfice de ceux qui, ayant contracté avec « un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers »,

L'état de dépendance, auquel le code civil se réfère désormais, paraît viser une situation de faiblesse relative, par rapport au cocontractant. Il évoque l'état de dépendance économique dont l'exploitation abusive est prohibée en droit des pratiques anticoncurrentielles et qui est interprété très restrictivement en jurisprudence

n'ont pas la qualité de « partenaire commercial » requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

Quant aux stipulations contractuelles susceptibles de faire l'objet du contrôle, il peut s'agir, de prime abord, de n'importe quelle clause, comme en témoigne la vigueur de la formule employée dans l'article 1171 (« toute clause »), dès l'instant du moins où elle produit un certain résultat, sous la forme d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

A néanmoins été prévue une exclusion qui est certainement inspirée

de la règle de consommation, mais s'en démarque quelque peu par sa formulation, puisqu'il est précisé que « l'appréciation [...] ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». En dépit de la référence ainsi faite à « la prestation », cette exclusion ne devrait pas être limitée au seul contrat d'entreprise, l'ordonnance utilisant par ailleurs le terme de prestation de façon beaucoup plus générale<sup>16</sup>. On relèvera aussi que la réserve figurant à ce propos dans le code de la consommation (« pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ») ne figure pas dans l'article 1171 du code civil.

Par ailleurs, et alors que le projet de texte soumis à consultation ne comportait aucune restriction quant aux contrats concernés, le choix a été fait *in fine* de circonscrire le champ d'application de la règle, ceci « afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français »<sup>17</sup>. S'il était concevable, pour ce faire, de limiter le contrôle aux clauses ayant été soustraites à la libre négociation<sup>18</sup>, a été retenue l'autre option consistant à restreindre l'application du texte aux contrats d'adhésion, « terrain d'élection de ce type de clause » selon le Rapport au président de la République. Dès lors, la définition de cette catégorie de contrat revêt une importance décisive. Or, la rédaction finalement adoptée à son propos, notamment par la référence faite aux « conditions générales »<sup>19</sup>, n'est pas sans nourrir certaines interrogations.

S'agissant, en revanche, des éventuelles possibilités d'évincer la règle et, plus précisément, d'en paralyser le jeu par l'insertion d'une stipulation contractuelle, il n'est guère douteux que pareille stratégie serait vouée à l'échec. En effet, au regard de la sanction prévue – les clauses abusives étant réputées non écrites – l'article 1171 paraît bien être une disposition d'ordre public<sup>20</sup>.

Il est, par ailleurs, permis de se demander si l'existence dans le code civil de dispositions spécifiques à une clause donnée fait échec ou non au jeu de la règle sur le déséquilibre significatif. Appelée à se prononcer sur pareille question, à propos de la clause pénale et des droits spéciaux du marché, la Cour de cassation a considéré que les dispositions de l'article 1152 du code civil ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce<sup>21</sup>; elle avait précédemment retenu une solution similaire pour le droit de la consommation<sup>22</sup>.

## Une mise en œuvre éclairée par les droits spéciaux du marché

L'examen de la règle fait apparaître un alignement dans la sanction comme dans la définition de la clause abusive sur le code de la consommation.

Contrairement au projet initialement soumis à consultation, selon lequel la clause « peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée », la sanction de la clause contraire à l'article 1171 est dorénavant, comme en droit de la consommation et comme pour l'article 1170 consacrant la jurisprudence *Chronopost*<sup>23</sup>, la suivante : ladite clause est réputée non écrite.

À l'instar de l'article L. 132-1 du code de la consommation, la règle du code civil ne fait aucune référence au comportement du cocontractant et paraît convier uniquement à l'appréciation objective du résultat. Elle se démarque de la sorte de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, pourvu d'une structure dualiste et requérant, outre un résultat avéré ou potentiel, sous la forme d'un déséquilibre significatif, un comportement consistant dans le fait de « soumettre ou tenter de soumettre le partenaire commercial », identifié par la jurisprudence comme le fait d'imposer ou tenter d'imposer sans possibilité de négociation, relativement à la partie concernée du contrat<sup>24</sup>. Pour autant, et compte tenu notamment du fait que l'article 1171 du code civil a vocation à jouer dans certaines relations d'affaires, les solutions développées sur le fondement du droit de la concurrence peuvent être sollicitées aussi bien que celles du droit de la consommation. Au regard du recours commun à la notion de déséquilibre significatif, les droits spéciaux du marché peuvent constituer un fonds dans lequel il est possible de puiser au moment de mettre en œuvre la règle du code civil. Cela étant, l'emprunt susceptible d'être effectué ne devrait pas être sans limite, du moins si le raisonnement suivi par la jurisprudence commerciale au moment de mettre en œuvre l'article L. 442-6, I, 2°

(16) C. civ., nouv. art. 1163 : « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

(17) Rapp. au président de la République.

(18) C. civ., art. 1122-2 dans l'avant-projet Catala. Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée. Projet Terré, art. 67. En outre, la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande. Art 87 bis févr. 2009 et art. 79 mai 2009 : Une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.

(19) C. civ., art. 1110, nouv. al. 2 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Comp. l'ancienne formulation figurant à l'art. 1108, al. 2, C. civ. : « le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ».

(20) En ce sens, V. le Rapport au président de la République.

(21) Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Galec*.

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *Bull. civ. I*, n° 8.

(23) Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

(24) Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurochan*, *AJCA* 2015. 218, *chron. G. Chantepie*.

du code de commerce<sup>25</sup> fait école. Dans le sillage de la décision du Conseil constitutionnel<sup>26</sup>, la cour d'appel de Paris, tout en admettant s'inspirer des solutions développées sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation, a exclu de « se contenter de raisonner par analogie » en présence de textes pourvus de champs d'application distincts et visant à régir des rapports de force différents<sup>27</sup>.

Sous cette réserve, les juridictions appelées à se prononcer au regard de l'article 1171 pourraient prendre appui sur des décisions de justice se rapportant à la règle du code de la consommation ou à celle du code de commerce. Il leur sera également possible de prendre en considération les listes de clauses irréfragablement regardées comme abusives<sup>28</sup> ou présumées abusives<sup>29</sup>, de même que les avis rendus par la Commission des clauses abu-

sives comme par la Commission d'examen des pratiques commerciales. Ainsi, et s'agissant des éléments à l'aune desquels une stipulation peut être appréciée, il convient de mentionner l'absence de réciprocité, l'absence de proportion entre les obligations, l'absence de contrepartie ou encore le caractère injustifié ou le défaut de motif légitime. Par ailleurs, l'analyse à effectuer pourrait tenir compte de la nature du contrat<sup>30</sup>, du caractère habituel de la stipulation dans le contrat concerné<sup>31</sup>, mais également des bonnes pratiques.

S'agissant enfin de la question cruciale qui est celle de savoir s'il y a lieu de procéder à une appréciation globale ou clause par clause, il importe de relever que le code de la consommation invite expressément à porter une appréciation « en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat »<sup>32</sup>. Quant à la règle du code de commerce, pour laquelle rien n'est explicitement prévu, la Cour de cassation a consacré le principe d'une analyse globale et concrète du contrat, à l'occasion de laquelle il importe d'apprécier le contexte dans lequel le contrat a été conclu ou proposé<sup>33</sup>. Il importe à cet égard de noter que la cour régulatrice a aussi procédé à une répartition du fardeau de la preuve, en estimant qu'une fois mis en évidence *prima facie* un déséquilibre significatif à partir d'une stipulation, il revient à l'autre partie de montrer qu'un rééquilibrage, une compensation, a été opéré par d'autres clauses du contrat. Reste à savoir si ce raisonnement restera cantonné à la seule règle du code de commerce ou s'il s'étendra au droit commun. L'avenir et les juges en charge de son application le diront...

(25) Rappr. Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, AJCA 2015. 39, obs. C. Pecnard.

(26) Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils*.

(27) Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, *Radio Nova*, préc.

(28) C. consom., art. R. 132-1 ; C. com., art. L. 442-6, I et II.

(29) C. consom., art. R. 132-2.

(30) Paris, ch. 5 - pôle 11, 21 oct. 2011, n° 2008/088778.

(31) Versailles, 12 mai 2011, n° 10/00800.

(32) C. consom., art. L. 132-1.

(33) V. not. Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera France*.

# L'équilibre dans le contenu du contrat

>> par **Pierre Sirinelli**

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Extraits d'un article paru dans la revue Dalloz IP/IT, mai 2016

# L'ÉQUILIBRE DANS LE CONTENU DU CONTRAT

*La réforme mise en place par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 repose – suivant les proclamations mêmes du législateur – sur l'idée d'une codification à droit constant. Dès lors, il est légitime de penser que s'y retrouvent les principes de liberté contractuelle et d'intangibilité des conventions légalement conclues.*

*C'est à partir du premier qu'a été dégagée, par le passé, l'idée qu'un contrat était nécessairement juste puisque, librement négocié par les parties, il reposait sur un équilibre nécessairement recherché et consenti. La pratique contractuelle avait cependant rapidement démontré que l'absence d'égalité entre cocontractants pouvait conduire à des contrats déséquilibrés. Les contrats relatifs à l'informatique ou aux nouvelles techniques sont, plus que d'autres, exposés au risque de déséquilibre. D'abord, parce qu'ils sont souvent conclus entre parties d'inégales puissances (sur un plan économique, souvent, mais également s'agissant des connaissances techniques ou juridiques). Ensuite, parce qu'ils s'inscrivent dans une longue durée et cela alors même que l'économie ou le corps d'activité dans lesquels ils s'inscrivent sont particulièrement imprévisibles ou mouvants.*

**C**onscient de ce risque présent dans de nombreux domaines, le législateur est déjà intervenu au gré de constructions spéciales (droit de la consommation, droit du travail...) afin de venir au secours des parties les plus faibles. Le code civil porte désormais la trace de ce mouvement. Certes, le principe suivant lequel l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité des contrats demeure tandis que les correctifs comme la lésion (C. civ., art. 1168) restent exceptionnels et encadrés. Toutefois, la proclamation d'une codification à droit constant ne doit pas masquer une évolution réelle en la matière, soit par la consécration légale de solutions jurisprudentielles, soit par l'adoption de nouvelles règles opérant un véritable bouleversement de solutions traditionnelles. Un rapide parcours parmi les règles nouvellement consacrées permet de se rendre compte que le législateur a entendu tenter de garantir une certaine justice contractuelle tant au moment de la formation des conventions qu'au stade de leur exécution.

**Pierre Sirinelli**

Professeur à l'Université  
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

## I – FORMATION DES CONVENTIONS ET RECHERCHE D'UN MEILLEUR ÉQUILIBRE

Traditionnellement, la recherche d'un certain équilibre ne se manifestait qu'au travers de l'énoncé et de l'application de règles relevant de l'objet ou de la cause des contrats. Ces notions ont en partie disparu pour être remplacées par le concept de « contenu du contrat », plus proche de

la terminologie utilisée par de nombreux instruments européens. Pour autant, les idées qui sous-tendaient les anciennes notions et qui étaient mises en œuvre par les juges demeurent. Ainsi, si la notion de cause a désormais disparu en tant que telle (il lui était reproché d'être inutilement complexe et de faire double emploi avec d'autres concepts), la jurisprudence qui avait été développée par une instrumentalisation critiquée de la notion a été recueillie par le législateur. En témoignent les solutions posées en matière de clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (A) ou de clauses créant un déséquilibre significatif (B)<sup>1</sup>. Ces constructions – nouvelles dans leur forme – visent à protéger le cocontractant en introduisant un contrôle judiciaire des stipulations contractuelles. L'une emprunte à la jurisprudence préexistante, l'autre aux régimes spéciaux des contrats (le code de commerce et le code de la consommation).

### **A – Prohibition des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur**

Suivant l'article 1170 nouveau du code civil : « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Cette disposition consacre la jurisprudence *Chronopost* de 1996<sup>2</sup> relative à la mise à l'écart de clauses dont l'effet est de contredire l'obligation essentielle du débiteur.

La solution avait été déjà dégagée par les tribunaux – sous le contrôle bienveillant de la Cour de cassation en dépit de l'instrumentalisation (voire du dévoiement ?) de la notion de cause – dans de nombreuses décisions. La réforme a pour but de faire apparaître dans le donné légal une solution indiscutablement de droit positif mais que seule la lecture des recueils de jurisprudence permettait de connaître. Elle a également pour objectif de rendre plus uniforme et cohérente une construction prétorienne dont la teneur pouvait éventuellement varier au gré des décisions de justice.

Le but proclamé est assez simple : on ne peut pas promettre une chose en apparence tout en proposant une construction contractuelle qui viderait en réalité de sa substance l'engagement souscrit. Sont ainsi d'abord visées certaines clauses limitatives de responsabilité grâce auxquelles le débiteur serait peu incité à exécuter une obligation essentielle pour le créancier. Mais d'autres stipulations contractuelles pourraient être concernées par le texte nouveau tant l'imagination se fait vive dans le champ des contrats informatiques. On songe ainsi, par exemple, dans un contrat de licence, aux clauses par lesquelles les parties aménagent la garantie légale d'éviction. Ou encore, dans un contrat d'hébergement, aux stipulations limitant les pénalités contractuelles dues en cas de non-respect de la qualité de service.

Quant au régime mis en place, le texte apporte des précisions utiles mais laisse ouvertes quelques interrogations.

Au rang des premières, il résulte de la lettre de la loi qu'il ne suffit pas que la clause querellée porte sur une « obligation essentielle » du débiteur pour que celle-ci soit automatiquement réputée non écrite. La clause ne sera écartée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa « substance » cette obligation essentielle.

On mesure bien ici le vœu de réaliser une certaine justice contractuelle. Mais cet interventionnisme judiciaire sera-t-il toujours bienvenu ? Pourquoi ne pas avoir cantonné la règle aux stipulations insérées dans un contrat d'adhésion ? Le pouvoir alors donné au juge venant, en cette hypothèse, contrebalancer la position de force laissée à l'une des parties au moment de la conclusion du contrat. Nombre de praticiens s'émeuvent de ce champ ouvert et regrettent que la règle nouvelle n'ait pas été limitée – comme semblaient l'indiquer nombre de décisions de justice – aux clauses qui n'ont pas été l'objet d'une négociation.

[...]

*Ces constructions – nouvelles dans leur forme – visent à protéger le cocontractant en introduisant un contrôle judiciaire des stipulations contractuelles*

<sup>1</sup> Aurait pu être également évoquée, ici, la règle énoncée à l'art. 1143 C. civ. suivant laquelle : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

<sup>2</sup> Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux ; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet ; *ibid.* 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc ; V. aussi Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, D. 2010. 1832, obs. X. Delpéch, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1697, édito F. Rome ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages.

# L'exécution forcée en nature

>> par **Paul Grosser**

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), directeur du Master 2 Droit des assurances

Extraits d'un article paru dans la revue Actualité Juridique Contrats d'affaires, mars 2016

# L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

par Paul Grosser

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), directeur du Master 2 Droit des assurances

L'exécution forcée en nature est d'abord évoquée au nouvel article 1217 du code civil qui énumère les remèdes ou les moyens qui sont à la disposition du créancier : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut [...] poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ». Elle fait ensuite<sup>1</sup> l'objet d'une sous-section, intitulée « l'exécution forcée en nature », qui comprend deux articles, l'un relatif à l'exécution « directe » en nature<sup>2</sup>, l'autre à l'exécution aux dépens du débiteur<sup>3</sup>.

La doctrine retient le plus souvent trois formes d'impossibilité d'exécuter une obligation: l'impossibilité matérielle, l'impossibilité juridique et l'impossibilité morale. Il aurait sans doute été possible d'intégrer cette trilogie dans les dispositions du nouvel article 1221 du code civil

## ■ L'exécution par le débiteur

Art. 1221. – 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.

L'article 1221 reconnaît au créancier

un droit à l'exécution forcée en nature<sup>4</sup> tout en assortissant de certaines limites.

[...]

## L'exécution aux dépens du débiteur

Art. 1222. – 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 préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.

Cet article, relatif à l'exécution aux dépens du débiteur, réalise une sorte de synthèse des actuels articles 1143 et 1144 du code civil. Il convient cependant de préciser que l'article 1222 ne reprend pas le début de l'article 1143 du code civil relatif à l'exécution forcée directe, c'est-à-dire par le débiteur lui-même, d'une obligation de ne pas faire<sup>35</sup>. Dans le code civil, en effet, ce droit pour le créancier « de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit » est présenté comme une exception au principe posé à l'article 1142 (l'article 1143 commence par le mot « toutefois »), à savoir que le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit se contenter de dommages-intérêts en cas d'inexécution. Dès lors que l'ordonnance renverse le principe<sup>36</sup>, il était logique de ne reprendre de l'article 1143 que la partie concernant l'exécution indirecte, c'est aux dépens du débiteur. Le texte de l'article 1222 concerne donc l'exécution de toute obligation aux dépens du débiteur, même si sa rédaction renvoie implicitement à la distinction entre les obligations de ne pas faire (détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation, conformément à l'actuel

article 1143) et les obligations de faire (faire exécuter lui-même l'obligation, comme le prévoit l'actuel article 1144)<sup>37</sup>, alors même qu'une lecture globale de l'ordonnance révèle la volonté de ses rédacteurs d'abandonner la classification tripartite du code civil fondée sur l'objet de l'obligation (donner, faire, ne pas faire)<sup>38</sup>. Dans sa version initiale, telle qu'elle figurait dans le projet d'ordonnance, le texte ne tirait cependant aucune conséquence de cette distinction sur le terrain des conditions de mise en œuvre de ce remède. Il faisait ainsi le choix de l'unilatéralisme, en rupture avec les textes du code civil qui imposent une intervention préalable du juge<sup>39</sup>, quel que soit l'objet de l'obligation inexécutée : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci ». On pouvait cependant se demander s'il était bien réaliste de prévoir un remède extra-judiciaire pour les obligations de ne pas faire : il était, en effet, assez difficile d'imaginer le créancier d'une obligation de non-concurrence aller faire murer le fonds de commerce ouvert par le débiteur en violation de cette obligation ou le coloti aller faire détruire le mur érigé par son voisin en violation des stipulations du cahier des charges du lotissement, après une simple mise en demeure et donc sans y avoir été préalablement autorisé par un juge<sup>40</sup>. La nouvelle version du texte,

(1) Le projet d'ordonnance visait l'exécution forcée en nature de l'engagement.

(2) C. civ., nouv. art. 1221.

(3) C. civ., nouv. art. 1222.

(4) V. égal. l'art. 1341 nouv., C. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi ».

[...]

(35) La qualification de mesure d'exécution est discutée en doctrine, dès lors que la destruction implique de mettre à la charge du débiteur une obligation de faire distincte de l'obligation de ne pas faire, prévue par le contrat.

(36) C. civ., nouv. art. 1221.

(37) Il est vrai que la destruction pourrait aussi concerner des obligations de faire « car il faut parfois détruire pour reconstruire conformément au contrat » (M. Faure-Abbad, Article 1222: la faculté de remplacement, RDC 2015. 785; V. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, préc.).

(38) V. la nouvelle rédaction de l'article 1101 relatif à la définition du contrat et la disparition des dispositions de l'actuel, C. civ., art. 1126. Une trace de la distinction donner, faire, ne pas faire, subsistait également à l'article 1231 du projet d'ordonnance relatif à la mise en demeure, mais elle a été supprimée.

(39) Le créancier « peut se faire autoriser à le [ce qui a été fait par contravention à l'engagement de ne pas faire] détruire aux dépens du débiteur » (art. 1143). « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » (art. 1144).

(40) V. P. Grosser, obs. LPA 2015, n°s 176-177, p. 85; M. Faure-Abbad, préc.

telle qu'elle figure dans l'ordonnance, tient compte de ce principe de réalité en réintroduisant l'intervention préalable du juge lorsqu'il s'agit, pour le créancier, de faire détruire ce qui a été fait par le débiteur en violation de son obligation<sup>41</sup>. La vieille distinction

du code civil fondée sur l'objet de l'obligation ne disparaîtra donc pas complètement avec la réforme !

S'agissant, en revanche, des obligations de faire, le choix d'un remède extra-judiciaire était moins surprenant, ce qui peut expliquer son maintien dans le texte de l'ordonnance<sup>42</sup>. Le législateur, dans le cadre de la garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 du code civil, et la jurisprudence ont en effet déjà consacré des exceptions à l'exigence posée par l'article 1144 d'une autorisation judiciaire préalable. Dans les ventes commerciales de choses de genre, la jurisprudence fait ainsi peser sur l'acheteur « un véritable devoir de se remplacer dans les plus brefs délais », et donc sans attendre l'intervention du juge<sup>43</sup>. En matière de bail, la règle, régulièrement rappelée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, au visa de l'article 1144, et selon laquelle « en l'absence de mise en demeure, adressée au bailleur, d'avoir à effectuer les travaux et de décision de justice autorisant le preneur à les faire exécuter, le bailleur n'était pas tenu d'en supporter la charge »<sup>44</sup>, connaît quelques dérogations. La troisième chambre civile a, en effet, déjà jugé que les deux conditions (mise en demeure et autorisation judiciaire) étaient alternatives<sup>45</sup>, mais aussi que l'urgence pouvait dispenser le preneur de s'adresser préalablement au juge<sup>46</sup>. Il faut également noter que l'article 1222 n'exclut pas en ce domaine toute intervention préalable du juge puisque son alinéa 2 dispose que le créancier « peut aussi demander en justice<sup>47</sup> ou le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction »<sup>48</sup>.

Le texte précise en outre que l'exécution aux dépens du débiteur doit se faire « dans un délai et à un coût raisonnables ». On peut y voir une référence implicite à l'obligation de limiter le dommage, telle qu'on la retrouve en filigrane dans la jurisprudence sur le remplacement dans la vente commerciale<sup>49</sup>. Il nous semble cependant que ces contraintes de temps et de coût, imposées au créancier, ne se conçoivent que dans le cadre d'un remède extra-judiciaire, comme c'est le cas d'ailleurs du remplacement dans la vente commerciale. Or, l'ordonnance imposant désormais l'intervention préalable du juge lorsque le créancier souhaite voir détruire ce que le débiteur a fait en violation de son obligation, il aurait peut-être été nécessaire de modifier la place de l'exigence d'un délai et d'un coût raisonnables pour qu'elle ne soit plus en dénominateur commun des deux formes d'exécution aux dépens du débiteur (extra-judiciaire et judiciaire)<sup>50</sup>.

Il convient enfin de relever que les articles 1221 et 1222 sur l'exécution forcée en nature passent sous silence deux questions importantes. La première est relative à la faculté, pour le créancier, d'obtenir des dommages-intérêts en plus de l'exécution (faculté prévue par l'article 1143 du code civil, à propos des obligations de ne pas faire). Il ne s'agit cependant que d'une lacune apparente de l'ordonnance car la problématique des cumuls de remèdes fait l'objet d'une disposition générale qui prévoit notamment que « les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes »<sup>51</sup>, article 1217, *in fine*. La seconde concerne l'aménagement conventionnel des règles posées par les articles 1221 et 1222. Si les parties peuvent certainement déroger aux dispositions de l'article 1222 en prévoyant dans tous les cas la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable, la réponse pourrait être plus discutée s'agissant de la possibilité d'écarter, par une clause du contrat, la limite à l'exécution forcée en nature posée à l'article 1221 et tenant au caractère manifestement disproportionné de son coût pour le débiteur au regard de son intérêt pour le créancier. Plus fondamentalement, l'une des parties pourrait-elle renoncer par avance au droit de demander l'exécution forcée en nature ? La question étant controversée<sup>52</sup>, il aurait peut-être été souhaitable d'y répondre dans les textes, comme cela a été fait pour la résolution judiciaire<sup>53</sup>.

(41) On notera que cette modification du texte ne figurait pas encore dans la version du projet soumise au Conseil d'État.

(42) Il aurait cependant été souhaitable que le texte précise que le remplacement se faisait alors « aux risques et périls du créancier », comme le fait l'article 1226 pour la résolution. On pouvait aussi s'interroger sur la compatibilité du choix d'un remplacement extra-judiciaire avec les dispositions de la loi d'habilitation. Celles-ci autorisent en effet l'introduction dans le droit positif de la résolution unilatérale par notification et non d'un remplacement extra-judiciaire.

(43) M. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, LGDJ, 1972, n° 223.

(44) Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mars 1991, n° 89-19866, Bull. civ. III, n° 94 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janv. 2006, n° 04-20142, Bull. civ. III, n° 9 ; Pour un rappel récent du caractère cumulatif des deux conditions, V. Civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 2013, n° 11-29.011, Bull. civ. III, n° 59.

(45) Un « ou » remplaçant alors le « et » dans la formule précitée (V. Civ. 3<sup>e</sup>, 31 oct. 2012, n° 11-18.635, inédit ; 10 juill. 1996, n° 94-19.385, inédit). Il s'agit cependant d'un courant minoritaire dans la jurisprudence de la troisième chambre civile et qui n'a fait l'objet de décisions non publiées au Bulletin.

(46) V. Civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 2013, n° 11-29.011, préc. : « sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser et, qu'à défaut d'accord, le preneur a obtenu une autorisation judiciaire de se substituer à lui ». En l'espèce, cependant, il a été jugé que « la cour d'appel a [avait] pu en déduire que l'urgence n'était pas établie » (v. également, Civ. 3<sup>e</sup>, 9 nov. 2010, n° 09-69.762 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 29 juin 2010, n° 09-16.025 ; pour un cas dans lequel la condition d'urgence a été jugée remplie, Civ. 3<sup>e</sup>, 22 nov. 1995, n° 93-19.692, inédit).

(47) Le projet d'ordonnance utilisait la formule « peut aussi saisir le juge ». L'intervention préalable du juge étant désormais requise pour faire détruire ce que le débiteur a fait en violation de son obligation, la formule devait être adaptée. Dans ce cas, en effet, le créancier devra de toute façon saisir le juge pour se faire autoriser à détruire ; et c'est dans le cadre de cette saisine qu'il pourra aussi demander au juge de condamner le débiteur à faire l'avance des sommes nécessaires à cette destruction. La nouvelle formulation (« peut aussi demander en justice ») permet ainsi de prendre en compte la nouvelle « dualité » de l'exécution aux dépens du débiteur : remède unilatéral lorsqu'il s'agit de « faire exécuter », remède judiciaire lorsqu'il s'agit de « détruire ».

(48) Cette possibilité d'obtenir une condamnation du débiteur à faire une telle avance est prévue par l'article 1144 du code civil, pour les obligations de faire, depuis la loi n° 91-560 du 9 juillet 1991.

(49) V. P. Grosser, th. préc., n° 743-744.

(50) Après mise en demeure, le créancier peut aussi faire exécuter lui-même l'obligation, dans un délai et à un coût raisonnables, ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci.

(51) C. civ., nouv. art. 1217, *in fine*.

(52) V. P. Grosser, th. préc., n° 497-498.

(53) C. civ., nouv. art. 1227 : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ». La rédaction est très proche de celle de la version initiale du projet d'ordonnance (la résolution peut toujours être demandée en justice), mais il faut noter que la version présentée à l'examen du Conseil d'État était fort différente puisqu'elle admettait la validité des clauses de renonciation anticipée à la résolution (la résolution peut toujours être demandée en justice, à moins que les parties n'y aient par avance expressément renoncé), consacrant ainsi une solution récemment affirmée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation (Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, Bull. civ. III, n° 178 ; JCP 2012, 63, n° 17, obs. P. Grosser ; RDC 2012, 402, obs. Y.-M. Laithier). La rédaction finalement retenue par l'ordonnance peut dès lors être comprise comme prohibant les clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire.



# La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat

>> par **Jean-Louis Fourgoux**

Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles

Extraits d'un article paru dans la revue Actualité Juridique Contrats d'affaires, mars 2016

# LA RUPTURE DES CONTRATS D'AFFAIRES (1) : RÉSILIATION ET RÉOLUTION DU CONTRAT<sup>1</sup>

par Jean-Louis Fourgoux

Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles

Le droit commun pourrait venir au secours des cocontractants professionnels qui ne sont pas protégés par le droit spécial (avocats, notaires, médecins, mutuelles, etc.), afin de leur permettre de bénéficier d'un préavis raisonnable face à la rupture d'un contrat à durée indéterminée

Plusieurs fois rêvée, envisagée et même proposée, la réforme du code civil napoléonien promulgué en 1804, qualifié de « Constitution civile de la France » par le Doyen Carbonnier, a finalement été concrétisée par la Chancellerie en un temps assez record et après

une procédure de consultation exemplaire<sup>2</sup>. Les réflexions menées sur le cœur même de notre code civil, le droit des contrats et des obligations, se sont finalement formalisées au sein de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>3</sup>.

Les objectifs poursuivis par l'Ordonnance visent à la « modernisation » et la « simplification » du droit, au renforcement de la sécurité juridique et à « l'attractivité du droit français au plan politique, culturel, et économique »,

tel que l'indique le Rapport au président de la République<sup>4</sup>. Cette attractivité économique recherchée révèle l'influence de la pratique des affaires dans les nouvelles dispositions du code civil. Le résultat en termes de simplification est assez notable même si l'accessibilité des termes employés a été un peu réduite pour conserver des expressions plus précises juridiquement. Ainsi, dans le préprojet il était proposé des « remèdes » face à l'inexécution contractuelle qui ont été requalifiés de « sanctions ».

L'Ordonnance publiée apporte un certain nombre d'innovations en matière de rupture contractuelle afin de mettre en exergue les différents mécanismes juridiques à la disposition des opérateurs économiques ainsi que des aménagements par rapport au préprojet publié et soumis à consultation publique, notamment sur la résolution par voie de notification.

À compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, date d'entrée en vigueur de la réforme<sup>5</sup>, les cocontractants pourront plus facilement organiser la rupture du contrat qui les lie ou encore décider de le rompre en cas d'inexécution du cocontractant.

## ■ La rupture organisée dans le contrat

Le contrat est classiquement défini comme un accord de volontés entre les parties. Tel qu'il ressort du nouvel article 1102 du code civil, les cocontractants peuvent donc déterminer librement son contenu en s'abstenant d'imposer des clauses déséquilibrées dans des conditions générales non négociées. Le contrat peut ainsi prévoir les modalités de sa rupture, lesquelles s'imposeront aux parties en vertu du principe de la force obligatoire du contrat issu de feu l'article 1134 du code civil, recodifié au nouvel article 1103. Les modalités de la rupture sont cependant distinctes suivant que les parties se sont engagées dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée ou bien déterminée.

## Le contrat à durée indéterminée

Outre la révocation conjointe du contrat résultant de l'adage *mutuus dissensus*, les parties peuvent en organiser la révocation unilatérale et discrétionnaire. À cet égard, le nouvel article 1211 du code civil dispose que « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». Le droit de rompre est préservé mais certaines formes doivent être respectées. L'objectif poursuivi par cet article est de prévenir les ruptures unilatérales immédiates de contrat à durée indéterminée par la mise en place d'un double mécanisme de protection.

Tout d'abord, les cocontractants peuvent stipuler, dans leur contrat, des clauses fixant un délai de préavis en cas de résiliation unilatérale. Le principe de la force obligatoire du contrat donnera pleine effectivité à cette stipulation contractuelle. Dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas fixé de délai de préavis, celle qui décidera, de façon unilatérale de rompre le contrat devra néanmoins accorder un délai de préavis dit « raisonnable ».

Une nette distinction existe sur ce point entre le code civil et le code de commerce. En effet, l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce impose, pour échapper à la sanction de rupture brutale des relations commerciales établies, de vérifier si le préavis effectivement accordé est suffisant et proportionnel à la durée de cette relation. Ainsi, le simple respect du préavis contractuel pourrait ne pas suffire et par là même conduire à aller au-delà de la force obligatoire du contrat<sup>6</sup>. La notion de « délai de préavis raisonnable » a, d'ores et déjà fait l'objet d'interprétation, à la fois par la jurisprudence civile<sup>7</sup> et commerciale<sup>8</sup>. Toutefois, en cas de contestation du délai accordé et *in fine* de son contrôle par le juge, l'on peut s'interroger sur les critères choisis pour déterminer ce délai de préavis dit « raisonnable ». En outre, en raison de la volonté manifeste d'intégrer les pratiques des affaires au sein même du code civil, l'on peut égale-

(1) L'auteur remercie Maîtres Rachel Nakache et Laurie Valat pour l'aide apportée à la préparation de cette contribution.

(2) G. Meunier, Les enjeux d'une réforme, D. 2016. 416.

(3) JO 11 févr. Le Conseil constitutionnel a jugé que la Constitution ne s'opposait pas à une réforme du droit des contrats par voie d'ordonnance; Cons. const., 12 févr. 2015., JO 17 févr., n° 2015-710 DC.

(4) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr.

(5) Ord. 10 févr. 2016, art. 9.

ment s'interroger sur l'influence de la méthodologie dégagée par les juges de commerce consistant à accorder en moyenne un mois de préavis par année de relation commerciale établie<sup>9</sup>.

Le droit commun pourrait ainsi venir au secours des cocontractants professionnels qui ne sont pas protégés par le droit spécial (avocats, notaires, médecins, mutuelles, etc.), afin de leur permettre de bénéficier d'un préavis raisonnable face à la rupture d'un contrat à durée indéterminée.

(6) Com. 25 sept. 2012, n° 11-24301.

(7) Civ. 3<sup>e</sup>, 19 janv. 2005, n° 03-16.623, D. 2005. 2439, note Y. Dagonne-Labbe.

(8) Com. 24 nov. 2015, n° 14-14.924.

(9) Paris 7 févr. 2013, n° 11/04913; Paris, 14 févr. 2013, n° 11/03588; Paris 19 sept. 2013, n° 11/17720; Paris 10 oct. 2013, n° 12/02547.

(10) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662.

[...]

## Le contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée ayant par nature un terme, le nouvel article 1212 du code civil prévoit donc que « chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme ». Par principe, le contrat à durée déterminée prend donc fin à son échéance. Toutefois, l'une des parties au contrat a la faculté, en cas de manquement grave constaté, de rompre unilatéralement le contrat avant son échéance. La faute peut être constituée par l'inexécution du cocontractant, sous réserve de la caractérisation d'une faute d'une « gravité suffisante »<sup>10</sup>. Cette solution intègre dans le code civil la jurisprudence constante qui écarte la résolution du contrat pour des manquements véniels.

## ■ La rupture résultant de l'inexécution du cocontractant

[...]

# Les opérations translatives

>> par **Antoine Gouëzel**

Professeur à l'Université Rennes 1, Centre de droit des affaires

Extraits d'un article paru dans la revue Actualité Juridique Contrats d'affaires, mars 2016

# LES OPÉRATIONS TRANSLATIVES

par Antoine Gouëzel

Professeur à l'Université Rennes 1, Centre de droit des affaires

L'ordonnance du 10 février 2016 ne se limite pas au droit des contrats, qui a fait l'objet de toutes les attentions : elle réforme également le droit de la preuve et insère dans le code civil un nouveau titre relatif au « Régime général des obligations ». Il s'agit d'une première innovation dans la mesure où ce régime n'apparaissait pas en tant que tel jusque-là. L'idée est que toutes les obligations sont soumises à un ensemble de règles communes, quelle que soit leur source : les obligations contractuelles, quasi-contractuelles ou délictuelles s'éteignent de la même manière, circulent de la même manière, donnent les mêmes prérogatives au créancier. Mais c'est sur le fond que les innovations sont les plus importantes, en particulier s'agissant des opérations sur obligations, qui font l'objet du chapitre II de ce titre. On distingue traditionnellement les opérations créatrices, qui donnent lieu à la création d'un nouveau rapport d'obligation – la novation, la délégation – des opérations translatives, qui réalisent un transfert du rapport d'obligation. L'ordonnance régit à ce dernier titre la cession de créance et la cession de dette. Il faut en rapprocher la subrogation personnelle, qui est certes réglementée avec le paiement<sup>1</sup>, mais qui a également pour effet une transmission de l'obligation. En revanche, la cession de contrat doit être laissée de côté : cette opération fait enfin son entrée dans le code civil, mais au titre des effets du contrat. La cession d'un contrat consiste en effet non pas tant à céder les créances et les dettes issues de ce contrat, qu'à céder la « qualité de partie au contrat »<sup>2</sup>.

L'enjeu de la réforme est essentiel s'agissant des opérations translatives d'obligations : « la circulation des créances constitue une partie non négligeable de l'économie moderne. Elle relève de l'activité quotidienne des professionnels de l'argent et du crédit. Ceux-ci ont un besoin impératif d'efficacité, de sécurité et de rapidité »<sup>3</sup>. Or, les règles du code civil en la matière, non modifiées depuis 1804, étaient devenues inadéquates et incomplètes. L'ordonnance procède donc à un renouvellement profond : la cession de créance est rénovée, la subrogation personnelle retouchée et la cession de dette consacrée.

## ■ La cession de créance rénovée

La cession de créance quitte logiquement le giron du droit de la vente pour rejoindre le régime général des obligations. En effet, céder une créance, c'est simplement en transférer la titularité. Or ce transfert peut réaliser différentes opérations<sup>4</sup> : s'il est possible de vendre une créance, il est également loisible à un créancier de la donner, de la prêter, de l'escompter, etc. La définition de la cession de créance fournie par le premier alinéa de l'article 1321 du code civil en témoigne : « La cession de créance est un contrat par lequel le cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire ». La cession de créance sort bouleversée de la réforme. Les modifications essentielles portent sur l'opposabilité de la cession ; ses conditions de validité sont seulement retouchées, quand ses effets ne sont quasiment pas altérés.

[...]

## ■ La subrogation personnelle retouchée

La subrogation personnelle présente une physionomie particulière car le transfert de la créance qu'elle réalise est fondé sur un paiement. Les retouches sont profondes quant aux sources de la subrogation ; elles sont plus discrètes s'agissant de son opposabilité et de ses effets.

[...]

## ■ La cession de dette consacrée

Plus de cent ans après l'adoption du BGB<sup>48</sup> et la soutenance de la thèse d'Eugène Gaudemet<sup>49</sup>, la cession de dette fait enfin son entrée dans le code civil. L'innovation est majeure. La question de la validité de cette opération était en effet ardemment débattue<sup>50</sup>. La pratique, soucieuse de sécurité, se tournait donc vers des opérations de substitution : novation, délégation, stipulation pour autrui, promesse d'exécution<sup>51</sup>. Il s'agissait cependant toujours d'opérations créatrices, alors que la cession de dette permet de réaliser une véritable transmission de la dette, ce qui a des conséquences importantes sur l'opposabilité des exceptions et le sort des garanties. Il faut auparavant envisager le rôle du créancier.

(1) Ce qui a été critiqué par certains auteurs, qui auraient souhaité qu'elle soit envisagée dans le chapitre relatif aux opérations sur obligations en raison de son effet translatif (V. not. Ph. Dupichot, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Dr et patr. avr.* 2015, p. 20 s.). Cependant, le fait que cette transmission se réalise sur le fondement d'un paiement la rattache également à cette dernière institution. Les deux solutions étaient envisageables ; l'ordonnance a fait le choix de l'envisager au titre du paiement.

(2) C. civ., nouv. art. 1216 - Sur ce point, V. L. Aynès, « La cession de contrat », *Dr et patr. juill.* 2015, p. 73 s.

(3) H. Synvet, « Opérations sur créances, Exposé des motifs », in P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, p. 70 s.

(4) Exactement comme le transfert de propriété d'un bien corporel peut réaliser différentes opérations.

[...]

(48) *Bürgerliches Gesetzbuch*, c'est-à-dire le code civil allemand. Voté en 1896, il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900.

(49) E. Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898.

(50) Sur ce débat, V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey Université, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n° 414.

(51) V. L. Andreu, « Cession de dette, cession de contrat », *J.-Cl. Civ. Code*, art. 1689 à 1695, fasc. 40, 2014, n° 5 ; V. aussi n° 85 s. pour les applications concrètes du mécanisme.

## Le rôle du créancier

Le rôle du créancier est double dans la cession de dette telle que réglementée par l'ordonnance. Il doit en premier lieu donner son consentement à la cession elle-même : l'article 1327 prévoit en effet qu'« Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette ». Ce point a suscité des hésitations car on peut parfaitement imaginer une cession de dette « bipartite »<sup>52</sup>, conclue entre les seuls cédant et cessionnaire, dès lors qu'il n'en résulte aucune atteinte aux droits du créancier. À l'image de la plupart des droits étrangers<sup>53</sup>, l'ordonnance fait à l'inverse le choix d'une cession « tripartite ». L'article 1327-1 précise que ce consentement du créancier peut être donné « par avance ». Le contrat peut donc prévoir la libre cessibilité des dettes qui en sont issues. Dans cette hypothèse, une difficulté supplémentaire se pose puisque la cession peut se réaliser sans que le créancier le sache ; elle est résolue par ce même article qui prévoit que la cession ne lui est alors opposable « que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte »<sup>54</sup>.

Mais le créancier peut jouer en second rôle. Consentir à la cession ne signifie pas, en effet, consentir à la libération du débiteur. Selon l'article 1327-2, « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette ». Autrement dit, et pour reprendre le vocabulaire de Gaudemet, deux types de cession de dette sont envisageables : la cession imparfaite (ou cumulative), dans laquelle cédant et cessionnaire sont tous deux tenus envers le créancier ; la cession parfaite (ou privative), dans laquelle le cédant est libéré, seul le cessionnaire étant tenu envers le créancier. Reste une question, qu'il appartiendra à la jurisprudence de trancher : le créancier

peut-il consentir de manière anticipée à la libération du cédant ? La liberté contractuelle pourrait inciter à répondre par l'affirmative, mais une telle stipulation serait extrêmement dangereuse car elle laisserait le créancier à la merci du cédant, qui pourrait transférer sa dette à une personne très peu solvable<sup>55</sup> et donc priver en fait le créancier de son droit.

## L'opposabilité des exceptions

L'ordonnance consacre un unique texte à cette épineuse question. Selon l'article 1328, « Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telle que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles ». Il n'est pas sûr que ce texte, qui devra subir l'épreuve de la pratique, soit convaincant.

Tout d'abord l'opposition entre exceptions inhérentes à la dette et exceptions personnelles est curieuse. La première catégorie est utilisée dans la cession de créance et la subrogation ; elle s'oppose aux exceptions liées à la qualité de créancier. La seconde est utilisée dans la solidarité ; elle s'oppose aux exceptions communes à tous les codébiteurs. On voit mal comment elles pourront s'articuler ensemble.

Ensuite, le texte fait l'impasse sur la dimension temporelle de la cession. Raisonons sur la prorogation de terme consentie par le créancier au cédant, qui constitue *a priori* une exception personnelle. Si ce terme est accordé après la cession, il est logique que seul le cédant puisse s'en prévaloir<sup>56</sup>, ce qu'indique le texte. En revanche, si ce terme est octroyé avant la cession, le cessionnaire devrait être en mesure de l'invoquer car l'idée même de succession à la dette l'impose ; il n'est pas sûr que le texte le permette.

Enfin, en présence d'une cession cumulative, et pour les exceptions apparaissant postérieurement à la cession, la problématique semble être exactement la même qu'en matière de solidarité passive<sup>57</sup>. Il aurait donc été logique de prévoir un renvoi aux dispositions y afférentes, comme l'avait proposé le projet Terré<sup>58</sup>.

## Le sort des garanties

Si la cession est cumulative, l'article 1328-1 dispose que « les sûretés subsistent ». La solution n'est pas contestable : puisque l'obligation principale demeure dans le chef du débiteur initial, l'ensemble des sûretés qui en sont l'accessoire subsistent également.

En cas de cession parfaite, la suite du texte prévoit que « les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord ». L'effet translatif de la cession de dette connaît donc ici une limite importante, mais inévitable : « les droits des garants ne doivent pas être aggravés par la reprise de dette, de sorte qu'il ne peut leur être imposé un changement du débiteur sans leur accord, dans la mesure où la solvabilité du reprenneur n'est pas forcément la même »<sup>59</sup>. En revanche et *a contrario*, les sûretés consenties par le cédant subsistent, ce qui ne pose pas de difficulté puisque ce dernier a par définition consenti à l'opération.

(52) Telle était d'ailleurs la solution proposée par le projet Terré et le projet d'ordonnance de mars 2015.

(53) V. les références citées par P. Berlioz, « Article 1338 : la cession de dette », RDC 2015. 803.

(54) L'ordonnance contient une coquille sur ce point : elle exige l'accomplissement de cette formalité si le créancier « a par avance donné son accord à la cession ou n'y est pas intervenu » ; « ou » doit être remplacé par « et ». En effet, si le créancier n'a pas donné par avance son accord, la cession de dette ne peut pas se réaliser sans son intervention.

(55) Le cédant pourrait même à la limite créer une société sans actif pour récupérer ses dettes.

(56) Telle est d'ailleurs la solution retenue pour les codébiteurs solidaires par l'art. 1315 C. civ.

(57) On se souvient d'ailleurs que l'art. 1327-2 C. civ. prévoit que le cédant est « tenu solidairement au paiement de la dette ».

(58) V. l'art. 144 de ce projet.

(59) P. Berlioz, art. préc. - V., plus nuancé, notamment pour la garantie autonome, L. Andreu, art. préc., n° 53.