

**ORDONNANCE**

portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

**RAPPORT AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE**

Monsieur le Président de la République,

La présente ordonnance est prise en application de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. A ce titre, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme, le Gouvernement est autorisé, selon les termes de l'habilitation, à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour :

1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence ;

2° Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ;

3° Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions, en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat ;

4° Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat ;

5° Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ;

6° Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ;

7° Clarifier les règles relatives à la durée du contrat ;

8° Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ;

9° Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause ;

10° Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles ; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible ; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion ;

11° Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation ; consacrer, dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi ; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation ; consacrer la cession de dette et la cession de contrat ; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat ;

12° Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ;

13° Aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1° à 12°.

## Genèse de la réforme

Alors que de nombreuses parties du code civil des Français issu de la loi du 30 ventôse an XII, devenu par la suite code Napoléon puis code civil, ont, au cours des dernières années, fait l'objet d'adaptation et de modernisation, le droit commun des obligations, à l'exception de quelques textes issus de la transposition de directives communautaires, n'a pas été modifié depuis plus de deux siècles. Ces règles ont certes été depuis complétées par une jurisprudence abondante, mais cette dernière est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension. La seule lecture du code civil ne permet plus dans ces conditions de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif qui, devenu en grande partie prétorien, a changé depuis 1804, la jurisprudence ayant tenu compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques.

Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.

Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil, en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation.

Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique : les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français.

Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés : les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.

Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles.

Plusieurs projets académiques ont ainsi été élaborés ces dernières années : celui du groupe de travail réuni autour de Pierre Catala puis celui du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques sous l'égide de François Terré. Par la publicité donnée à ces projets, les acteurs de la vie économique et juridique ont été mis en mesure d'émettre des observations. La Chancellerie a également préparé des avant-projets qui ont été largement diffusés et commentés. Enfin, à la suite de l'habilitation accordée au Gouvernement pour procéder à cette réforme par voie d'ordonnance, un nouveau texte, nourri de l'ensemble de ces travaux, a été soumis à consultation publique. Celle-ci a permis de recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique qui, complétées par les nombreux articles de doctrine publiés sur le sujet, ont permis au Gouvernement d'aboutir à un texte répondant aux objectifs fixés de modernisation, de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations, et susceptible de répondre aux attentes des praticiens.

### **Objectifs de la réforme**

La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le code civil, quasiment inchangé depuis 1804, ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit.

Le style du code civil, dont l'élégance n'est pas contestable, n'est toutefois plus facilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens, et certaines formulations sont aujourd'hui désuètes. L'ordonnance rend ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le code civil.

Ensuite, l'ordonnance propose de simplifier le plan du livre III du code civil en adoptant un plan plus pédagogique. Le plan actuel, qui repose notamment sur des distinctions depuis discutées, doit être entièrement repensé et restructuré aux fins de conférer à chaque texte un champ d'application bien déterminé et d'en renforcer la clarté. L'ordonnance fait ainsi le choix de modifier les titres III à IV *bis* du livre III, pour les consacrer respectivement aux différentes sources d'obligations, au régime général des obligations, et à la preuve des obligations. Chacun de ces titres est également restructuré, l'exposé du droit commun des contrats suivant par exemple un plan chronologique, de la formation du contrat jusqu'à sa fin.

Par ailleurs, l'ordonnance abandonne certaines notions présentes dans le code actuel et historiquement très ancrées dans le droit français, mais qui ne sont pas définies, dont le régime n'est pas déterminé par la loi, et dont le maintien ne paraît pas nécessaire, telles que les obligations de faire, de ne pas faire, et de donner. A l'inverse, il est apparu nécessaire de consacrer certains mécanismes juridiques essentiels pour les praticiens. Par exemple, l'ordonnance définit et prévoit le régime juridique de notions bien connues de la pratique mais absentes du code civil actuel, comme l'offre ou la promesse unilatérale de contrat.

La sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, *a contrario*, voire *contra legem*. La compréhension de nombreuses dispositions passe ainsi nécessairement par la consultation des décisions rendues par les tribunaux, voire par l'interprétation qu'en fait la doctrine. Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental. L'ordonnance prévoit notamment de reconnaître expressément la réticence dolosive aux côtés du dol comme cause de vice du consentement, la faculté de fixation unilatérale du prix, ou encore l'enrichissement injustifié. L'ordonnance met également fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique, en déterminant par exemple à quelle date se forme le contrat.

Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. A cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées.

L'ordonnance propose également de consacrer dans la loi certains mécanismes juridiques issus de la pratique, en leur conférant un régime juridique précis et cohérent, tels que la cession de contrat ou la cession de dette. L'ordonnance simplifie en outre d'autres dispositifs pour en favoriser l'utilisation : ainsi est-il prévu d'alléger la procédure des offres réelles, longue et coûteuse, qui permettait de faire obstacle au créancier refusant l'exécution de l'obligation, en la remplaçant par une mise en demeure dont les conséquences sont détaillées, ou encore d'assouplir les formalités nécessaires à l'opposabilité de la cession de créance. L'ordonnance introduit enfin des solutions innovantes, qui permettront aux parties de mettre fin à une incertitude pesant sur le contrat, telles que les actions interrogatoires relatives à l'existence d'un pacte de préférence, à l'étendue des pouvoirs du représentant conventionnel ou encore à la volonté du cocontractant de se prévaloir de la nullité du contrat.

Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution. Cette partie du code civil ne sera plus « le symbole du temps arrêté » (selon l'expression de Jean Carbonnier «Le Code civil», dans P. Nora (dir.), Les lieux de mémoire, t . 2.2) et sa refondation répondra aussi à une forte attente en dehors de nos frontières.

Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché. Ainsi, conformément aux 1° et 2° de l'article 8 de la loi d'habilitation, l'ordonnance propose des solutions propres à assurer un équilibre des droits et devoirs entre les parties. Sont ainsi consacrés à titre autonome dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires », destinés à servir de cadre de référence au droit commun des contrats, les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. L'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle.

### **Présentation générale**

Conformément aux termes de l'habilitation, la présente ordonnance modifie en profondeur la structure des titres III, IV, et V du livre III du code civil, relatifs aux contrats et obligations conventionnelles et aux engagements formés sans convention.

L'intitulé, le plan, et le contenu de ces titres sont entièrement restructurés afin de répondre notamment aux exigences des 10° et 12° de l'article 8 de la loi d'habilitation, tendant à l'introduction d'un régime général des obligations d'une part, et à la clarification et la simplification des règles applicables à la preuve des obligations d'autre part.

Le titre III s'intitule désormais « Des sources d'obligations », le titre IV « Du régime général des obligations », et le titre IV *bis* « De la preuve des obligations ».

Il en résulte une restructuration complète des titres concernés qui permet l'instauration d'un régime général des obligations et de règles probatoires dédiées, autonomes au regard de la source de l'obligation, qui n'est pas nécessairement contractuelle. Cette présentation didactique à forte visée pratique clarifie les règles applicables aux obligations, dont la jurisprudence avait étendu le champ d'application au-delà des obligations nées d'un contrat, jusqu'alors seules visées par les textes, puisque les dispositions relatives à leur régime et leur preuve sont intégrées au titre III du code civil actuel intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ».

### **Présentation des articles**

L'ordonnance comprend quatre titres et dix articles. Le titre I<sup>er</sup> traite du fond de la matière conformément à l'article 8 précité de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, et les titres II, III, et IV regroupent des dispositions de coordination, d'application outre-mer et transitoires.

## TITRE I<sup>er</sup> : DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Le titre I<sup>er</sup> modifie les dispositions relatives au livre III du code civil. Il est composé de quatre articles.

L'article 1<sup>er</sup> modifie l'intitulé des titres, ainsi que la répartition des articles les composant, du livre III du code civil.

L'article 2 est relatif aux sources des obligations et répond aux 1<sup>o</sup> à 9<sup>o</sup> ainsi qu'à une partie du 11<sup>o</sup> de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1100 à 1303-4 du code civil.

L'article 3 a trait au régime général des obligations et met en œuvre les 10<sup>o</sup> et 11<sup>o</sup> de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il se rapporte aux articles 1304 à 1352-9 du code civil.

L'article 4 est relatif aux règles applicables à la preuve des obligations et répond au 12<sup>o</sup> de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1353 à 1386-1 du code civil.

I. - **L'article 1<sup>er</sup>** modifie substantiellement le plan du livre III du code civil en modifiant les titres III, IV, et IV *bis*. Les titres I<sup>er</sup> et II ne sont en revanche pas modifiés.

Le titre III est ainsi remplacé par un nouveau titre III intitulé « Des sources d'obligations », comportant les articles 1100 à 1303-4 du code civil.

Le titre IV est remplacé par un nouveau titre IV intitulé « Du régime général des obligations », comportant les articles 1304 à 1352-9 du code civil.

Le titre IV *bis* est remplacé par un nouveau titre IV *bis* intitulé « De la preuve des obligations », comportant les articles 1353 à 1386-1 du code civil.

II. - **L'article 2** traite du titre III relatif aux sources des obligations. Il se divise désormais en trois sous-titres qui correspondent chacun aux différentes sources d'obligations. Le sous-titre I<sup>er</sup> est ainsi consacré au contrat, le sous-titre II à la responsabilité extracontractuelle, et le sous-titre III aux autres sources d'obligations.

L'adoption d'un tel plan, qui traduit formellement les prescriptions des 10<sup>o</sup> et 12<sup>o</sup> de la loi d'habilitation permet de distinguer clairement les règles qui relèvent des obligations en général, de celles qui relèvent des contrats en particulier.

Les sous-titres sont précédés de trois articles préliminaires, les articles 1100 à 1100-2, dressant la liste des différentes sources d'obligations, y compris la loi. Ces textes répondent à une demande récurrente exprimée dans le cadre de la consultation publique. Ils permettent notamment de consacrer la distinction traditionnelle entre les actes juridiques et les faits juridiques.

L'article 1100 précise en son premier alinéa que les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques, ou de l'autorité de la seule loi. Son deuxième alinéa consacre quant à lui la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transformation de l'obligation naturelle (définie comme « un devoir de conscience envers autrui ») en obligation civile, lorsque le débiteur d'une obligation naturelle prend l'engagement d'exécuter ou commence à exécuter cette obligation.

L'article 1100-1 définit en son premier alinéa la notion d'acte juridique. Ce texte, en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci. En outre, le second alinéa rappelle que la validité et les effets des actes juridiques, unilatéraux comme conventionnels, relèvent, « en tant que de raison », des règles gouvernant les contrats (c'est-à-dire dans la mesure où ces règles ont du sens pour ces catégories d'actes).

L'article 1100-2 définit les faits juridiques et précise en son second alinéa que leurs régimes juridiques sont prévus par les sous-titres relatifs à la responsabilité extracontractuelle et aux autres sources d'obligations.

Ces notions d'actes et de faits juridiques sont bien connues en doctrine et en jurisprudence, et sont très usitées par les praticiens du droit, même s'il peut exister des controverses quant à leurs définitions et contours exacts, pour qualifier un comportement et lui appliquer le régime juridique adéquat. L'instauration de ces articles préliminaires consacre ainsi des notions fondamentales en droit des obligations, et permet d'annoncer de façon pédagogique la structure du titre III.

## **Sous-titre I<sup>er</sup> : Le contrat**

Le sous-titre I<sup>er</sup> intitulé « Le contrat » se subdivise en quatre chapitres, relatifs aux dispositions liminaires (chapitre I<sup>er</sup>), à la formation du contrat (chapitre II), à son interprétation (chapitre III), et à ses effets (chapitre IV). Le plan adopté se veut donc clair, simple, et chronologique, pour garantir une accessibilité et une compréhension plus aisée que dans le code civil actuel, dont les règles relatives au contrat sont dispersées dans cinq chapitres. A l'instar des PDEC et des principes Unidroit, ce plan chronologique, qui reflète l'entière vie juridique du contrat, de sa formation à sa fin, facilite également la compréhension et l'application des règles énoncées.

### **Chapitre I<sup>er</sup> : Dispositions liminaires**

Le chapitre I<sup>er</sup>, intitulé « Dispositions liminaires », est composé des articles 1101 à 1111-1 du code civil, soit douze articles.

Le choix du titre de ce chapitre au regard de son contenu, notamment en ce qu'il pose les principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la bonne foi tant lors de la négociation que de l'exécution du contrat, résulte d'importantes réflexions.

Contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats. Le choix a été fait de s'inspirer du titre de l'actuel chapitre I<sup>er</sup> du titre III du code civil, intitulé « Dispositions préliminaires », afin de signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1<sup>o</sup> de l'article 8 de la loi d'habilitation, bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes. L'adjectif « liminaire » a toutefois été préféré, compte tenu de l'importance des dispositions situées dans ce chapitre. Par ailleurs, le titre de ce chapitre correspond parfaitement à son contenu, qui dépasse les seuls grands principes du droit des contrats pour proposer des définitions du contrat en général et de différents types de contrats.

L'article 1101 propose tout d'abord une définition modernisée du contrat, inspirée de l'actuel article 1101 : abandonnant la référence aux notions classiques mais discutées d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire (ces catégories étant essentiellement descriptives), l'ordonnance recentre la définition sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés, et sur ses effets résidant en la création mais également la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations (contrairement à la convention, notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit).

Les articles 1102, 1103 et 1104 énoncent ensuite les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. Ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté.

Si ces principes étaient déjà exprimés de façon diffuse dans le code civil, ils n'avaient jusqu'alors pas été mis en avant au titre de dispositions préliminaires pour le principe de bonne foi et le principe de force obligatoire, ni même exprimé explicitement s'agissant du principe de liberté contractuelle.

L'article 1102 est consacré à la liberté contractuelle, principe dont le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment consacré la valeur constitutionnelle (Cons. const., 13 juin 2013, 2013-672 DC). Il s'inspire de l'article 6 du code civil, sans toutefois maintenir l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs. Cette notion apparaît en effet désuète au regard de l'évolution de la société, et la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu.

L'article 1103 reprend, pour énoncer le principe de la force obligatoire du contrat, les termes de l'actuel premier alinéa de l'article 1134 du code civil, dont la comparaison avec l'autorité de la loi a force symbolique. Seul le terme « *convention* » est remplacé par celui de « *contrat* », conformément au choix opéré à l'article 1101.

L'article 1104 étend l'exigence de bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat, désormais régie par les articles 1112 et suivants, et non plus seulement à la phase d'exécution comme le fait l'actuel troisième alinéa de l'article 1134, solution déjà consacrée en jurisprudence. L'ordonnance soumet à ce devoir tant la négociation du contrat que la formation entendue au sens strict comme la phase de rencontre des volontés. La présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire, le deuxième alinéa précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public.

L'article 1105 définit quant à lui les contrats nommés et innommés et reprend dans ses deux premiers alinéas l'actuel article 1107. Le troisième alinéa introduit en revanche une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation.

Les derniers articles de ces dispositions liminaires proposent des définitions, en s'inspirant pour certaines de l'actuel code civil, et en ajoutant des définitions de types de contrats nés de la pratique, tels que le contrat cadre ou le contrat d'adhésion.

L'ordonnance définit ainsi les contrats synallagmatiques et unilatéraux (article 1106), les contrats à titre onéreux et à titre gratuit (article 1107), les contrats commutatifs et aléatoires (article 1108), les contrats consensuels, solennels, et réels (article 1109), les contrats de gré à gré et d'adhésion (article 1110), les contrats cadres (article 1111), et les contrats à exécution instantanée et à exécution successive (article 1111-1).

En revanche, dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation *a contrario* et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations).

## **Chapitre II : La formation du contrat**

Le chapitre II relatif à « la formation du contrat » aborde successivement la conclusion du contrat, sa validité, sa forme et enfin les sanctions.

### Section 1 : La conclusion du contrat

Le code civil se distingue par l'absence de toute disposition légale sur le processus de conclusion du contrat, à quelques exceptions près. Ainsi les négociations précontractuelles, l'offre et l'acceptation ou encore les contrats préparatoires ou avant-contrats, ne relèvent d'aucun texte. Le droit commun applicable à la conclusion du contrat est entièrement prétorien.

La présente ordonnance vise ainsi à renforcer la sécurité juridique, en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique. Ces modifications répondent aux attentes des milieux économiques, et permettent d'améliorer la connaissance du droit positif français, notamment à l'étranger.

Dans un souci de logique, est abordée dans un premier temps la question des négociations (sous-section 1), en principe préalables à l'offre ferme et définitive de contracter, avant d'étudier la formation du contrat à strictement parler, qui survient en principe par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (sous-section 2). Sont ensuite traités les deux avant-contrats les plus fréquents que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale (sous-section 3), avant que ne soient exposées les règles particulières applicables aux contrats conclus par voie électronique (sous-section 4).

#### Sous-section 1 : Les négociations

Le code civil est totalement muet sur la question des négociations précontractuelles. Par voie de conséquence, de nombreuses règles ont été élaborées par la jurisprudence.

Cette sous-section vise en premier lieu à fixer les principes régissant la phase précontractuelle, en codifiant les solutions jurisprudentielles établies : principe de liberté des négociations précontractuelles jusque dans leur rupture, fondé sur le principe de liberté contractuelle ; principe de bonne foi devant gouverner ces négociations précontractuelles (et rappel de son caractère d'ordre public) ; sanction de la faute commise dans l'initiative, le déroulement ou la rupture des négociations par l'engagement de la responsabilité de son auteur (article 1112). Cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture. Au regard des divergences entre les juges du fond, il est apparu préférable dans un souci de sécurité juridique, de préciser dans la loi l'étendue du préjudice réparable : est donc consacrée la jurisprudence de la Cour de cassation excluant du préjudice réparable les avantages que permettait d'espérer la conclusion du contrat, y compris la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat (article 1112 alinéa 2). Une telle solution se justifie pleinement : sur le plan de la causalité tout d'abord, la rupture des pourparlers est un acte juridique générateur d'un certain nombre de dommages mais pas nécessairement de la non conclusion du contrat puisque la faute sanctionnée est la faute dans l'exercice du droit de rupture et non la rupture en elle-même ; en application du principe de liberté contractuelle, ensuite, qui a pour corollaire la liberté de ne pas contracter ; enfin, indemniser le profit escompté de la conclusion du contrat, même sous la forme atténuée d'une perte de chance, conduirait à donner indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu.

Est ensuite introduite l'existence d'un devoir général d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général. Une telle obligation générale est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats. Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (alinéa 2). Il est en outre subordonné à plusieurs conditions : l'importance déterminante de l'information pour le consentement de l'autre partie (la notion d'information déterminante étant définie à l'alinéa 3) ; la connaissance de l'information par le créancier ; l'ignorance de l'information par l'autre partie, cette ignorance devant être légitime et pouvant tenir aux relations de confiance entre les cocontractants (ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information). La règle de preuve posée au quatrième alinéa correspond à la solution dégagée en jurisprudence, les praticiens souhaitant consacrer explicitement dans la loi ce rappel du droit commun de la preuve. Le cinquième alinéa précise que le devoir d'information est une règle d'ordre public.

Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement - erreur ou dol. En effet, un tel manquement pourra dans certaines hypothèses ne pas provoquer de vice du consentement, par exemple dans celle où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié pendant des mois avec une autre, et découvrirait tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (ex : frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.).

Cet alinéa permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive consacrée à l'article 1137 du texte. L'exigence que l'information retenue ait été d'une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, rapproche les conditions du devoir précontractuel d'information de celles du dol par réticence, mais s'en distingue par un élément essentiel : ainsi, ce n'est que si la violation de l'obligation d'information a été faite intentionnellement pour tromper l'autre contractant, qu'elle sera constitutive d'un dol entraînant la nullité du contrat, comme le prévoit l'article 1137 alinéa 2. En l'absence d'intention de tromper, le défaut d'information, qui peut ne résulter que d'une simple négligence, ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts. A l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable).

Il est enfin apparu important, dans le cadre d'un droit commun des contrats rénové, de poser une obligation de confidentialité pesant sur les parties négociatrices (article 1112-2), en s'inspirant des projets d'harmonisation européens. La jurisprudence l'admet d'ailleurs dans certaines circonstances, et une clarification textuelle était sollicitée des praticiens (notamment afin de viser la divulgation, c'est-à-dire l'hypothèse où l'information est en réalité utilisée par un tiers à qui le négociateur a transmis l'information).

## Sous-section 2 : L'offre et l'acceptation

En l'absence de disposition légale sur le processus de conclusion du contrat, et plus particulièrement sur la rencontre de l'offre et l'acceptation, les règles appliquées en droit commun des contrats sont de source jurisprudentielle. Or ces solutions sont parfois incertaines, en particulier sur le moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation valant formation du contrat, alors qu'elles sont pourtant tout à fait importantes en pratique.

La présente ordonnance propose un énoncé cohérent des solutions jurisprudentielles consacrées au fil du temps en matière de formation des contrats. Après un article définissant la formation du contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (article 1113), sont successivement abordées l'offre puis l'acceptation. Les articles 1114 à 1117 concernent l'offre : sa définition et ses conditions, que sont la volonté ferme d'être lié et la précision des éléments essentiels du contrat (article 1114) ; la libre rétractation de l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire (article 1115) ; l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par son auteur ou à défaut pendant un délai raisonnable (article 1116 alinéa 1<sup>er</sup>) ; la sanction d'une rétractation de l'offre pendant ce délai par l'engagement de la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat (article 1116 alinéas 2 et 3). Cette disposition est discutée en doctrine, mais propose une solution claire qui mettra fin aux ambiguïtés de la jurisprudence, et qui résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat. En revanche, l'ordonnance prévoit une solution différente pour sanctionner la rupture de la promesse unilatérale (article 1124) : lorsque les volontés se sont rencontrées par la signature de la promesse, la force de l'engagement doit prévaloir. Les dispositions suivantes concernent l'acceptation : définition de l'acceptation et principe de sa libre rétractation tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant (article 1118) ; rappel du principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, et de ses exceptions (article 1120).

Le texte ne se limite toutefois pas à une codification à droit constant.

Ainsi, il est désormais affirmé que l'offre est caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur avant son acceptation, et ce en toute hypothèse, peu important notamment l'existence d'un délai (article 1117) : cette question était discutée en doctrine et n'était pas réglée clairement en jurisprudence. Il est apparu qu'une solution contraire serait de nature à soulever des difficultés dans les contrats conclus en considération de la personne du contractant, à engendrer des problèmes d'application complexes en considération de la législation sur les incapables et les successions, et à créer des contentieux.

Surtout, le moment auquel le contrat se forme est clairement fixé, ce qui permettra de mettre fin à une jurisprudence fluctuante (article 1121) : le texte fait le choix du moment où l'acceptation parvient à l'offrant, conformément à la théorie dite de la réception, et non de celui où l'acceptation est émise par le destinataire de l'offre, ni davantage de celui où l'offrant prend effectivement connaissance de l'acceptation, dont la preuve est plus difficile à rapporter. Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique sur la date de formation du contrat. Elle est conforme à celle retenue dans différents projets d'harmonisation européens.

Compte tenu de leur importance pratique, un texte sur les conditions générales (article 1119) reprend en substance la jurisprudence existante, sur la nécessaire acceptation de ces conditions générales (alinéa 1), sur le conflit entre les conditions générales incompatibles élaborées par chacune des parties, résolu par leur neutralisation - puisqu'il ne peut y avoir rencontre des consentements dans cette hypothèse (alinéa 2), et sur la discordance entre conditions générales et conditions spéciales, réglée par la primauté de ces dernières (alinéa 3).

La présente ordonnance rappelle enfin l'existence possible d'un délai de réflexion ou de rétractation prévu par la loi ou par le contrat, et en donne une définition (article 1122). Si ces délais concernent quasi exclusivement des conventions déterminées par des lois spéciales, essentiellement en droit de la consommation, il est apparu important de rappeler dans le code civil l'incidence sur les règles de droit commun de tels délais prévus par des droits spéciaux, dans un souci de complète intelligibilité de notre droit.

### Sous-section 3 : Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

Le code civil ne comporte que très peu d'articles consacrés aux contrats préparatoires, pourtant très fréquents en pratique. Pour mettre fin aux inconvénients résultant des fluctuations jurisprudentielles sur certaines questions majeures, comme les conséquences de la révocation d'une promesse, sont introduites des dispositions codifiées sur les pactes de préférence et les promesses unilatérales.

L'article 1123 définit le pacte de préférence (alinéa 1) puis expose les sanctions de sa violation : il distingue selon que le tiers est de bonne ou de mauvaise foi, et consacre la jurisprudence sur l'option entre nullité du contrat et substitution au tiers de mauvaise foi - outre l'octroi de dommages et intérêts - lorsqu'est violé un pacte de préférence avec un tiers qui en connaissait l'existence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (alinéa 2), ce qui est de nature à assurer la pleine efficacité de ce type de convention. Il est enfin proposé d'ajouter une disposition destinée à permettre au tiers de faire cesser une situation d'incertitude, en lui offrant la possibilité de mettre en demeure le bénéficiaire d'avoir à confirmer ou non l'existence d'un pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir (alinéas 3 et 4) : cette action « interrogatoire » a ainsi vocation à mettre fin aux situations juridiques ambiguës.

L'article 1124, après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (alinéa 1), prévoit la sanction de la révocation de cette promesse, avant la levée de l'option, par l'exécution forcée du contrat (alinéa 2). Cette solution met fin à une jurisprudence très critiquée : la Cour de cassation refuse en effet la réalisation forcée du contrat lorsque la levée de l'option par le bénéficiaire intervient postérieurement à la rétractation du promettant, et limite la sanction à l'octroi de dommages et intérêts. La nouvelle solution adoptée, conforme aux projets européens d'harmonisation, tend à renforcer la sécurité et l'efficacité de la promesse unilatérale. L'ordonnance propose donc un ensemble cohérent en prévoyant une gradation des sanctions en fonction de l'intensité de l'engagement : révocation de l'offre sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts excluant la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu, et révocation de la promesse unilatérale sanctionnée par la conclusion « forcée » du contrat. Le texte codifie par ailleurs la solution jurisprudentielle actuelle sur la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence (alinéa 3).

### Sous-section 4 : Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

Le code civil dans sa rédaction actuelle contient des textes consacrés aux « contrats sous forme électronique » regroupés au sein d'un même chapitre aux articles 1369-1 à 1369-9, qui sont la transposition de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

Ces textes sont rassemblés dans une unique sous-section, afin de tenir compte de la spécificité des modalités de conclusion des contrats conclus par voie électronique. Ils reprennent quasiment à l'identique les textes actuels du code civil, sous réserve de quelques modifications terminologiques et précisions, comme le rappel de l'obligation de proposer la langue française dans l'offre proposée par voie électronique (article 1127-1) qui résulte déjà de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

## Section 2 : La validité du contrat

Le code civil exige actuellement comme conditions de validité du contrat, aux côtés du consentement et de la capacité, un objet certain et une cause licite. La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause « subjective », ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause « objective », ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat.

C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion.

L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité : le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais « un contenu licite et certain » (article 1128).

Les trois sous-sections abordent successivement ces trois conditions.

### Sous-section 1 : Le consentement

Le code civil traite actuellement du consentement au travers de plusieurs dispositions consacrées aux vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence.

La présente ordonnance reprend donc pour l'essentiel le droit positif actuel, tel qu'il ressort du code civil mais également de son interprétation par la jurisprudence, afin d'assurer une meilleure lisibilité de notre droit.

#### Paragraphe 1 : L'existence du consentement

Le **paragraphe 1**, relatif à l'existence du consentement, rappelle dans un article unique la condition de santé mentale nécessaire à l'existence du consentement (article 1129). L'absence de trouble mental est en effet une condition de formation du contrat, indépendamment de toute question relative à l'existence d'une mesure de protection.

## Paragraphe 2 : Les vices du consentement

Le **paragraphe 2**, relatif aux vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, s'ouvre par un article mettant en évidence une exigence qui leur est commune : le caractère déterminant du vice (article 1130). Il précise ensuite la sanction qui leur est commune, compte tenu du caractère privé des intérêts protégés : la nullité relative, conformément au droit positif (article 1131).

L'ordonnance transcrit les règles en vigueur relatives à l'erreur. Celle-ci doit porter sur les qualités substantielles de la prestation ou sur celles du cocontractant dans les contrats conclus en considération de la personne ; il peut s'agir d'une erreur de droit ou de fait, mais elle n'est sanctionnée que si elle est excusable (articles 1132 et 1134). L'erreur sur les motifs est indifférente, à moins que les parties n'en aient fait « expressément » un élément déterminant de leur consentement - réserve étant faite toutefois du cas des libéralités, pour lesquelles il est rappelé que l'erreur sur le motif est bien une cause de nullité, ce qui permet d'appréhender les situations qui étaient auparavant sanctionnées sur le fondement de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit (article 1135). L'erreur sur la valeur demeure indifférente (article 1136). Le texte tranche également plusieurs questions qui avaient pu être discutées en doctrine, mettant fin à certaines incertitudes : ainsi les qualités essentielles sur lesquelles porte l'erreur sont celles qui ont été convenues et en considération desquelles les parties ont contracté, ce qui correspond à une analyse objective permettant de circonscrire le champ de la nullité pour erreur (article 1133 alinéa 1). Par ailleurs, l'erreur peut porter sur sa propre prestation (article 1133 alinéa 2), et l'acceptation d'un aléa chasse l'erreur (article 1133 alinéa 3).

S'agissant du dol, le droit positif est pour l'essentiel repris : exigence d'un comportement intentionnel (article 1137 alinéa 1), prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice (article 1138), caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol, et admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif lorsqu'elle est provoquée par un dol (article 1139). La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper.

S'agissant de la violence, l'ordonnance reprend l'essentiel du droit positif en vigueur, quant à sa définition (article 1140), la menace de l'usage de voies de droit (article 1141) ou la violence émanant d'un tiers au contrat (article 1142). L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles. Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte.

Enfin, les règles relatives au point de départ de la prescription sont conformes aux règles actuelles (article 1144).

## Sous-section 2 : La capacité et la représentation

### Paragraphe 1 : La capacité

Le **paragraphe 1**, consacré à la capacité, reprend les textes du titre du code civil relatif aux contrats qui ont trait à la capacité et à l'action en rescision pour lésion, en les regroupant dans une même sous-section, sous réserve de quelques simplifications de rédaction afin de les rendre plus lisibles. Ces dispositions ont été maintenues au sein du titre consacré au droit des obligations, dès lors que la capacité est une condition de validité des conventions, même si la question de la capacité demeure plus précisément traitée dans le livre 1<sup>er</sup> relatif au droit des personnes, qui n'est pas concerné par la présente réforme.

L'article 1145, qui rappelle le principe de capacité des personnes physiques (alinéa 1), a été complété par un nouveau texte sur la capacité des personnes morales (alinéa 2), afin de répondre aux demandes des milieux économiques. Les articles suivants reprennent l'essentiel du contenu des textes du code civil sur la capacité et sur l'action en rescision pour lésion : incapacité d'exercice des mineurs non émancipés et des majeurs protégés, dans la mesure définie par la loi (article 1146) ; sanction de cette incapacité par la nullité relative du contrat (article 1147) sauf pour les actes courants (article 1148). L'article 1149 reprend les règles de droit positif spécifiques au mineur : nullité des actes courants s'ils sont lésionnaires ; indifférence de la déclaration de majorité faite par le mineur ; maintien des engagements pris par le mineur dans l'exercice de sa profession. L'article 1150 renvoie quant à lui pour les majeurs protégés aux textes spécifiques du livre premier. L'article 1151 rappelle qu'il peut être fait obstacle à l'action en nullité si l'acte est utile et non lésionnaire ou s'il a tourné au profit de la personne protégée, et en cas de confirmation de l'acte par le cocontractant devenu ou redevenu capable. L'article 1152 reprend les règles de droit positif sur le point de départ de la prescription.

L'actuel article 1314, qui fait application du principe selon lequel est valable un acte accompli par un mineur non émancipé ou un majeur protégé conformément aux prescriptions légales, est apparu inutile et a été supprimé.

Les règles de l'actuel article 1125-1 du code civil, frappant d'une incapacité spéciale ceux qui exercent une fonction dans un établissement hébergeant des personnes dépendantes ou dispensant des soins psychiatriques, sont déplacées dans le code de l'action sociale et des familles et dans le code de la santé publique, leur portée étant étendue par rapport au texte actuel, outre le conjoint, au partenaire d'un pacte civil de solidarité et au concubin.

### Paragraphe 2 : La représentation

Le **paragraphe 2** insère dans le code civil des dispositions relatives à la représentation, qui s'inspirent des principes européens d'harmonisation du droit, et permettent de définir un régime général de la représentation, quelle que soit sa source (conventionnelle, légale ou judiciaire). En effet, le code civil ne comporte actuellement que des dispositions éparses sur les diverses formes de la représentation (et en particulier le mandat, aux articles 1984 et suivants), sans en définir le cadre général.

Ainsi, l'article 1153 précise d'emblée que le représentant tire ses pouvoirs de la loi, du juge ou de la convention, et qu'il n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés. L'article 1154 reprend la distinction classique entre la représentation dite parfaite lorsque le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, et la représentation dite imparfaite, lorsque le représentant dit agir pour le compte d'autrui mais contracte en son nom. L'article 1155 distingue les actes que le représentant peut accomplir selon que le pouvoir est général ou spécial. Ainsi, lorsque le pouvoir est défini en termes spéciaux, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité, mais aussi ceux dont dépend la réalisation de ces actes. L'article 1156 vient ensuite clarifier les sanctions du dépassement de pouvoir, encore incertaines en jurisprudence. La première sanction retenue n'est pas la nullité de l'acte accompli mais son inopposabilité à l'égard du représenté (alinéa 1), afin d'éviter que le représentant puisse se dégager de ses obligations alors que seul le pseudo représenté doit avoir la possibilité de contester la portée de l'acte conclu ou de le ratifier. Dans un souci de sécurité juridique, ce texte prévoit toutefois une exception à cette sanction, en consacrant la théorie de l'apparence développée par la jurisprudence : si, en principe, le représenté n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire que le représentant agissait en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir. L'article 1156 prévoit une seconde sanction en cas de dépassement de pouvoir : le tiers contractant peut, quant à lui, agir en nullité lorsqu'il ne savait pas que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir (alinéa 2). Ces sanctions ne sont applicables qu'en l'absence de ratification du représenté (alinéa 3). L'article 1157 vient ensuite préciser la sanction du détournement de pouvoir, c'est-à-dire lorsque le représentant agit bien dans la limite de ses pouvoirs mais qu'il utilise ceux-ci dans un autre but que celui convenu ou prévu par la loi. Le texte opte pour la nullité en faveur du représenté, à condition que le tiers soit de mauvaise foi (s'il a eu connaissance ou n'a pu ignorer le détournement). Par ailleurs, à l'instar des projets d'harmonisation européens et de certaines législations étrangères, l'article 1158 introduit une action interrogatoire en faveur du tiers, afin de purger les doutes qu'il peut avoir sur l'étendue des pouvoirs du représentant, ce qui vise à assurer une plus grande sécurité juridique. L'article 1159 traite des effets de la représentation sur le représenté, en distinguant la représentation légale ou judiciaire, de la représentation conventionnelle. L'article 1160 évoque l'incapacité ou l'interdiction pouvant frapper le représentant. L'article 1161 clarifie enfin les règles applicables en cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers, conformément à ce qui est admis dans les projets européens.

### Sous-section 3 : Le contenu du contrat

Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été - plus ou moins artificiellement - rattachées à la notion de cause. Les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section, de même que la portée des deux autres conditions de validité (consentement et capacité) ne se comprend que par les dispositions de chacune des sous-sections qui y sont attachées.

En premier lieu, la nécessaire conformité du contrat à l'ordre public est réaffirmée et précisée. L'interdiction de déroger à l'ordre public s'applique tant aux stipulations elles-mêmes – ce qui était anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de l'objet – qu'au but – anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de la cause subjective. Par ailleurs est reprise la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat est nul lorsque l'une des parties poursuit un but illicite, même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but (article 1162).

Il est ensuite rappelé, conformément au droit positif, que l'objet de l'obligation peut être présent ou futur, et qu'il doit être possible, déterminé ou déterminable, conformément aux principes actuels du code civil (article 1163).

Les dispositions suivantes s'intéressent plus particulièrement au prix. Pour tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (n° 91-15578, n° 91-15999, n° 91-19653 et n° 93-13688) sur la fixation du prix, il est précisé que dans les contrats cadre, le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu, conformément à ce que permettent la plupart des Etats européens, à charge de le motiver (c'est-à-dire exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties) en cas de contestation. Compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats, le champ de ce texte a été limité aux contrats cadre (contrats de longue durée qui fixent un cadre général aux relations entre les parties), dans lesquels ce mécanisme est particulièrement important. Il est néanmoins prévu la possibilité pour le cocontractant de saisir le juge pour obtenir, en cas d'abus, des dommages et intérêts et/ou la résolution du contrat (article 1164), ce qui correspond à la jurisprudence actuelle.

Consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, l'ordonnance autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise, lorsque les parties ne l'ont pas fixé avant l'exécution. De même, il est prévu que l'abus est sanctionné par des dommages et intérêts (article 1165).

L'ordonnance introduit ensuite une nouvelle disposition inspirée des projets européens d'harmonisation du droit : en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, celle-ci doit correspondre à la qualité que le créancier pouvait raisonnablement espérer en fonction des circonstances (article 1166). L'article 1167 reprend par ailleurs la jurisprudence sur la faculté de substitution d'un nouvel indice à un indice disparu, et ce dans un souci légitime de sauvetage du contrat.

Les dispositions suivantes veillent à l'équilibre du contrat. Il est rappelé que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat, sauf lois particulières admettant la lésion (article 1168). Toutefois les articles qui suivent apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause.

Ainsi, l'ordonnance codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire, étant observé que le champ de cet article dépasse celui des contrats synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux (article 1169). L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n°93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.

Enfin l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats : en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. 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, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

### Section 3 : La forme du contrat

Actuellement, le code civil ne contient aucune partie autonome consacrée à la forme du contrat. Les règles sur la forme figurent pour l'essentiel dans la partie relative à la preuve des obligations et, lorsqu'elles sont exigées à peine de validité, sont traitées à l'occasion de l'examen de chaque contrat. Afin de rendre le droit positif plus lisible, il est donc inséré une section nouvelle dédiée à la forme du contrat, découpée en deux sous-sections fixant des dispositions générales (Sous-section 1) puis les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique (Sous-section 2)

## Sous-section 1 : Dispositions générales

Au sein des dispositions générales qui font l'objet de la **sous-section 1**, un premier article consacre le principe du consensualisme (article 1172 alinéa 1), principe que l'on retrouve dans les différents outils d'harmonisation européens, mais qui n'est pas formulé expressément dans le code civil et ne ressort qu'*a contrario* des textes sur les conditions de validité du contrat, puis précise ses limites : les contrats solennels et les contrats réels (article 1172 alinéas 2 et 3). Dans un souci pédagogique, est également rappelée la différence entre les formalités exigées à peine de nullité et les formalités simplement requises aux fins de preuve ou d'opposabilité (article 1173).

## Sous-section 2 : Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

La **sous-section 2** sur les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique, reprend à droit constant les articles 1108-1 et 1108-2 du code civil relatifs à la validité de l'écrit électronique (article 1174), sauf exceptions (article 1175), puis les articles 1369-10 et 1369-11 de ce même code qui concernent l'équivalence des formalités lors de la conclusion des contrats sous forme électronique, figurant actuellement dans les dispositions relatives à la preuve. Lorsque sont exigées des « conditions particulières de lisibilité ou de présentation », le support électronique doit répondre à des exigences équivalentes, et l'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite dès lors qu'il est possible d'y accéder par un procédé électronique et de le renvoyer par cette même voie (article 1176). Enfin l'exigence d'un envoi d'un écrit en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite par la possibilité que détient chaque partie de l'imprimer (article 1177).

## Section 4 : Les sanctions

Cette dernière section consacrée aux sanctions (nullité et caducité du contrat) clôt le chapitre consacré à la formation du contrat en complétant les dispositions actuelles relatives à la nullité des contrats. Quant à la notion de caducité, si elle n'est pas définie dans le code, elle existe néanmoins en droit positif et est utilisée par la jurisprudence. Toutefois en l'absence de texte, son régime reste incertain. L'ordonnance vise donc à codifier les solutions du droit positif en matière de nullité (sous-section 1) et de caducité (sous-section 2), afin d'améliorer la lisibilité de notre droit.

### Sous-section 1 : La nullité

S'agissant des nullités, qui sanctionnent les conditions de validité du contrat, et sont traitées dans la **sous-section 1**, leur régime est conforme aux solutions du droit positif.

Deux modes de nullité sont instaurés : la nullité judiciaire et la nullité consensuelle, laquelle consiste à permettre aux parties de constater d'un commun accord la nullité du contrat (article 1178 alinéa 1). Cette faculté permet ainsi d'éviter dans les cas les plus simples la saisine d'un juge et il a paru opportun de la consacrer pour des raisons de simplicité et d'efficacité. L'alinéa 2 de l'article 1178 rappelle que le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Cet anéantissement rétroactif du contrat implique la restitution des prestations déjà exécutées, conformément aux solutions en vigueur (article 1178 alinéa 3). La nullité ne fait évidemment pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'une des parties, dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle (article 1178 alinéa 4).

Les articles qui suivent consacrent ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités (par opposition à la théorie dite classique), qui distingue la nullité absolue de la nullité relative : la nullité absolue est celle qui sanctionne la violation d'une règle d'intérêt général tandis que la nullité est relative lorsque l'intérêt protégé est seulement un intérêt particulier (article 1179). La détermination du régime de chacune de ces nullités correspond aux solutions adoptées en jurisprudence. Sanctionnant la violation de règles qui visent à sauvegarder l'intérêt général, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt. Par ailleurs est consacrée expressément la possibilité pour le ministère public d'invoquer une nullité absolue. Enfin la nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation (article 1180). Quant à la nullité relative, qui sanctionne la transgression d'une règle protectrice des intérêts privés, elle ne peut être invoquée que par celui ou ceux que la loi protège et qui peuvent y renoncer en confirmant l'acte vicié (article 1181). Les conditions de la confirmation, par laquelle celui qui peut demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché, sont à cette occasion précisées, ainsi que ses effets (article 1182).

Comme en matière de pacte de préférence et de représentation, est introduite à l'article 1183 une action interrogatoire, afin de pouvoir purger le contrat de ses vices potentiels et de limiter le contentieux : elle permet à une partie d'enjoindre à son cocontractant de prendre position dans un délai de six mois entre une action en nullité et la confirmation du contrat.

L'article 1184 précise l'étendue de la nullité lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, le code civil étant lacunaire sur cette question, contrairement à d'autres législations européennes : le texte pose le principe de la nullité partielle de l'acte dont certaines clauses seulement sont viciées, sauf preuve du caractère déterminant de cette ou de ces clauses. Le contrat est également maintenu en cas de clauses réputées non écrites par la loi ou lorsque l'objectif poursuivi par la règle méconnue exige son maintien, ce qui correspond à la jurisprudence actuelle.

Enfin, l'article 1185 rappelle le caractère perpétuel de l'exception de nullité lorsqu'elle porte sur un contrat qui n'a pas été exécuté, conformément à la jurisprudence.

Les actuels articles 1339 et 1340 du code civil sur la confirmation des donations sont déplacés dans un nouvel article 931-1 créé dans le titre II relatif aux libéralités, où ils trouvent plus naturellement leur place.

## Sous-section 2 : La caducité

Dans la **sous-section 2**, la caducité est désormais définie : conformément à la conception de la doctrine et à la jurisprudence, elle sanctionne la disparition d'un de ses éléments essentiels, postérieurement à la formation du contrat (article 1186 alinéa 1). Les alinéas 2 et 3 sont consacrés aux contrats interdépendants, qui sont ignorés du code civil et donnent lieu à un contentieux nourri et fluctuant, la jurisprudence hésitant entre une conception subjective (recherchant la volonté des parties et vérifiant la connaissance par le cocontractant des autres contrats de l'ensemble lors de la conclusion du contrat) et une conception objective de l'interdépendance des contrats (fondée sur l'opération économique réalisée). Le texte prévoit que la résolution ou l'annulation de l'un des contrats emporte l'anéantissement de l'ensemble contractuel lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération. La caducité des contrats interdépendants est toutefois limitée à deux hypothèses : lorsque l'anéantissement du contrat rend impossible l'exécution du ou des autres contrats (consacrant ainsi une conception objective de l'interdépendance), et lorsque l'exécution du contrat anéanti était une condition déterminante du consentement d'une partie. Toutefois il n'y a caducité que si le contractant auquel on l'oppose connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Enfin, l'article 1187 traite des effets de la caducité, qui donnent lieu à discussion : compte tenu de la variété des situations auxquelles s'applique la caducité, ils peuvent varier en pratique selon la date à laquelle l'élément essentiel disparaît et selon le type de contrat. L'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat, mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : celle-ci n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce.

## Chapitre III : L'interprétation du contrat

Le 5° de l'article 8 de loi d'habilitation autorise le Gouvernement à clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et à spécifier celles propres au contrat d'adhésion.

Les rédactions retenues s'inspirent donc largement des textes actuels et des solutions dégagées par la jurisprudence. Ont cependant été abandonnés dans le but de clarification poursuivi, les articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 actuels, peu ou pas employés par la jurisprudence, et dont l'utilité n'est pas avérée.

Ainsi, l'article 1188 reprend en son premier alinéa l'actuel article 1156, qui rappelle que le contrat doit d'abord s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant à sa lettre. Le second alinéa, inspiré des PDEC, du DCFR et des principes Unidroit, précise qu'à défaut de pouvoir déterminer la commune intention des parties, le sens du contrat s'interprète selon un standard, celui du contractant moyen dénommé « personne raisonnable » (notion généralisée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, pour remplacer l'expression désuète de « bon père de famille », mais présente dans le code depuis 1804, l'actuel article 1112 disposant « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. »), placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu.

L'article 1189 reprend en son premier alinéa l'article 1161 actuel sur l'interprétation des stipulations contractuelles au regard de la cohérence de l'acte entier. L'alinéa 2 étend cette règle aux ensembles contractuels, conformément à la jurisprudence.

L'article 1190 distingue la méthode d'interprétation d'une clause ambiguë selon que le contrat est ou non un contrat d'adhésion, puisque dans ce dernier cas il s'interprétera contre celui qui l'a proposé.

L'article 1191, qui favorise l'effectivité des stipulations contractuelles, reprend l'article 1157 dans une rédaction légèrement simplifiée.

Enfin, l'article 1192 consacre la jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation qui sanctionne la dénaturation de clauses claires et précises, par laquelle le juge refait le contrat en équité au prétexte de l'interpréter. Cette disposition rappelle l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties.

#### **Chapitre IV : Les effets du contrat**

Le chapitre IV traite des effets du contrat conformément au 6° de l'article 8 de la loi d'habilitation, qui autorise le Gouvernement à préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers. Il est divisé en quatre sections respectivement consacrées aux effets du contrat entre les parties, aux effets du contrat à l'égard des tiers, à la durée du contrat et à l'inexécution du contrat. Ce plan chronologique répond à l'objectif d'amélioration de l'intelligibilité des textes.

##### Section 1 : Les effets du contrat entre les parties

La **section 1** traitant des effets du contrat entre les parties est divisée en deux sous-sections portant sur sa force obligatoire d'une part (sous-section 1) et son effet translatif d'autre part (sous-section 2).

##### Sous-section 1 : Force obligatoire

La **sous-section 1** relative aux effets du contrat entre les parties est composée des articles 1193 à 1195.

L'article 1103 de l'ordonnance ayant mis en exergue l'importance du principe de la force obligatoire du contrat en reprenant la formule symbolique et historique de l'actuel article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> (cf. *supra*), l'article 1193 de l'ordonnance reprend ici simplement l'alinéa 2 de cet article 1134 qui constitue une déclinaison de ce principe essentiel. Le texte complète ces dispositions pour expliciter que les parties peuvent également modifier le contrat d'un commun accord, ce qu'une interprétation *a fortiori* de l'article 1134 permettait déjà. Le dernier alinéa de l'article 1134 relatif à l'exécution de bonne foi a lui aussi été érigé en article autonome dans les dispositions liminaires (cf. *supra*).

L'article 1194 reprend de même quasi intégralement l'actuel article 1135, à l'exception du remplacement du terme de « convention » par celui de « contrat ».

L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 6° de l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « la possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. L'alinéa 1<sup>er</sup> pose les conditions de ce nouveau dispositif : l'imprévision est subordonnée à un changement de circonstances « imprévisible », qui doit rendre l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie, et celle-ci ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque. Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat. L'alinéa 2 précise ensuite les conséquences d'un refus ou d'un échec des négociations : les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. A l'issue d'un délai raisonnable, l'une des parties peut également saisir seule le juge qui pourra alors réviser le contrat ou y mettre fin. L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier.

#### Sous-section 2 : Effet translatif

La **sous-section 2** relative à l'effet translatif du contrat est composée des articles 1196 à 1198, et permet de régler la question de l'articulation entre le droit commun des contrats et le droit des biens. L'article 1196 affirme le principe selon lequel, dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère *solo consensu*, c'est-à-dire par le seul échange des consentements des parties caractérisant la conclusion du contrat, sans aucune exigence de forme. Conséquence de l'abandon en amont de la distinction entre les obligations de donner, de faire, et de ne pas faire, le transfert de propriété est érigé en effet légal du contrat, consécutif à l'échange des consentements, selon l'énoncé du titre de la sous-section 2. Dans son contenu, le texte reprend le principe traditionnel du transfert de propriété *solo consensu*, déjà affirmé à l'article 1138 actuel du code civil, en adoptant une formulation plus explicite que celle fondée sur la distinction entre l'obligation de donner et l'obligation de livrer la chose. Le deuxième alinéa rappelle le caractère supplétif de ce texte, auquel la volonté des parties ou la loi peut déroger, ou la nature des choses s'opposer. Le troisième alinéa consacre la règle selon laquelle le propriétaire supporte la perte de la chose (connue sous la locution latine « *res perit domino* »), en prévoyant que le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose, et en rappelle les limites : la mise en demeure de délivrer une chose met les risques de la chose à la charge du débiteur non propriétaire (le vendeur), comme le prévoit l'article 1344-2 de l'ordonnance, mais sous réserve des dispositions de l'article 1351-1 du texte (en vertu duquel après mise en demeure, le débiteur est libéré s'il prouve que la perte de la chose se serait produite même si celle-ci avait été délivrée). L'article 1197 fait peser sur le débiteur de l'obligation de délivrance de la chose, dont la propriété a déjà été transférée par la conclusion du contrat, une obligation de conservation de la chose jusqu'à sa délivrance, en y apportant les soins d'une « personne raisonnable » (cf. *supra*).

L'article 1198 règle quant à lui le conflit des droits d'acquéreurs successifs d'un même meuble en son alinéa 1<sup>er</sup>, reprenant l'actuel article 1141, et étend cette règle aux immeubles dans son alinéa second.

## Section 2 : Les effets du contrat à l'égard des tiers

La **section 2** aborde ensuite les effets du contrat à l'égard des tiers. Elle est divisée en deux sous-sections, la première étant relative aux dispositions générales en la matière, et la seconde traitant spécifiquement du porte-fort et de la stipulation pour autrui.

### Sous-section 1 : Dispositions générales

Le principe de l'effet relatif des contrats est ainsi rappelé en **sous-section 1** à l'article 1199 dans une formulation modernisée de l'actuel article 1165, tandis que l'opposabilité aux tiers fait désormais l'objet d'une disposition séparée à l'article 1200, afin de mieux distinguer ces deux questions. Il n'a pas été jugé utile de rappeler dans le code civil l'existence de règles particulières relatives à l'opposabilité du transfert de certains droits réels (telles que celles relatives à la publicité foncière en matière de droits réels immobiliers), compte tenu de la règle générale posée à l'article 1105 de l'ordonnance.

L'article 1201 traite de la simulation. Il reprend l'actuel article 1321 en le clarifiant. Il n'évoque que l'effet de la contre-lettre entre les parties et son inopposabilité à l'égard des tiers, en rappelant qu'ils peuvent s'en prévaloir.

L'article 1202 est une reprise de l'actuel article 1321-1 du code civil, identique aux termes de l'article 1840 du code général des impôts abrogé par l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités.

### Sous-section 2 : Le porte-fort et la stipulation pour autrui

La **sous-section 2** traite spécifiquement du porte-fort et de la stipulation pour autrui. Est d'abord réaffirmé le principe selon lequel on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même à l'article 1203. La rédaction de ce texte s'éloigne de la lettre actuelle de l'article 1119 du code civil sur deux points : la prohibition de principe de la stipulation pour autrui est abandonnée, compte tenu du développement de la pratique de la stipulation pour autrui (et en particulier de l'assurance-vie) depuis 1804, et de la jurisprudence en ayant élaboré le régime juridique (désormais codifié aux articles 1206 à 1210 de l'ordonnance) ; la formule « *en général* », qui voulait faire de ce texte une introduction des exceptions à venir, le porte-fort et la stipulation pour autrui, est abandonnée car il ne s'agit pas en réalité d'exceptions, le tiers n'étant pas engagé dans la promesse de porte-fort, et la stipulation pour autrui ne pouvant pas faire naître de créance ou d'obligation à la charge du bénéficiaire sans son accord.

Le porte-fort est déjà prévu à l'actuel article 1120 du code civil, mais l'article 1204 de l'ordonnance en clarifie le régime. L'alinéa 1<sup>er</sup> en propose tout d'abord une définition ouverte, incluant aussi bien le « porte-fort de ratification » (c'est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le porte-fort dit « de conclusion » (lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclue un autre acte juridique), que le « porte-fort d'exécution » (c'est-à-dire lorsqu'il s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de « garantie »). L'alinéa 2 précise les effets du porte-fort : le promettant est libéré en cas d'exécution par le tiers du fait promis (le bénéficiaire pouvant lui réclamer réparation dans le cas contraire). Le dernier alinéa est propre au porte-fort de ratification : dans cette hypothèse l'acte conclu par le promettant (sans pouvoir) est rétroactivement validé par la ratification du tiers. Si le porte-fort ne portait que sur la conclusion d'un nouvel acte juridique ou l'exécution d'une obligation, l'exécution du fait promis par le tiers n'a pas à produire d'effet rétroactif.

La stipulation pour autrui fait ensuite l'objet de cinq articles, les articles 1205 à 1209, qui remplacent et étoffent le seul article 1121 du code civil, qui ne régit pas tous les rapports juridiques que l'opération fait naître entre les trois intéressés. Ces dispositions ont donc pour objet de codifier les apports jurisprudentiels, en précisant les conditions de révocation et d'acceptation de la stipulation pour autrui. L'article 1205 définit ainsi la stipulation pour autrui, tandis que l'article 1206 précise ses effets à l'égard du bénéficiaire (droit direct à la prestation) et à quel moment la révocation est possible. L'article 1207 détaille quant à lui les conditions et les effets de cette révocation. L'article 1208 consacre la jurisprudence sur la forme (expresse ou tacite) de l'acceptation de la promesse, qui peut émaner du bénéficiaire ou de ses héritiers, et qui peut également intervenir après le décès du stipulant ou du promettant. Enfin, l'article 1209 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle, malgré la naissance d'un droit propre et direct du bénéficiaire contre le promettant, le stipulant conserve également le droit d'exiger du promettant qu'il exécute sa promesse à l'égard du bénéficiaire.

### Section 3 : La durée du contrat

**La section 3** est consacrée à la durée du contrat. Cette section composée de six articles est une innovation de l'ordonnance répondant au 7<sup>o</sup> de l'article 8 de la loi d'habilitation, autorisant le Gouvernement à clarifier les règles relatives à la durée du contrat.

Le code civil actuel ne comporte en effet aucune disposition générale sur la durée des contrats et n'envisage que la question du terme dans la théorie générale (articles 1185 et suivants), alors qu'il existe un contentieux important relatif à la durée des contrats à durée déterminée. Le régime juridique de la durée du contrat s'est donc esquissé progressivement au gré de la jurisprudence, de la pratique contractuelle, et des dispositions spéciales.

L'ordonnance propose donc d'introduire dans le code civil des règles générales sur la durée du contrat, qui doivent permettre de clarifier les différences entre des notions proches en ce qu'elles concernent toutes la prolongation des contrats dans le temps, mais qui n'en sont pas moins différentes : renouvellement, prorogation et tacite reconduction.

Tout d'abord, l'article 1210 alinéa 1<sup>er</sup> entérine dans son premier alinéa la règle de la prohibition des engagements perpétuels. Ce principe, consacré par la jurisprudence à partir de textes d'application spéciaux tels que l'article 1780 alinéa 1 (interdiction du louage de services à vie), l'article 1838 (interdiction de sociétés de plus de 99 ans), l'article 1709 (interdiction du bail perpétuel), l'article 1944 (interdiction du dépôt à durée illimitée), ou encore l'article 2003 (interdiction du mandat perpétuel), n'est pas affirmé actuellement à titre autonome par le code civil. Il s'agit donc d'une codification du droit positif. Le second alinéa tire les conséquences de cette interdiction, en offrant aux cocontractants (en pratique le contractant lésé) la possibilité de résoudre le contrat comme un contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire en ramenant les effets d'un engagement perpétuel à ceux d'un contrat à durée indéterminée.

L'article 1211 consacre ensuite la possibilité pour les contractants de mettre unilatéralement fin à un contrat à durée indéterminée sous réserve d'un préavis suffisant. Conséquence logique de la prohibition des engagements perpétuels, cette règle fait écho au principe de la liberté contractuelle affirmé précédemment dans les dispositions liminaires, un cocontractant ne pouvant pas être indéfiniment lié par un contrat. Cette faculté unilatérale de résiliation des contrats à durée indéterminée, moyennant le respect d'un délai de préavis, a d'ailleurs été reconnue comme une règle à valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le pacte civil de solidarité (Cons. Const., 9 novembre 1999, DC n° 99-419) : « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ». Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a incité le législateur à préciser les règles ou les « causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ». C'est ce que fait la présente ordonnance par cet article 1211, en réservant aux contractants une faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée, sous réserve du respect d'un délai de préavis contractuellement prévu, ou à défaut raisonnable. Dans le silence du texte, les règles de la responsabilité civile de droit commun trouveront à s'appliquer en cas de faute commise par le cocontractant, conformément à la jurisprudence constitutionnelle précitée.

Les articles suivants sont ensuite consacrés au contrat à durée déterminée, dont la force obligatoire du terme est rappelée à l'article 1212, les conditions de sa prorogation étant envisagées à l'article 1213, de son renouvellement à l'article 1214, et de sa tacite reconduction à l'article 1215.

#### Section 4 : La cession de contrat

La **section 4** introduit dans le code civil la cession de contrat, dont elle détaille le régime juridique. En effet, bien que ponctuellement reconnue par le législateur, aucune théorie générale de la cession de contrat, née des besoins de la pratique des entreprises, n'existe dans le code civil actuel. Traduisant le souhait de la présente ordonnance de moderniser le droit des contrats en s'inspirant des apports de la pratique, la cession de contrat entre dans le code civil.

L'ordonnance consacre une conception unitaire de la cession de contrat, qui n'est pas la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance, mais qui a pour objet de permettre le remplacement d'une des parties au contrat par un tiers, sans rupture du lien contractuel. La cession de contrat prend logiquement place au sein de la section dévolue aux effets du contrat, entre les dispositions relatives à sa durée et celles relatives à son inexécution, puisqu'elle a justement pour objet de permettre le maintien du contrat, voire d'en prévenir l'inexécution.

L'article 1216 définit ainsi la cession de contrat comme la cession de sa qualité de partie au contrat par le cédant, et énonce les conditions de validité de cette cession : le contrat ne peut être cédé qu'avec l'accord du cocontractant, conformément à la jurisprudence, et la cession doit faire l'objet d'un écrit. Cette définition permet aux parties à un contrat d'envisager la cession du contrat dès sa conclusion : en effet l'accord du cédé pourra intervenir à l'avance, y compris dans le contrat lui-même, ou au moment de la cession. Si le cédé n'intervient pas à l'acte pour consentir à la cession (parce qu'il aura donné son consentement à l'avance), celle-ci devra lui être notifiée, ou il devra en prendre acte, pour qu'elle lui soit opposable. L'article 1216-1 précise ensuite les effets de la cession de contrat à l'égard du cédé et du cédant : le cédant n'est libéré pour l'avenir qu'avec l'accord du cédé ; dans le cas contraire, il reste solidairement tenu à l'exécution du contrat. Pour répondre aux inquiétudes des professionnels, l'ordonnance rappelle ici expressément que cette disposition est supplétive de volonté, même s'il s'agit du choix général opéré pour l'ensemble de l'ordonnance. Les deux articles suivants complètent le régime de la cession de contrat par des règles relatives à l'opposabilité des exceptions (article 1216-2) et au sort des sûretés accessoires au contrat cédé (article 1216-3), en cohérence avec celles applicables à la cession de créance et à la cession de dette.

## Section 5 : L'inexécution du contrat

La **section 5** est consacrée à l'inexécution du contrat, pour laquelle le 8° de l'article 8 de la loi d'habilitation a donné mission au Gouvernement de regrouper les règles applicables, et d'introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification.

En effet, le régime de l'inexécution contractuelle constitue assurément l'une des carences du code civil, dont les règles en la matière sont éparses et incomplètes : l'exécution en nature par exemple est traitée avec les obligations de faire et de ne pas faire, et les obligations de donner ; les textes sont muets sur l'exception d'inexécution ; enfin la résolution est évoquée à l'occasion des obligations conditionnelles.

L'ordonnance se propose par conséquent de regrouper l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle en une seule section, divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux différentes sanctions de l'inexécution, et présentées à titre liminaire à l'article 1217.

Cet article énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée. L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation. D'ailleurs, le dernier alinéa règle l'articulation entre ces différents remèdes qui peuvent se cumuler s'ils ne sont pas incompatibles et rappelle que les dommages et intérêts sont toujours compatibles avec les autres sanctions si les conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Cette présentation des sanctions de l'inexécution contractuelle clarifie les règles applicables et en permet une appréhension globale, jusqu'alors complexe.

En outre, avant de se consacrer à l'étude des dispositions spécifiques à chaque remède à l'inexécution, l'ordonnance définit en son article 1218 la force majeure en matière contractuelle, cause d'exonération de responsabilité et cause de libération du débiteur de ses obligations. Il n'existe pas dans le code civil actuel de définition de la force majeure, dont les contours et les effets ont été dessinés par la jurisprudence de la Cour de cassation, et ce de façon parfois inconstante. Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. L'imprévisibilité tout d'abord, doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat (contrairement à la matière extracontractuelle, où ce critère doit être apprécié au jour du fait dommageable) : en effet, si l'événement était prévisible au moment de la formation du contrat, le débiteur a entendu supporter le risque de ne pas pouvoir exécuter son obligation. L'événement doit également être irrésistible, tant dans sa survenance (inévitable) que dans ses effets (insurmontables).

Le second alinéa de l'article 1218 envisage les conséquences de la force majeure, en distinguant selon le caractère temporaire ou définitif de l'empêchement. En cas d'empêchement temporaire, l'exécution de l'obligation sera suspendue sauf si le retard en résultant justifie la résolution du contrat (exemple d'une prestation ne pouvant être délivrée utilement à un jour autre que celui déterminé pour un événement non reportable), tandis qu'en cas d'empêchement définitif le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs engagements dans les conditions des articles 1351 et 1351-1, auxquels il est expressément renvoyé. Il s'agit d'une codification de solutions dégagées par la jurisprudence.

#### Sous-section 1 - L'exception d'inexécution

La **sous-section 1** est consacrée à l'exception d'inexécution, mécanisme aujourd'hui absent du code civil mais reconnu par la jurisprudence.

L'article 1219 définit l'exception d'inexécution comme la possibilité offerte à une partie de ne pas exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Le texte pose toutefois une condition importante : cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée. L'usage de mauvaise foi de l'exception d'inexécution par un créancier face une inexécution insignifiante constituera dès lors un abus ou à tout le moins une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

L'article 1220 quant à lui va plus loin que la jurisprudence consacrée par l'article 1219, puisqu'il introduit la possibilité pour le créancier d'une obligation, avant tout commencement d'exécution du contrat, de suspendre l'exécution de sa prestation s'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas. Il s'agit d'une faculté de suspension par anticipation de sa prestation par le créancier avant toute inexécution, qui permet de limiter le préjudice résultant d'une inexécution contractuelle, et qui constitue un moyen de pression efficace pour inciter le débiteur à s'exécuter. Ce mécanisme est toutefois plus encadré que l'exception d'inexécution, puisqu'outre l'exigence de gravité suffisante de l'inexécution, la décision de suspension de la prestation doit être notifiée dans les meilleurs délais à l'autre partie.

## Sous-section 2 : L'exécution forcée en nature

La **sous-section 2** poursuit l'édification du régime des différentes sanctions à l'inexécution en précisant celui de l'exécution forcée en nature.

L'article 1221 pose tout d'abord le principe selon lequel le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature. Ce texte rompt avec la lettre de l'actuel article 1142 du code civil, dont la Cour de cassation avait déjà retenu une interprétation contraire au texte et qui était également contredit par la procédure d'injonction de faire prévue par les articles 1425-1 à 1425-9 du code de procédure civile. L'ordonnance retient les exceptions consacrées par la jurisprudence : l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité (matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur). Il propose également une nouvelle exception inspirée des projets européens d'harmonisation du droit des contrats : l'exécution en nature ne peut non plus être poursuivie s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit. Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue.

L'article 1222 propose une alternative au créancier en lui permettant, au lieu de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation concernée, de faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été mal exécuté après mise en demeure du débiteur, et de solliciter ensuite du débiteur le remboursement des sommes exposées pour ce faire. Ce mécanisme n'est pas nouveau, puisqu'il reprend en substance les articles 1143 et 1144. Toutefois, l'article 1222 facilite la faculté de remplacement par le créancier lui-même, puisqu'il supprime l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable pour faire procéder à l'exécution de l'obligation, le contrôle du juge n'intervenant qu'*a posteriori* en cas de refus du débiteur de payer ou de contestation de celui-ci. En revanche, l'ordonnance maintient la nécessité d'une autorisation préalable du juge pour obtenir la destruction de ce qui a été réalisé en contravention de l'obligation, compte tenu du caractère irrémédiable d'une telle destruction afin d'éviter les abus de la part du créancier. Enfin, le second alinéa du texte complète le dispositif conformément au droit positif, en permettant au créancier de solliciter la condamnation du débiteur à faire l'avance des sommes nécessaires à l'exécution ou la destruction en cause.

### Sous-section 3 : La réduction du prix

**La sous-section 3**, composée du seul article 1223, propose de généraliser une sanction connue du code civil, la réduction du prix, inspirée des projets d'harmonisation européens. Si le code civil ne prévoit pas de façon générale la possibilité pour le créancier d'accepter une exécution non conforme du débiteur, en contrepartie d'une réduction proportionnelle du prix, cette faculté existe en droit positif à titre spécial, par exemple en matière de garantie des vices cachés par l'action estimatoire de l'article 1644, ou en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième (articles 1617 et 1619). A la différence de ces textes spéciaux toutefois, l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix. Le créancier devra préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation. Le texte n'est pas destiné à remettre en question l'exception admise en jurisprudence en cas d'urgence. Le créancier devra ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. S'il a déjà payé le prix, il demandera remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix opposée. Le texte prend soin de préciser que la réduction du prix sollicitée par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée doit être proportionnelle à la gravité de cette inexécution. Il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu.

### Sous-section 4 : La résolution

**La sous-section 4** est consacrée à la plus radicale des sanctions de l'inexécution, la résolution, puisque celle-ci met fin au contrat. Elle comprend sept articles, les articles 1224 à 1230, et est organisée autour des trois modes de résolution du contrat déjà bien connus en droit positif : la clause résolutoire, la résolution unilatérale, et la résolution judiciaire. En effet, il est apparu essentiel de traiter de la résolution du contrat parmi les différents remèdes à l'inexécution, et non pas seulement à l'occasion des articles relatifs à la condition résolutoire qui serait toujours sous-entendue dans les contrats selon l'article 1184 actuel.

Ainsi l'article 1224 énonce les trois modes de résolution du contrat précités, la résolution unilatérale et la résolution judiciaire étant soumises à une condition de gravité suffisante de l'inexécution, par opposition à la clause résolutoire dont l'effet est automatique dès lors que les conditions prévues au contrat sont réunies.

L'article 1225 définit en son premier alinéa la notion de clause résolutoire, bien connue en doctrine et surtout de la pratique, comme la clause désignant les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat, tandis que l'alinéa 2 en soumet l'application à une mise en demeure préalable du débiteur mentionnant expressément la clause résolutoire en cause. Le texte étant supplétif, il précise que cette exigence n'est requise que si les parties n'ont pas convenu que la clause résolutoire jouerait du seul fait de l'inexécution.

L'article 1226 introduit dans le code civil la résolution unilatérale par notification du créancier de l'obligation non exécutée, visée expressément par le 8° de l'article 8 de la loi d'habilitation. Ce texte constitue une nouveauté qui vise à consacrer un mécanisme absent du code civil mais reconnu par la jurisprudence et les projets d'harmonisation européens. La Cour de cassation avait en effet déjà défini les contours de la résolution unilatérale par notification, en considérant que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* » et que « *cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* » (civ. 1ère, 13 octobre 1998, n°96-21485) « *peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* » (civ. 28 octobre 2003, n° 01-03662).

Le texte proposé consacre cette faculté. La résolution unilatérale n'est cependant plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose en effet sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers. La sécurité juridique et la protection du débiteur ne sont pas sacrifiées pour autant à l'impératif économique puisque cette faculté est très encadrée. Ainsi, seul le créancier de l'obligation dont l'inexécution est « *suffisamment grave* » pourra s'en prévaloir. De plus, un formalisme protecteur est imposé, puisque la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable. En outre, l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale. Dans un souci de pragmatisme, et conformément à la jurisprudence, il réserve toutefois expressément le cas d'urgence, qui dispense le créancier de mettre en demeure son cocontractant. Enfin, le dernier alinéa du texte permet au débiteur de contester la résolution en saisissant le juge. Cette possibilité est conforme à la jurisprudence actuelle, selon laquelle la résolution unilatérale se fait aux « *risques et périls* » du créancier, condition reprise par le premier alinéa du texte. Il appartiendra alors au créancier de prouver la gravité de l'inexécution, en application de la condition posée à l'article 1224 de l'ordonnance. Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence.

Ensuite, l'article 1227 rappelle la possibilité de saisir le juge pour solliciter la résolution du contrat, même si une clause résolutoire a été prévue au contrat, ou même si une procédure de résolution par notification a été engagée, conformément à la jurisprudence. Le texte n'entend pas remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renonciation judiciaire : en effet ces clauses ne font en principe que limiter les modalités de l'exécution de l'obligation sans priver le créancier du droit d'obtenir l'exécution de sa créance par l'un des autres remèdes énumérés par l'article 1217 de l'ordonnance (tels que l'exécution forcée en nature). Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.

En cas de saisine du juge, l'article 1228 vient préciser l'objet de son office. En effet, le juge, pourra selon les circonstances, soit constater la résolution du contrat s'il intervient *a posteriori* pour contrôler la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou d'une résolution unilatérale par notification, soit la prononcer, s'il est saisi en ce sens, en cas d'inexécution suffisamment grave. Il pourra également, s'il ne prononce pas la résolution, ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai de grâce au débiteur. Le texte rappelle que le juge peut aussi, notamment si le manquement n'est pas suffisamment grave pour justifier une résolution, n'allouer que des dommages et intérêts, conformément à l'article 1217 de l'ordonnance. Les pouvoirs du juge s'exerceront toutefois dans le cadre délimité par les demandes des parties en application du principe dispositif qui préside au procès civil.

Le régime des différents modes de résolution ayant été dressé, l'article 1229 précise la date d'effet de la résolution et ses conséquences.

Le premier alinéa du texte rappelle l'effet principal de la résolution : celle-ci rompt le lien contractuel entre les parties en mettant fin au contrat.

Le deuxième alinéa indique le moment auquel la résolution prend effet, selon son mode opératoire : à la date prévue par les parties en cas de jeu de la clause résolutoire, à la date de la réception par le débiteur de la notification en cas de résolution unilatérale, et à la date fixée par le juge ou à défaut au jour de l'assignation en cas de résolution judiciaire. L'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions. Celles-ci sont en effet traitées au troisième alinéa, et n'ont lieu que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu, la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu. Lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif. De nombreux praticiens du droit y étant très attachés, le terme de « résiliation », couramment utilisé en matière contractuelle, a été réintroduit, sans modifier la conception unitaire de l'ordonnance : le troisième alinéa précise désormais que lorsque la résolution ne donne pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu de contrepartie, elle est qualifiée de résiliation. La résiliation est donc simplement un cas déterminé de résolution aux contours clairement délimités par le texte, applicable tant aux contrats instantanés qu'aux contrats à exécution successive, et se caractérisant par son absence de restitution.

La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi.

Enfin, le dernier alinéa renvoie aux articles 1352 à 1352-9 sur les modalités de mise en œuvre des restitutions.

L'article 1230 parachève le régime de la résolution en prévoyant expressément que survivent à la résolution les clauses de règlement des litiges et toutes clauses destinées à produire effet même après la disparition du contrat, telles que les clauses de confidentialité ou de non-concurrence. Cette disposition est directement inspirée de la pratique des affaires, et les PDEC et le code Gandolfi la prévoient également.

## Sous-section 5 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat

La **sous-section 5** consacrée à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat est une reprise à droit constant de la section 4 du chapitre III de l'actuel titre III du code civil, avec quelques ajustements formels. En effet, la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait générateur, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière contractuelle, et que la présente ordonnance ne modifie pas. Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes. Le maintien de ces textes ne doit donc pas être interprété comme une remise en cause de la jurisprudence autorisant par exemple la réparation en nature du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle.

Ainsi l'article 1231 réécrit l'actuel article 1146 pour tenir compte de l'abandon par l'ordonnance de la distinction entre les obligations de donner et de faire. Il précise que les dommages et intérêts ne sont dus qu'après une mise en demeure qui doit laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter, mais prévoit une exception : cette formalité n'est pas obligatoire lorsque l'inexécution est définitive (auquel cas la résolution est de plein droit). La précision de l'actuel article 1146 relative à la forme de la mise en demeure est reprise à l'article 1344 dans le cadre du régime général des obligations, puisqu'elle n'est pas propre aux contrats.

L'article 1231-1 reformule le célèbre article 1147, pour l'alléger et remplacer la référence à la cause étrangère par la force majeure, que la jurisprudence lui assimile, et qui est désormais définie à l'article 1218 de l'ordonnance. C'est d'ailleurs également la raison pour laquelle l'actuel article 1148 n'est pas ici repris, la force majeure en matière contractuelle étant traitée dans cet article 1218.

L'article 1231-2 reprend à l'identique l'actuel article 1149.

Les articles 1231-3 et 1231-4 sont conformes aux articles 1150 et 1151, mais consacrent en outre la jurisprudence assimilant la faute lourde au dol, la gravité de l'imprudence délibérée dans ce cas confinant à l'intention. L'article 1231-3 rappelle l'une des spécificités les plus importantes de la responsabilité contractuelle : le contrat étant avant tout un instrument de prévisibilité, il est logique d'en limiter la réparation aux dommages qui ont été prévus ou qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat, sauf dol ou faute lourde. Même dans cette hypothèse, l'article suivant indique que seules les suites immédiates et directes de l'inexécution peuvent être indemnisées.

L'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales. L'ordonnance n'a pas retenu les définitions posées par les articles 1226 et 1229 al. 1<sup>er</sup>, apparues inutiles, ni les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 al.2 qui paraissent évidentes. Par ailleurs, les règles posées par les articles 1232 et 1233 relèvent du régime des obligations et non du droit des contrats. Le texte maintient la possibilité pour le juge de réviser à la hausse comme à la baisse le montant de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire, et ajoute deux nouveaux alinéas. L'alinéa 2 est complété par la reprise de l'actuel article 1231, et un nouvel alinéa 5 vient préciser que sauf inexécution définitive, le jeu de la clause pénale est soumis à une mise en demeure préalable. Seuls les alinéas 2 et 3 présentent un caractère impératif, les parties pouvant librement déroger au dernier.

L'article 1231-6 reprend les dispositions de l'actuel article 1153 mais en modernise et simplifie la formulation. Sont ainsi abandonnées les références aux règles particulières au commerce et au cautionnement, les conflits étant désormais arrêtés selon la règle de conflit interne posée à l'article 1105 de l'ordonnance. Sont également abandonnées les précisions relatives à la forme et au contenu de la mise en demeure, qui trouvent désormais leur place dans la théorie générale des obligations à l'article 1344. Est en revanche rappelé expressément le caractère supplétif du texte.

L'article 1231-7 est quant à lui une stricte reprise de l'actuel article 1153-1 du code civil.

## **Sous-titre II : La responsabilité extracontractuelle**

Le sous-titre II intitulé « La responsabilité extracontractuelle » reproduit *in extenso* des articles 1382 à 1386-18 du code civil, avec des adaptations légistiques à la nouvelle structure du sous-titre, scindé en deux chapitres, l'un relatif à la responsabilité extracontractuelle en général, et l'autre à la responsabilité du fait des produits défectueux.

La réforme de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle fera l'objet d'un projet de loi ultérieur qui sera débattu devant le Parlement, en raison des enjeux politiques et sociaux qui sont liés à ce domaine du droit.

## **Sous-titre III - Autres sources d'obligations**

Le sous-titre III traite, en suite du contrat et de la responsabilité extracontractuelle, d'autres sources d'obligations. Il s'agit ici non pas de traiter de toutes les autres sources d'obligations (telles que la loi ou l'engagement unilatéral de volonté), mais seulement des quasi-contrats connus en droit positif : la gestion d'affaires et le paiement de l'indu régis par les articles 1371 à 1381 actuels du code civil, et l'enrichissement sans cause (requalifié d'injustifié par l'ordonnance), créé de longue date par la jurisprudence pour combler le vide juridique laissé par les deux précédents.

Les quasi-contrats n'étant pas les seules autres sources d'obligations que le contrat et la responsabilité extracontractuelle, l'intitulé du sous-titre III est donc « Autres sources d'obligations », et non « Des quasi-contrats ».

Ce sous-titre est divisé en trois chapitres, respectivement consacrés à chaque quasi-contrat régi par l'ordonnance.

L'article 1300 donne une définition du quasi-contrat en son alinéa 1<sup>er</sup> et annonce dans son deuxième alinéa la subdivision du sous-titre en trois chapitres. Cette définition est suffisamment souple pour permettre au juge, le cas échéant, d'appréhender des comportements qui devraient entraîner des obligations d'indemnisation à la charge de leurs auteurs, en dépit du silence de la loi. En effet, l'énumération non exhaustive des quasi-contrats dans le second alinéa implique qu'il puisse exister des quasi-contrats innommés, dont le régime juridique n'est pas prévu par le code civil.

### **Chapitre I<sup>er</sup> : La gestion d'affaires**

Le chapitre I<sup>er</sup> est consacré à la gestion d'affaires, dont le régime est décrit aux articles 1301 à 1301-5.

L'article 1301 donne une définition modernisée de la gestion d'affaires par rapport à celle de l'actuel article 1372, mais conforme au droit positif. Ce texte définit la gestion d'affaires comme un quasi-mandat, et suppose que le gérant d'affaires ait agi sciemment, sans que le maître n'en soit informé. Ce texte reprend les critères jurisprudentiels de l'utilité de l'intervention du gérant, permettant de distinguer les interventions bienvenues, ouvrant droit à indemnisation, des interventions intempestives, et celui de l'absence d'opposition du maître de l'affaire. En outre, il précise conformément à la jurisprudence que la gestion peut consister en la réalisation d'actes juridiques comme d'actes matériels.

L'article 1301-1 énonce les obligations du gérant, qui est assimilé au mandataire de cette affaire, et précise les conséquences de ses fautes de gestion sur son indemnisation : le gérant doit gérer l'affaire d'autrui comme une personne raisonnable, et mener l'affaire avec diligence et persévérance. Il peut engager sa responsabilité à l'égard du maître de l'affaire en cas de faute, mais sa responsabilité peut être atténuée, dans la mesure où il rend service. Il s'agit d'une reprise à droit constant des actuels articles 1373 et 1374 du code civil.

L'article 1301-2 reprend en ses deux premiers alinéas l'article 1375, dont il modernise la formulation. Il énonce les conséquences de la gestion d'affaires au regard des obligations qu'elle fait naître à la charge du maître de l'affaire : respecter les engagements contractés dans son intérêt (premier alinéa), et rembourser au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemniser des dommages subis à l'occasion de sa gestion (deuxième alinéa). Le troisième alinéa ajoute une précision conforme à la jurisprudence selon laquelle, par analogie avec l'article 2001 du code civil relatif aux avances faites par le mandataire, les sommes avancées par le gérant portent intérêt au jour du paiement.

L'article 1301-3 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle le maître qui ratifie, en connaissance de cause, la gestion est tenu par les engagements pris par le gérant. Le code civil actuel est muet sur ce point. Cette disposition est particulièrement utile lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies.

L'article 1301-4 consacre en son premier alinéa la jurisprudence selon laquelle il peut y avoir gestion d'affaires, bien que la gestion ne soit pas entreprise dans l'intérêt exclusif du maître, c'est-à-dire si le gérant y est également intéressé. Dans ce cas, le second alinéa règle la question de la répartition des charges, dépenses et dommages engendrés par la gestion, qui se fait à hauteur des intérêts respectifs de chacun dans cette affaire commune.

Enfin, l'article 1301-5 permet l'indemnisation du gérant sur le fondement de l'enrichissement injustifié, lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies, mais que l'action du gérant aura procuré un enrichissement au maître, à l'exemple du cas dans lequel le gérant n'aura pas « *sciemment* » géré l'affaire du maître.

## **Chapitre II : Le paiement de l'indu**

Le chapitre II est consacré au paiement de l'indu, dont le régime est régi par les articles 1302 à 1302-3 de l'ordonnance.

L'article 1302 reprend l'actuel article 1235, disposition qui figure parmi les textes consacrés au paiement, mais remplace le terme « répétition » par celui de « restitution », la répétition désignant étymologiquement la demande, tandis que la restitution en est le résultat. L'alinéa 1<sup>er</sup> rappelle simplement que tout paiement suppose une dette, et que ce qui a été reçu sans être dû doit être restitué. L'alinéa 2 mentionne une exception à ce principe : l'obligation naturelle (évoquée au second alinéa de l'article 1100) fait obstacle à la répétition de l'indu.

L'article 1302-1 reprend à droit constant l'actuel article 1376 relatif à l'indu objectif, cas de la personne qui paie une dette inexistante, et à l'un des cas d'indu subjectif, lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont elle est bien la débitrice, mais entre les mains du mauvais créancier.

L'article 1302-2, reprenant à droit constant l'actuel article 1377, règle le second cas d'indu subjectif, c'est-à-dire lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont il n'est pas le débiteur, entre les mains du bon créancier, soit du fait d'une erreur, soit à cause d'une contrainte. Il s'inspire de la jurisprudence pour en préciser le régime : le droit à remboursement cesse si le créancier a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance, afin qu'il ne pâtisse pas d'une erreur dont il n'est pas responsable et qu'il puisse retrouver la situation dans laquelle il se trouvait avant le paiement. Le second alinéa du texte consacre la jurisprudence s'appuyant jusqu'alors sur l'enrichissement injustifié, pour reconnaître à celui qui a payé un droit d'action directe contre celui dont la dette a été acquittée par erreur.

Enfin, l'article 1302-3 renvoie aux règles relatives aux modalités de restitution, placées dans un chapitre dédié du titre IV relatif au régime des obligations. Le second alinéa du texte revient sur la jurisprudence qui déduit de la somme répétée les dommages et intérêts auxquels celui qui a payé est condamné en réparation du préjudice causé à celui qui a reçu le paiement, lorsque le paiement procède d'une faute : la rédaction retenue est plus souple et permet au juge, le cas échéant, de tenir compte de la gravité de la faute pour réduire le montant des restitutions, et non pas seulement de l'importance du préjudice subi.

## **Chapitre III : L'enrichissement injustifié**

Le chapitre III traite en dernier lieu de l'enrichissement sans cause, qui est renommé enrichissement injustifié, par souci de clarté et par cohérence avec l'abandon du concept de cause dans l'ordonnance.

Le code civil actuel ne comporte aucun article consacré à l'enrichissement injustifié, bien qu'il connaisse des applications de ce principe, selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui, à l'exemple de son article 555 relatif aux constructions faites sur le terrain d'autrui.

La consécration de l'enrichissement sans cause comme source autonome d'obligation résulte d'une décision de la Cour de cassation du 15 juin 1892, qui affirme que lorsqu'une personne a procuré à une autre un avantage que ne justifie aucune cause légale ou contractuelle, elle a une action pour se faire restituer au nom du principe supérieur selon lequel « *nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui* ». Le 9° de l'article 8 de la loi d'habilitation donne expressément compétence au Gouvernement pour introduire ce principe dans le code civil.

L'article 1303 rappelle le caractère subsidiaire par rapport aux autres quasi-contrats, de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (action connue sous sa dénomination latine *de in rem verso*), et en décrit l'objet : compenser un transfert de valeurs injustifié entre deux patrimoines, au moyen d'une indemnité que doit verser l'enrichi à l'appauvri. Il consacre la jurisprudence bien établie selon laquelle l'action ne tend à procurer à la personne appauvrie qu'une indemnité égale à la moins élevée des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement : ainsi, l'appauvri ne peut s'enrichir à son tour au détriment d'autrui en obtenant plus que la somme dont il s'était appauvri, et il ne peut réclamer davantage que l'enrichissement car une telle action constituerait en réalité une action en responsabilité qui lui est par hypothèse fermée (conformément à l'article 1303-3 de l'ordonnance).

L'article 1303-1 énonce simplement quand un enrichissement doit être qualifié d'injustifié : lorsqu'il ne résulte ni de l'exécution d'une obligation par l'appauvri, ni d'une intention libérale.

L'article 1303-2 contribue à fixer les contours de l'enrichissement injustifié, en prévoyant les cas dans lesquels l'indemnisation de l'appauvri est exclue ou modérée. Est ainsi exclue l'indemnisation de celui dont l'appauvrissement procède d'un acte effectué en vue de son seul profit personnel, et peut être modérée, voire supprimée, l'indemnisation de celui dont l'appauvrissement résulte d'une faute. Ces règles sont directement issues de la jurisprudence en la matière.

L'article 1303-3 consacre, d'une façon plus générale que le rappel formulé à l'article 1303, le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* affirmé par la jurisprudence. Ainsi cette action ne peut ni servir à contourner les règles d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale dont l'appauvri dispose, ni suppléer une autre action qu'il ne pourrait plus intenter suite à un obstacle de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore en raison de l'autorité de chose jugée.

Enfin, l'article 1303-4 pose les modalités d'évaluation de l'indemnisation de l'appauvri : l'existence de l'appauvrissement est constatée au jour de la dépense, celle de l'enrichissement au jour de la demande, et leur évaluation est en revanche faite au jour le plus proche du versement de l'indemnité, soit au jour du jugement. Cette solution, qui fait de l'indemnité de restitution une dette de valeur, prend le contre-pied d'une jurisprudence critiquée en doctrine. Elle est en outre conforme à celle retenue par le code civil dans les cas d'enrichissement injustifiés qu'il régit spécialement aux articles 549, 555, 566, 570, 571, 572, 574 et 576. Le second alinéa vient apporter une exception aux modalités de détermination de l'indemnité de l'appauvri en cas de mauvaise foi de l'enrichi : la plus forte des deux valeurs sera retenue, à titre de sanction.

III. - **L'article 3** de l'ordonnance introduit dans le code civil un titre consacré au régime général des obligations. En effet, actuellement, le code ne lui consacre aucune partie. Il ne contient que des dispositions disséminées, de surcroît lacunaires, sur cette question d'une importance pratique considérable. L'ordonnance crée donc un titre IV qui traite en cinq chapitres des modalités de l'obligation, des opérations sur obligations, des actions ouvertes au créancier, de l'extinction des obligations, et des restitutions. Selon la même logique que celle retenue dans le titre II consacré aux contrats, le plan retenu permet ainsi de traduire au mieux les différentes phases de la vie des obligations : les aménagements dont elles peuvent faire l'objet depuis leur naissance ; la circulation ou les modifications auxquelles elles peuvent donner lieu ; leur protection qui en assurent l'effectivité au créancier ; l'extinction des obligations et enfin les restitutions qu'entraîne leur anéantissement.

### **Chapitre I<sup>er</sup> : Les modalités de l'obligation**

Ce chapitre est divisé en trois sections dédiées respectivement à l'obligation conditionnelle, l'obligation à terme et l'obligation plurale.

#### Section 1 : L'obligation conditionnelle

De multiples dispositions sont aujourd'hui consacrées à l'obligation conditionnelle dans le code civil, dont nombre apparaissent inutiles. La présente ordonnance s'emploie donc à simplifier les règles du code, en supprimant les dispositions tombées en désuétude et en modernisant la rédaction des textes pour faciliter leur compréhension, sans néanmoins remettre en cause les solutions jurisprudentielles acquises.

L'article 1304 commence ainsi par donner une définition générale de l'obligation conditionnelle, qui s'inspire des textes actuels du code civil et de la doctrine majoritaire, puis définit la condition suspensive et la condition résolutoire. Ainsi, en présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple. En présence d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement et produit tous ses effets, mais son anéantissement est subordonné à l'accomplissement de la condition. La typologie des conditions qui figure aujourd'hui dans le code civil (condition casuelle, potestative, mixte), dénuée de portée pratique, est en revanche abandonnée.

L'article 1304-1 reprend les dispositions actuelles du code civil sur l'exigence de licéité de la condition, à peine de nullité de l'obligation. Il abandonne en revanche, à l'instar de droits étrangers, l'exigence de possibilité, superflue, voire inopportune. En effet, si la condition suspensive porte sur une chose impossible, l'obligation qui en dépend ne peut prendre naissance, faute pour la condition de pouvoir se réaliser, et elle n'est donc pas nulle, et à l'inverse, lorsque la condition résolutoire est impossible, la condition ne s'accomplira pas et les effets du contrat ne seront pas remis en cause, sans qu'une nullité de l'obligation ne se justifie.

Les articles 1304-2 et 1304-3 reprennent les règles du code civil. Le premier traite de la nullité des obligations contractées sous une condition purement potestative de la part du débiteur, qu'il s'agisse d'une condition suspensive ou résolutoire. Le second considère la condition comme réputée accomplie (en cas de condition suspensive) ou défaillie (s'il s'agit d'une condition résolutoire), lorsque son accomplissement a été empêché (condition suspensive) ou provoqué (condition résolutoire) par la partie qui y avait intérêt. L'article 1304-4 consacre quant à lui la règle jurisprudentielle selon laquelle la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée, peut y renoncer tant que celle-ci n'est pas accomplie. Il en résulte *a contrario* qu'une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive, ce qui met fin à la controverse doctrinale et aux incertitudes jurisprudentielles sur ce point. L'ordonnance privilégie ici une conception classique et objective de la condition : le contrat est automatiquement anéanti lorsque défaille la condition suspensive, afin d'éviter la remise en question du contrat bien après cette défaillance. Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant.

L'article 1304-5, précisant les droits et obligations des parties lorsque la condition est pendante, rappelle les droits du créancier prévus par l'actuel article 1180 et complète le code civil en indiquant que le débiteur obligé sous condition suspensive doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation. L'alinéa 2 précise, conformément au droit positif, que l'on peut demander la restitution de ce qui a été payé tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie, ce qui permet de distinguer la condition suspensive du terme (cf. article 1305-2 de l'ordonnance).

L'article 1304-6 clarifie les effets de la réalisation de la condition suspensive : il ne reprend pas le principe de l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive, actuellement prévu dans le code civil et source de complexité, mais prévoit au contraire que l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition, tout en rappelant que cette règle n'a qu'un caractère supplétif. Le caractère rétroactif de la condition suspensive est en effet inutile, puisque cette condition ne produit pas réellement d'effet tant qu'elle est pendante (*pendante conditione*) : le créancier ne dispose que d'un droit conditionnel et le débiteur se comporte en pratique comme le propriétaire, les risques de la chose demeurant à sa charge comme le rappelle l'alinéa 2. Le dernier alinéa dispose explicitement, ce que ne fait pas le code civil dans sa rédaction actuelle, qu'en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

L'article 1304-7 aborde enfin les effets de l'accomplissement de la condition résolutoire, et opte à l'inverse pour sa rétroactivité, ce qui correspond à l'analyse dominante actuelle, en précisant toutefois qu'il n'affecte pas les actes conservatoires et d'administration. En effet, contrairement à la condition suspensive, la condition résolutoire produit tant qu'elle est pendante les effets d'une obligation pure et simple ; la rétroactivité en cas de réalisation de cette condition permettra donc une annulation des actes passés et des restitutions, pour retrouver la situation où se trouvaient les parties avant la conclusion de l'obligation. Le deuxième alinéa réserve la convention contraire des parties et écarte la rétroactivité si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. Cette solution est cohérente avec celle retenue à l'article 1229 relatif aux effets de la résolution du contrat.

## Section 2 : L'obligation à terme

Cette section reprend les solutions du droit positif sur le terme suspensif.

L'article 1305 donne une définition de l'obligation à terme qui reprend celle communément admise par la doctrine. L'article 1305-1 alinéa 1<sup>er</sup> précise que le terme peut être exprès ou tacite. L'alinéa 2 prévoit, à défaut d'accord des parties sur le terme, la possibilité pour le juge de le fixer en tenant compte de la nature de l'obligation et de la situation des parties. Une telle intervention judiciaire, qui permet de maintenir le contrat, est déjà consacrée par la jurisprudence - en dehors même du contrat de prêt pour lequel elle est prévue aux articles 1900 et 1901 du code civil.

Les articles 1305-2 à 1305-4 reprennent en substance les textes actuels du code civil, tels que complétés par la jurisprudence, sur l'absence d'exigibilité avant terme et le sort du paiement effectué avant terme, sur la détermination du bénéficiaire du terme et la renonciation au bénéfice du terme, sur la déchéance du terme en l'absence de constitution des sûretés promises par le débiteur ou en cas de diminution des sûretés qui garantissent l'obligation. L'article 1305-5 consacre enfin la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur l'inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés, même solidaires (ce qui inclut les garants), dans la mesure où la déchéance est par nature une sanction personnelle.

### Section 3 : L'obligation plurale

Cette section traite successivement de la pluralité d'objets et de la pluralité de sujets.

#### Sous-section 1 : La pluralité d'objets

Le code civil ne régit actuellement que les obligations alternatives, par lesquelles le débiteur s'engage à fournir une prestation parmi plusieurs déterminées, à son choix ou au choix du créancier suivant les cas. Or deux autres types d'obligations à objet plural, connues depuis longtemps et dont le régime est désormais bien arrêté, doivent trouver leur place dans un code civil rénové : l'obligation cumulative, qui a pour objet plusieurs prestations également dues, et l'obligation facultative, qui ne comporte qu'une seule prestation due, mais dont le débiteur peut se libérer en fournissant une autre prestation, déterminée d'avance. Par ailleurs, les articles 1192 à 1195 du code civil relatifs à l'obligation alternative sont inutilement longs et complexes et il est donc proposé une simplification de ces textes.

Ainsi, l'article 1306 donne désormais une définition de l'obligation cumulative, qui permet d'en déterminer le régime : l'obligation cumulative est celle en vertu de laquelle le débiteur est cumulativement tenu de plusieurs obligations ; elle ne s'éteint que lorsque le débiteur a fourni toutes les prestations, contrairement à l'obligation alternative.

L'article 1307 définit ensuite l'obligation alternative. L'article 1307-1 reprend la règle du code civil selon laquelle le choix entre les différentes prestations appartient au débiteur, puis règle la situation, sur laquelle le code civil actuel reste silencieux, dans laquelle le titulaire de l'option ne ferait pas connaître son choix, dans le délai fixé ou dans un délai raisonnable, en permettant à l'autre partie, après mise en demeure, d'exercer ce choix ou de résoudre le contrat. Il reprend enfin dans son dernier alinéa la solution jurisprudentielle sur le caractère définitif du choix exercé. Les articles 1307-2 à 1307-4 sont relatifs aux conséquences de l'impossibilité d'exécution d'une prestation. Dans l'hypothèse où la prestation a été choisie, l'impossibilité d'exécuter par force majeure libère le débiteur (article 1307-2). Lorsque le choix de la prestation n'a pas encore été effectué, la solution varie selon que le choix de la prestation appartenait au débiteur (article 1307-3) ou au créancier (article 1307-4). L'article 1307-5 envisage l'hypothèse où toutes les prestations deviennent impossibles.

L'article 1308 introduit enfin dans le code civil l'obligation facultative, dont la définition et le régime soulèvent peu de discussion. Dès lors que l'option pour une autre prestation appartient au seul débiteur, contrairement à l'obligation alternative, il est apparu cohérent que l'impossibilité d'exécuter la prestation principale convenue par suite d'un cas de force majeure libère ce dernier, sans qu'il soit tenu d'effectuer la prestation subsidiaire.

#### Sous-section 2 : La pluralité de sujets

Cette sous-section regroupe les règles gouvernant les obligations comportant au moins deux créanciers ou deux débiteurs.

L'article 1309 affirme en introduction le principe essentiel de division des obligations – dette ou créance - entre les parties initiales, comme entre les héritiers de chaque partie, et ce par parts égales conformément à une règle traditionnelle. Cette règle de division entre les successeurs s'applique d'ailleurs également aux obligations solidaires. Dans un souci de simplification du vocabulaire utilisé, il a été fait le choix de ne pas introduire dans le code l'expression doctrinale d'obligation « conjointe » pour désigner l'obligation à pluralité de sujets, une telle qualification étant dénuée de portée pratique et source de confusion. Ce texte préliminaire annonce par ailleurs les tempéraments qui font l'objet des deux paragraphes qui suivent : la solidarité (§1) et l'obligation indivisible (§2).

#### Paragraphe 1 : L'obligation solidaire

Au sein du paragraphe 1 consacré aux obligations solidaires, l'article 1310 pose uniquement une règle générale, qui existe déjà dans le code civil : la solidarité résulte du contrat ou de la loi, et ne se présume pas, qu'elle soit active ou passive. Le texte ne procède, à dessein et dans un souci de clarté pour les praticiens, à aucune qualification théorique de cette solidarité, laquelle est source d'importants débats doctrinaux.

Les articles 1311 et 1312 sont ensuite consacrés à la solidarité entre créanciers (solidarité active) et s'inspirent des textes actuels du code civil : ils rappellent que chaque créancier solidaire peut exiger mais également recevoir le paiement de toute la dette, lequel libère le débiteur à l'égard de tous ; que le débiteur est libre de payer le créancier de son choix tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux ; et que l'acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

Les articles 1313 à 1319 sont quant à eux consacrés à la solidarité entre débiteurs (solidarité passive). L'article 1313 définit les effets de la solidarité passive, sans modifier le droit positif. L'article 1314 reprend l'actuel article 1207 du code civil sur le point de départ des intérêts. L'article 1315 précise, en adoptant une formulation clarifiée, les règles gouvernant l'opposabilité des exceptions par un codébiteur solidaire, en opérant une distinction entre les exceptions communes à tous les codébiteurs, celles qui sont personnelles au codébiteur poursuivi, qu'il peut opposer, et celles qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, qu'il ne peut opposer au créancier mais dont il peut se prévaloir pour faire réduire le montant total de la dette si elles ont eu pour effet d'éteindre la part divise d'un autre codébiteur. Il a été fait le choix, dans un souci de meilleure lisibilité de notre droit, de donner les principaux exemples d'exceptions concernées, qui ne sont toutefois pas exhaustifs. L'article 1316 reprend la règle existante dans le code civil, relative au maintien de la créance sur les autres codébiteurs solidaires en cas de remise de solidarité consentie par le créancier à l'un seulement des codébiteurs. La libération des autres codébiteurs à hauteur de la part de celui qui a été déchargé, ne vaut néanmoins que si la remise de solidarité s'est accompagnée d'un paiement du débiteur. *A contrario* le créancier conserve dans le cas contraire son action pour le tout contre les autres codébiteurs. L'article 1317 reprend en un seul texte les différentes règles contenues dans le code civil sur la contribution à la dette entre codébiteurs. L'article 1318 maintient la règle actuelle du code civil selon laquelle le débiteur qui a payé n'a pas de recours contre le codébiteur solidaire non intéressé à la dette, ce dernier ayant en revanche un recours pour le tout s'il a payé. Enfin l'article 1319 introduit une disposition nouvelle dans notre droit positif visant à régler la question pratique des conséquences sur les codébiteurs, de l'inexécution de l'obligation imputable à l'un ou plusieurs d'entre eux seulement, en distinguant les relations des codébiteurs envers le créancier, de la charge définitive de cette inexécution entre codébiteurs.

#### Paragraphe 2 : L'obligation à prestation indivisible

Le **paragraphe 2** est composé d'un article unique consacré à l'obligation à prestation indivisible (article 1320), remplaçant les articles 1217 à 1225 du code civil. Ce texte répond à un objectif de simplification : il rappelle que l'indivisibilité peut résulter de la nature de la prestation ou de la convention des parties et qu'elle se caractérise par le droit pour chaque créancier d'exiger et de recevoir le paiement du tout, et de l'obligation pour chacun des débiteurs de payer le tout. Le troisième alinéa rappelle que les mêmes règles valent pour les successeurs des créanciers et débiteurs, afin d'éviter le fractionnement de la dette, ce qui constitue la principale particularité de l'obligation indivisible par rapport à la solidarité.

## Chapitre II : Les opérations sur obligations

Par souci de clarté, ce chapitre regroupe sous son intitulé générique, des opérations qui, bien que diverses, présentent des liens de parenté évidents. Les deux premières sections sont consacrées aux opérations translatives d'obligations que sont la cession de créance et la cession de dette – la cession de contrat figurant dans le chapitre relatif aux effets du contrat, pour les raisons précédemment exposées. Les deux suivantes traitent de deux autres figures classiques du droit des obligations que sont la novation et la délégation.

## Section 1 : La cession de créance

L'ordonnance propose de moderniser le régime de la cession de créance, pour faciliter la transmissibilité des obligations, conformément au vœu des acteurs économiques, et adapter les textes devenus inadaptés à une époque où la circulation des obligations n'est plus un phénomène marginal mais est devenue d'application quotidienne. Actuellement présentée dans les contrats spéciaux (dans le titre consacré à la vente), la cession de créance trouve plus logiquement sa place au sein des textes sur le régime général des obligations, dans la mesure où elle peut porter sur tout type d'obligations.

L'article 1321 définit tout d'abord la cession de créance (alinéa 1<sup>er</sup>) et en fixe le champ d'application : créance présente ou future, déterminée ou déterminable, conformément à la jurisprudence (alinéa 2), puis rappelle le principe de la transmission des accessoires de la créance (alinéa 3). Conformément à la jurisprudence, l'alinéa 4 ne fait pas du consentement du débiteur une condition, mais il introduit une exception, lorsque la créance a été stipulée incessible. L'ordonnance exige un écrit, requis pour sa validité, pour constater la cession, contrairement au droit positif, et à l'instar de ce qui est prévu pour le nantissement de créance (article 1322). En contrepartie de cette nouvelle exigence, il facilite conformément aux attentes l'opération. Unanimement critiquée comme trop coûteuse et inutile, la formalité particulièrement lourde de la signification par huissier ou de l'acceptation du débiteur par acte authentique, aujourd'hui prévue par l'article 1690 du code civil pour l'opposabilité aux tiers, est supprimée. L'article 1323 prévoit désormais un transfert immédiat entre les parties, et une opposabilité immédiate aux tiers, à la date de l'acte, ce qui permet d'aligner le régime de la cession de créance de droit commun sur celui du nantissement de créance, de la cession de créance réalisée dans le cadre d'une fiducie et de la cession de créance professionnelle. Le texte prévoit également une disposition spécifique pour la cession de créance future, qui n'opère quant à elle qu'au jour de la naissance de la créance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. Enfin, pour être opposable au débiteur, la cession doit lui avoir été notifiée ou il doit en avoir pris acte, ces conditions étant très assouplies par rapport à l'actuel article 1690. Le texte précise également qu'une telle notification est inutile dans l'hypothèse où le débiteur aurait consenti à la cession (cet accord n'étant nullement une condition de la cession de créance, comme le rappelle expressément l'article 1321 alinéa 4) (article 1324).

Le régime de la cession de créance est par ailleurs précisé par de nouvelles dispositions qui ne figurent pas dans le code civil et permettent une meilleure lisibilité du mécanisme : sur les exceptions opposables par le débiteur, avec un souci de précision et d'illustration répondant à un objectif de sécurité juridique, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et celles nées des rapports du débiteur avec le cédant avant que la cession lui soit opposable (article 1324 alinéa 2), sur la charge des frais de la cession (article 1324 alinéa 3), sur la règle de conflit en cas de concours entre des cessionnaires successifs d'une créance (article 1325) et sur la garantie du cédant (article 1326).

Il convient de souligner que l'ordonnance ne propose pas la suppression de la procédure de retrait litigieux, qui permet d'éviter la spéculation, en mettant un terme au litige en cours portant sur les droits cédés, par le remboursement au cessionnaire (acquéreur du droit) du prix que celui-ci avait payé au cédant. Ce dispositif figure en effet toujours aux articles 1699 à 1701 du code civil relatifs au contrat de vente, lesquels ne sont pas supprimés et que l'article 1701-1 créé par la présente ordonnance rend *a contrario* applicable aux cessions de créance.

## Section 2 : La cession de dette

La cession de dette, absente du code civil, a été créée par la pratique et permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. Compte tenu de l'importance de cette opération pour les praticiens, d'ailleurs connue dans de nombreuses législations étrangères, et admise en droit interne par la jurisprudence, il est apparu essentiel de l'introduire dans le code civil. Le texte présenté vise également à en aménager précisément le régime, pour éviter les incertitudes jurisprudentielles qui existent aujourd'hui quant à sa portée et ainsi garantir une plus grande sécurité juridique.

Le texte tranche une première difficulté quant au régime de la cession de dette, en faisant apparaître dans sa définition qu'elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé, compte tenu de l'importance évidente de la personne du débiteur pour le créancier (article 1327). Cet accord du créancier peut intervenir au moment de la cession mais également par avance. Le texte précise que le créancier cédé, s'il avait donné son accord à l'avance et n'est pas intervenu à l'acte de cession, ne peut s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée, ou auquel il en a pris acte (article 1327-1). Le texte précise ensuite l'effet libératoire de la cession de dette, qui exige également un consentement du créancier : la libération du débiteur, pour l'avenir, a lieu seulement si le créancier consent expressément à cette libération, à défaut, le débiteur cédant reste engagé, solidairement avec le débiteur cessionnaire (article 1327-2). Est ensuite exposé le régime de l'opposabilité des exceptions, par le débiteur substitué et le débiteur originaire, le cas échéant, au créancier, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles (article 1328). Enfin, est fixé le sort des sûretés, réelles et personnelles, qui garantissaient la créance, selon que le débiteur originaire a été ou non déchargé par le créancier (article 1328-1).

## Section 3 : La novation

Si une partie de la doctrine conteste l'utilité de cette opération, la jurisprudence importante en la matière, parfois incertaine, témoigne de la persistance de son utilisation et invite à la maintenir dans le code civil en y consacrant une section et en simplifiant sa présentation.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1329 propose une définition de la novation, absente du code civil, qui insiste sur ses caractéristiques : l'extinction d'une obligation et la naissance corrélative d'une obligation nouvelle. L'alinéa 2 énumère ensuite les trois modes classiques de la novation : par substitution de l'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur, ou par changement de créancier. L'ordonnance expose ensuite les conditions de la novation : le consentement tout d'abord, puisque la novation ne se présume pas (article 1330). Il n'est pas apparu utile de préciser que la preuve de l'intention de nover est néanmoins libre, ce qui relève du droit commun de la preuve. L'article 1331 rappelle ensuite la condition relative à la validité des obligations, ancienne et nouvelle. Est également reprise la règle du code civil selon laquelle la novation par changement de débiteur ne requiert pas nécessairement l'intervention du débiteur initial (article 1332), ce qui la distingue de la cession de dette. Au contraire, la novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur et les conditions de son opposabilité aux tiers sont précisées, à l'instar de la cession de créance (article 1333). Les deux articles suivants présentent enfin les effets de la novation. L'article 1334 règle le sort des sûretés et autres accessoires de l'obligation éteinte par novation, de façon plus lisible que les dispositions actuelles du code civil, parfois obscures. Enfin sont reprises dans un dernier article les dispositions du code civil sur la libération des codébiteurs solidaires et des cautions, avec une précision par rapport au droit actuel sur la libération des cofidélusés, qui n'opère qu'à concurrence de la part contributive de la caution dont l'obligation a fait l'objet de la novation (article 1335).

#### Section 4 : La délégation

La présente ordonnance propose une présentation clarifiée de la délégation, actuellement évoquée dans le code civil uniquement dans les dispositions relatives à la novation. La délégation n'opérant pas toujours novation, ce mécanisme trouve naturellement sa place parmi les opérations sur obligations. Concept ambivalent, la délégation donne lieu aujourd'hui à des interprétations parfois confuses. Les quatre articles proposés visent donc à définir plus clairement le régime de la délégation.

Le premier article définit la délégation, présentée comme une opération triangulaire - sans que soit exigée l'existence de rapports juridiques préexistants entre délégué et délégant ni entre délégant et délégataire - avant d'en donner l'une des spécificités : l'inopposabilité par le délégué au délégataire des exceptions tirées de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre délégant et délégataire (article 1336). L'ordonnance distingue les deux variétés traditionnelles de délégation : la délégation dite parfaite ou novatoire, qui opère novation par changement de débiteur, le délégataire acceptant – de manière expresse - de décharger le délégant (article 1337) et la délégation dite imparfaite ou simple, qui donne au créancier délégataire un second débiteur, le délégué, sans libérer le délégant (article 1338). Le dernier article consacré à la délégation introduit, afin de mettre fin à des incertitudes doctrinales et jurisprudentielles, des dispositions nouvelles sur le sort de l'obligation du délégué envers le délégant, dans l'hypothèse où ce dernier était le créancier du délégué, ce qui est le cas le plus souvent (article 1339) : la dette du délégué à l'égard du délégant ne peut s'éteindre qu'avec l'exécution de l'obligation nouvelle assumée par le délégué (alinéa 1<sup>er</sup>) ; jusqu'à cette extinction, la créance du délégant sur le délégué n'est ni disponible ni saisissable (alinéas 2 et 3) ; en cas de délégation novatoire, la libération du délégant par le délégataire libère aussi le délégué à l'égard du délégant à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire (alinéa 4).

Un cinquième article précise, pour la distinguer de la novation et de la délégation, ce qu'est la notion voisine d'indication de paiement, déjà définie dans le code civil (article 1340).

### **Chapitre III : Les actions ouvertes au créancier**

Ce chapitre présente les principales prérogatives dont dispose le créancier d'une obligation pour en obtenir l'exécution.

Il rappelle en premier lieu que le créancier a droit à l'exécution de l'obligation (article 1341), principe général que le code civil ne formule pas explicitement actuellement, avant d'évoquer les actions spécifiques ouvertes au créancier. Il précise que le créancier peut contraindre le débiteur défaillant à l'exécution, dans les conditions prévues par la loi, ce qui renvoie aux règles des procédures d'exécution.

L'ordonnance décrit ensuite le régime de l'action oblique (article 1341-1) et de l'action paulienne (article 1341-2). L'action oblique permet au créancier, sous certaines conditions, d'exercer un droit ou une action que le débiteur néglige d'exercer. Conformément au droit positif, le bénéfice de l'action ne profite cependant pas directement au créancier agissant mais intègre le patrimoine du débiteur, sur lequel il viendra en concours avec les autres créanciers du débiteur. S'agissant de l'action paulienne, le texte précise qu'elle a pour effet de rendre l'acte frauduleux inopposable au créancier agissant, sanction traditionnellement admise, et consacre l'exigence jurisprudentielle selon laquelle le tiers cocontractant doit avoir eu connaissance de la fraude, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux.

Le chapitre se clôt par une disposition sur les actions directes en paiement, absentes du code civil, qui vise à énoncer que ces actions existent dans les cas déterminés par la loi (article 1341-3). Un tel texte au sein du code civil, même s'il ne fait que renvoyer aux textes spéciaux, a paru utile compte tenu de l'importance pratique des actions directes en paiement. L'atteinte portée par les actions directes en paiement contre le débiteur de son débiteur, à l'effet relatif des conventions et au principe d'égalité des créanciers, par dérogation au droit commun, justifie qu'elles ne puissent résulter que d'une disposition légale. Ce texte n'est toutefois relatif qu'aux actions directes en paiement et ne concerne pas les actions directes en responsabilité ou en garantie, de sorte que les solutions jurisprudentielles actuelles, notamment sur les chaînes translatives de propriété, ne sont pas affectées par ce texte.

### **Chapitre IV : L'extinction de l'obligation**

Ce chapitre consacré à l'extinction de l'obligation traite du paiement, de la compensation, de l'impossibilité d'exécuter, de la remise de dette et de la confusion.

#### **Section 1 : Le paiement**

Le paiement, pourtant essentiel en pratique, est succinctement traité dans le code civil. Afin de présenter de façon complète les règles applicables en cette matière, sont traitées successivement les dispositions générales applicables au paiement, les règles particulières au paiement des obligations de sommes d'argent, la mise en demeure et enfin la modalité spéciale de paiement que constitue le paiement avec subrogation.

## Sous-section 1 : Dispositions générales

Les onze articles qui composent cette sous-section proposent tout d'abord une définition du paiement, absente aujourd'hui du code civil, et de ses effets (libération du débiteur à l'égard du créancier et extinction de la dette, sauf quand la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier), avant de préciser successivement qui peut payer et à qui le paiement doit être fait pour être valable (articles 1342 à 1342-3), sans modification du droit positif. L'article 1342-3 consacre notamment la jurisprudence relative à la théorie de l'apparence. Il est ensuite rappelé que le créancier peut refuser un paiement partiel ou accepter de recevoir autre chose que ce qui lui est dû (article 1342-4), conformément au droit actuel. Plusieurs articles sont consacrés à la réalisation du paiement, afin de renforcer la lisibilité des règles applicables. Les règles sur l'exécution d'une dette de corps certain (article 1342-5) appliquent l'adage « *res perit domino* » (« la perte d'une chose est pour le propriétaire ») : le débiteur n'est tenu de livrer ou restituer le corps certain que dans l'état où il se trouve lors de la livraison ou de la restitution) ainsi que les règles de la responsabilité civile (le débiteur qui a manqué à son obligation de conservation devant réparer le préjudice causé). Par ailleurs, l'ordonnance rappelle le principe (supplétif) du caractère quérable du paiement (article 1342-6). L'article suivant précise que le débiteur prend en charge les frais du paiement. L'article 1342-8 met fin à une incertitude jurisprudentielle en affirmant clairement le principe de la liberté de la preuve du paiement. L'ordonnance précise ensuite la valeur probante de la remise volontaire au débiteur (ou l'un de ses codébiteurs solidaires), par le créancier, de son titre de créance (article 1342-9). En dernier lieu, l'article 1342-10 indique qu'en cas de pluralité de dettes de même nature exigibles concomitamment, l'imputation est laissée au seul choix du débiteur, puis fixe des directives générales d'imputation des paiements, simplifiées par rapport aux textes actuels, à défaut de manifestation de volonté du débiteur.

## Sous-section 2 : Dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent

Les obligations de sommes d'argent présentent des particularités justifiant de consacrer une partie distincte aux règles propres à leur paiement. Cette sous-section s'ouvre sur la consécration expresse du nominalisme monétaire (principe selon lequel le débiteur doit verser la somme correspondant au montant nominal de sa dette, même si la valeur de la monnaie a varié), érigé en principe par la jurisprudence, sous deux réserves toutefois : tout d'abord, ce principe peut être atténué par le jeu de l'indexation, prévue par certaines lois spéciales ; par ailleurs, la dette de valeur (qui consiste à fournir un avantage économique variable selon les circonstances et qui suppose d'en actualiser le montant au jour de son exécution) fait exception à ce principe (article 1343). Sont ensuite consacrées les solutions traditionnelles sur le paiement de l'obligation avec intérêt : libération du débiteur par le versement du capital et des intérêts, imputation du paiement partiel, exigence d'un écrit pour fixer un intérêt, caractère annuel de l'intérêt (article 1343-1). L'article 1343-2 reprend ensuite, dans un souci de cohérence, la règle existant dans le code civil sur la capitalisation des intérêts. Sont également consacrées les règles jurisprudentielles en vigueur sur la monnaie de paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent (article 1343-3). Par dérogation au principe énoncé à la sous-section précédente, l'article 1343-4 pose la règle de portabilité du paiement des obligations de somme d'argent, qui s'explique par des raisons techniques, liées à la généralisation de la monnaie scripturale (chèque, virement, paiement par carte bancaire). Enfin sont conservées, mais rassemblées en un seul article, les dispositions existantes du code civil sur le report ou l'échelonnement du paiement des dettes par décision judiciaire (article 1343-5).

### Sous-section 3 : La mise en demeure

#### Paragraphe 1 : La mise en demeure du débiteur

Dans un **paragraphe 1**, les dispositions sur la mise en demeure du débiteur, actuellement éparpillées dans le code civil, sont simplifiées et réunies en trois articles. Le premier énumère les formes de la mise en demeure (sommation ou acte dont il ressort une interpellation suffisante), et rappelle aussi que le contrat peut prévoir que la seule exigibilité de l'obligation met le débiteur en demeure de payer (article 1344). L'article suivant élargit à toutes les obligations la portée de l'article 1231-6 relatif au contrat, en précisant l'incidence de la mise en demeure de payer une somme d'argent : elle fait courir des intérêts moratoires (article 1344-1). Cet article ne vise que les intérêts au taux légal, par cohérence avec l'article 1231-6 qui reprend l'actuel article 1153 du code civil. Compte tenu du caractère supplétif du texte, il est en effet apparu inutile de rappeler que les parties peuvent prévoir que la mise en demeure fera courir des intérêts à un taux conventionnellement fixé. Le troisième article précise que la mise en demeure de délivrer une chose met à la charge du débiteur non propriétaire les risques de la chose, par dérogation à la règle selon laquelle le propriétaire supporte les conséquences de la perte de la chose, consacrée à l'article 1196 de l'ordonnance : après une telle mise en demeure, l'acheteur devenu propriétaire n'a plus à payer le prix si la chose a péri par force majeure, à moins que le débiteur ne prouve que la chose aurait également péri si elle lui avait été délivrée (en vertu de l'article 1351-1 de l'ordonnance).

#### Paragraphe 2 : La mise en demeure du créancier

Actuellement, dans le code civil, il n'existe pas de pendant à la mise en demeure du débiteur, pour régler la situation dans laquelle le créancier refuse de recevoir le paiement. Le **paragraphe 2** consacre donc de nouvelles dispositions relatives à la mise en demeure du créancier par le débiteur, ayant pour effet l'arrêt du cours des intérêts et le transfert des risques de la chose à la charge du créancier (article 1345).

Afin de permettre au débiteur de se libérer malgré l'obstruction du créancier, les articles 1345-1 à 1345-3 consacrent un nouveau dispositif moins contraignant que la procédure actuelle des offres réelles, qui est très critiquée : le débiteur peut se libérer en consignat la somme due ou en séquestrant la chose devant être livrée (l'article 1345-1 alinéa 2 réservant l'hypothèse où le séquestre est impossible ou trop onéreux) ; lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur peut se libérer si l'obstruction du créancier n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure.

#### Sous-section 4 : Le paiement avec subrogation

La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translative de créance, est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, ce qui permet de rappeler qu'elle est indissociablement liée à un paiement fait par un tiers, qui libère un débiteur - totalement ou partiellement - envers son créancier, et qu'elle ne constitue pas une opération translative autonome, mais une modalité du paiement.

Déjà connue du code civil, elle fait l'objet de règles rénovées. L'ordonnance étend tout d'abord largement le champ d'application de la subrogation légale : dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le code civil ainsi que dans divers textes spéciaux, le bénéfice de la subrogation légale est ainsi généralisé à toute personne qui, y ayant un intérêt légitime, paie la dette d'autrui, dès lors que ce paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette (article 1346), ce qui répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes. L'exigence d'un intérêt légitime au paiement permet néanmoins d'encadrer la subrogation légale et d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans des relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale. Compte tenu de cette généralisation de la subrogation légale, il aurait pu être envisagé de supprimer la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* (c'est-à-dire de la part du créancier), qui semblait dès lors inutile. Toutefois, les inquiétudes formulées par de nombreux professionnels, qui ont souligné la fréquence du recours à la subrogation conventionnelle dans la pratique des affaires, notamment dans des techniques de financement telles que l'affacturage, justifient de la maintenir, afin de ne pas créer d'insécurité juridique (article 1346-1). L'ordonnance s'inspire du droit positif pour la subrogation par le débiteur (*ex parte debitoris*), au profit du prêteur de deniers avancés pour payer sa dette, et maintient l'exigence d'un acte authentique lorsque la subrogation est consentie sans l'accord du créancier, afin d'éviter tout risque de fraude (article 1346-2). Le régime de la subrogation, s'il s'inspire des solutions classiques prévues dans le code civil ou admises par la jurisprudence, est néanmoins clarifié : sur les droits du créancier, auquel la subrogation ne peut nuire (l'article 1346-3 reprenant l'article 1252), sur la transmission des accessoires de la créance et sur l'intérêt auquel peut prétendre le subrogé (article 1346-4), sur l'opposabilité de la subrogation au débiteur et aux tiers et sur les exceptions que peut opposer le débiteur au créancier subrogé – les règles étant rendues sur ce point identiques à celles de la cession de créance, dans un souci de cohérence et de lisibilité (article 1346-5).

## Section 2 : La compensation

A ce jour, le code civil ne traite que de la compensation légale, ignorant la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle. En outre, les textes sont lacunaires au regard de l'évolution de la pratique. Les règles de la compensation ont donc été refondues. Afin d'adopter la présentation la plus pertinente et la plus lisible, cette section aborde, dans une première sous-section, les règles générales de la compensation puis, dans une seconde sous-section, les règles particulières de compensation.

## Sous-section 1 : Règles générales

Dans un souci pédagogique, l'article 1347 commence par donner une définition générique de la compensation (alinéa 1<sup>er</sup>) et en précise l'effet (alinéa 2) : la compensation éteint les obligations au jour où ses conditions sont réunies, à condition qu'elle ait été invoquée. Actuellement, un débat existe en effet : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semble l'exiger l'article 1290 du code civil qui prévoit qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis que la jurisprudence exige, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée. La rédaction adoptée permet de mettre fin à ces incertitudes. L'ordonnance reprend ensuite les dispositions actuelles du code civil, moyennant une simplification et parfois l'ajout de précisions. Il expose tout d'abord les conditions positives de la compensation, relatives aux qualités requises des obligations : caractère fongible (défini à cette occasion), certain, liquide et exigible (article 1347-1). L'article suivant précise ensuite quelles sont les obligations qui ne sont pas compensables, sauf accord du créancier. Le texte rappelle à droit constant que le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation (article 1347-3), et précise les règles d'imputation des paiements en cas de pluralité de dettes compensables (article 1347-4). L'article 1347-5 reprend les dispositions de l'actuel article 1295 sur l'inopposabilité au cessionnaire de la compensation par le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de créance. L'article 1347-6 rappelle l'opposabilité par la caution au créancier de l'exception de compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal, conformément au caractère accessoire de la caution par rapport à la dette principale ; s'agissant du codébiteur solidaire, s'il ne peut opposer la compensation intervenue au profit d'un de ses coobligés, il peut se prévaloir de la diminution de la dette totale qui en résulte, comme le prévoit l'article 1315. L'article 1347-7 synthétise les actuels articles 1298 et 1299 pour indiquer que la compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par les tiers.

## Sous-section 2 - Règles particulières

Trois hypothèses sont envisagées, dans lesquelles la compensation ne répond pas à toutes les conditions générales requises : le juge a la faculté de prononcer la compensation judiciaire lorsque l'une des obligations n'est pas liquide ou exigible (article 1348), cette faculté étant utilisée en pratique sur le fondement de textes du code de procédure civile mais ignorée du code civil. Si la compensation de dettes connexes n'est pas nécessairement judiciaire, l'article 1348-1 rappelle que le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes, au seul motif que l'une d'elle n'est pas liquide ou exigible, conformément à la jurisprudence. Enfin, l'article 1348-2 consacre dans le code civil la compensation conventionnelle : les parties peuvent librement décider la compensation de leurs dettes, conformément au principe de liberté contractuelle.

## Section 3 : La confusion

Les règles du code civil sur la confusion ont été réécrites dans un objectif de clarification mais les solutions du droit positif sont inchangées. L'ordonnance propose tout d'abord une définition de la confusion, qui s'inspire de la définition actuelle et met en exergue son effet extinctif, réserve faite toutefois expressément des droits acquis par ou contre des tiers (article 1349). L'article 1349-1 règle ensuite la question de l'incidence de la confusion en cas de solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers (alinéa 1<sup>er</sup>) puis en présence d'une caution (alinéa 2).

#### Section 4 : La remise de dette

La remise de dette fait l'objet de longs développements dans le code civil, lequel n'en propose toutefois pas de définition. L'article 1350 définit la remise de dette, en précisant qu'il s'agit d'un contrat, qui suppose donc l'accord des deux parties. Par ailleurs, des règles rénovées régissent la portée de la remise de dette sur les autres coobligés et les cautions : l'article 1350-1 prend le contrepied de l'actuel article 1285, en supposant, de façon plus réaliste, que le créancier n'entend pas faire bénéficier tous les codébiteurs solidaires de la remise de dette consentie à l'un d'eux. Par ailleurs sont reprises, de manière clarifiée, les règles actuelles du code civil sur la libération des cautions (article 1350-2).

#### Section 5 : L'impossibilité d'exécuter

L'impossibilité d'exécution vise l'hypothèse dans laquelle le débiteur, subissant une contrainte qu'il ne peut surmonter, se trouve irrémédiablement empêché d'accomplir sa prestation. Il doit alors, dans certaines conditions, être libéré de sa dette. C'est pourquoi cette question trouve sa place dans ce chapitre, plutôt que dans la partie consacrée à l'inexécution contractuelle. Sont reprises synthétiquement les conditions classiques en droit positif (actuels articles 1302 et 1303 du code civil) auxquelles est subordonnée la libération du débiteur : que l'impossibilité procède d'un cas de force majeure et que le débiteur n'ait pas convenu d'en assumer le risque ni n'ait encore été mis en demeure (article 1351). Toutefois, même s'il est en demeure, le débiteur d'une obligation de délivrance peut se libérer en cas de perte de la chose due, s'il prouve que la perte se serait également produite si l'obligation avait été exécutée (article 1351-1).

### **Chapitre V : Les restitutions**

Le code civil ne consacre actuellement aucune disposition propre aux restitutions après anéantissement du contrat, et ne contient que quelques règles éparpillées sur la mise en œuvre de ce mécanisme, telles que les dispositions relatives à la répétition de l'indu, dont la jurisprudence s'est inspirée pour régler le sort des restitutions en matière contractuelle. Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à s'appliquer à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, la résolution, la caducité ou encore la répétition de l'indu.

L'article 1352 commence ainsi par poser le principe de la restitution en nature - qui ne vaut toutefois que pour la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent - et précise, pour le cas où une telle restitution en nature est impossible et se fait par équivalent monétaire, la date à laquelle la valeur à restituer doit être appréciée. L'article 1352-1 traite de la charge des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de la chose restituée, en distinguant selon la bonne foi et la responsabilité de celui qui restitue. L'article 1352-2 vise quant à lui l'hypothèse dans laquelle la chose restituée a été vendue, pour prévoir, en cas de bonne foi seulement, une restitution limitée au prix de vente, par exception au principe d'évaluation posé à l'article 1352.

Les articles 1352-3 à 1352-5 fixent l'étendue de la restitution, selon l'objet de l'obligation à restituer. L'article 1352-3 détermine l'étendue de la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent, en proposant des solutions nouvelles. Contrairement au droit positif, les fruits doivent être restitués sans que cette restitution dépende de la bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution. Par ailleurs, l'ordonnance renverse la jurisprudence actuelle de la chambre mixte de la Cour de cassation, en accordant la compensation de la jouissance que la chose a procurée, qui apparaît comme un équivalent économique des fruits que la chose aurait pu produire.

L'article 1352-4 reprend en le simplifiant l'actuel article 1312 du code civil sur les restitutions dues par un mineur ou un majeur protégé et prévoit la réduction de ces restitutions à proportion du profit retiré de l'acte annulé.

L'article 1352-5 traite des dépenses nécessaires de conservation et des dépenses d'amélioration, exposées par celui qui doit restituer la chose.

L'article 1352-6 détermine ensuite l'étendue de la restitution d'une somme d'argent, qui inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées.

L'article 1352-7 fixe, de manière commune, à partir de quel moment sont dus les intérêts, les fruits ou la valeur de la jouissance, en distinguant de manière classique selon que celui qui les a reçus est de bonne ou de mauvaise foi.

L'article 1352-8 fixe une règle propre à la restitution d'une prestation de service, pour prévoir qu'elle a lieu en valeur et que son évaluation se fait à la date à laquelle elle a été fournie. Cette disposition prend le contrepied de la jurisprudence qui analyse la prestation de service indue comme un cas d'enrichissement sans cause.

Enfin, l'article 1352-9 porte sur les sûretés, qui sont reportées sur l'obligation de restituer, ce qui généralise la solution consacrée par la jurisprudence en matière de prêt d'argent, tout en préservant les droits de la caution, qui pourra invoquer le bénéfice du terme.

IV. - **L'article 4** de l'ordonnance introduit dans le code civil un titre IV *bis* sur la preuve des obligations, en lieu et place de celui sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui devient un chapitre du sous-titre II du titre III consacré à la responsabilité civile extracontractuelle.

En effet, le 12° de l'article 8 de la loi d'habilitation habilite le Gouvernement à « clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ».

## **TITRE IV *BIS* : DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS**

La création d'un titre dédié au droit de la preuve des obligations permet de le détacher du droit des contrats, dans lequel sont formellement enfermées les dispositions relatives à la preuve dans le code civil actuel, alors que la doctrine et la jurisprudence, appelant de leurs vœux l'élaboration d'un droit général de la preuve, s'accordent pour faire application de ces règles à toute preuve civile, et pas seulement à la preuve des obligations nées d'un contrat.

Ce nouveau titre IV *bis* est composé de trois chapitres consacrés aux dispositions générales en la matière, à l'admissibilité des modes de preuve, et aux différents modes de preuve. Le plan adopté est foncièrement différent de celui suivi par l'actuel chapitre VI du titre III. Le plan de ce nouveau titre reflète exactement les termes de l'habilitation donnée, et propose une présentation claire des grandes questions relatives à la preuve, en s'attachant d'abord à poser des dispositions générales constituant une théorie générale du droit de la preuve, avant de présenter ensuite les conditions d'admissibilité des modes de preuve, et de détailler enfin ces différents modes de preuve.

### **Chapitre I<sup>er</sup> : Dispositions générales**

Le chapitre I<sup>er</sup> intitulé « Dispositions générales » est composé de cinq articles qui posent les principes généraux du droit de la preuve et contribuent ainsi à clarifier la distinction entre les règles relevant du droit substantiel de la preuve, et celles relevant du droit processuel de la preuve, prévu au titre VII du code de procédure civile en ses articles 132 à 322.

L'article 1353 reprend l'article 1315 du code civil qui consacre la règle relative à la charge de la preuve, ayant pour fonction essentielle en pratique de déterminer qui supporte le risque de la preuve : c'est à celui sur lequel pèse la charge de la preuve de succomber lorsqu'il existe un doute sur la réalité de ce qu'il avance.

L'article 1354, relatif aux présomptions légales, qui synthétise les actuels articles 1350 et 1352 en deux alinéas, trouve sa place dans les dispositions générales dans la mesure où ces dernières allègent la charge de la preuve, contrairement aux présomptions judiciaires qui constituent un mode de preuve particulier. Ces présomptions légales ont toutes pour effet de dispenser de preuve, mais non de « toute preuve », car elles peuvent n'avoir comme effet que de déplacer l'objet de la preuve, et non d'en dispenser totalement le demandeur. Ainsi de la présomption de paternité qui ne dispense pas de toute preuve, puisque si elle dispense de la preuve de la paternité, c'est seulement par le déplacement de l'objet de la preuve vers le fait que l'enfant a été conçu pendant le mariage. Le second alinéa définit les différentes présomptions, qui sont établies spécialement par le législateur, selon leur force probante : présomptions simples, mixtes, irréfragables.

L'article 1355 reprend l'actuel article 1351 du code civil qui consacre une présomption légale essentielle : l'autorité de la chose jugée, attribut des jugements bénéficiant d'une présomption irréfragable de vérité.

L'article 1356 consacre, en l'encadrant, la liberté contractuelle en matière de preuve. En effet, le code civil actuel ne prévoit pas de dispositions sur les contrats relatifs à la preuve, hormis l'article 1316-2, alors que la jurisprudence en admet la validité et qu'ils sont très usités en matière bancaire ou de télécommunications. L'ordonnance pose des conditions relatives aux contrats sur la preuve : ils ne peuvent porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition ; ils ne peuvent contredire les présomptions légales irréfragables, ni établir des présomptions irréfragables au bénéfice d'une partie.

L'article 1357 fait enfin le lien avec les textes précités du code de procédure civile portant également sur la preuve.

## **Chapitre II : L'admissibilité des modes de preuve**

Le chapitre II expose ensuite des dispositions générales concernant l'admissibilité des modes de preuve.

L'article 1358 pose le principe de liberté de la preuve, sauf disposition légale contraire. Ce principe n'était pas affirmé de façon aussi limpide dans le code actuel, mais se déduisait de la confrontation des dispositions des articles 1341 et 1348. Le principe est désormais posé, et concerne autant les faits juridiques que les actes juridiques, en dehors des exceptions légales.

L'article 1359 énonce au terme de quatre alinéas les exceptions générales au principe de liberté de la preuve introduit à l'article précédent.

Le premier alinéa s'inspire de l'actuel article 1341 et est conforme au droit positif. Il énonce que doivent nécessairement être prouvés par un écrit (sous signature privée ou authentique) les actes juridiques portant sur une valeur ou une somme excédant un montant fixé par décret, actuellement de 1 500 €. En effet, l'écrit n'étant pas exigé à titre de validité du contrat, en vertu du principe du consensualisme, la sécurité des transactions rend indispensable l'exigence de la preuve par écrit.

Le second alinéa, également inspiré de l'article 1341, prévoit qu'il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit que par un écrit, et ce quelle que soit la valeur ou le montant sur lequel porte l'obligation en cause, et sa source, acte ou fait juridique.

Les troisième et quatrième alinéas reprennent les articles 1343 et 1344 en modifiant leur formulation pour plus de clarté et de rigueur : celui dont le montant ou la valeur de l'obligation excède le seuil fixé par décret ne peut réduire sa demande pour échapper à l'exigence probatoire d'un écrit sous seing privé ou authentique. Cette règle exclut qu'un artifice procédural permette de contredire une règle de fond trouvant sa raison dans la nécessaire sécurisation des transactions.

L'article 1360 s'inspire du premier alinéa de l'actuel article 1348. Il fixe une règle d'exception au principe lui-même d'exception énoncé à l'article précédent, en cas d'impossibilité de se procurer un écrit. Ce texte ajoute en outre l'usage, consacré de longue date par la jurisprudence, aux causes d'impossibilité de se procurer un écrit.

L'article 1361 rassemble quant à lui les exceptions spéciales à l'article 1359, disséminées aux articles 1347 alinéa 1, 1356 et 1363 du code civil actuel. En effet, l'usage des moyens de preuve spécifiques que sont l'aveu, le serment et le commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve, permettent de suppléer l'écrit exigé pour la preuve des actes juridiques concernés.

L'article 1362 reproduit les deux derniers alinéas de l'actuel article 1347 qui définit le commencement de preuve par écrit. Le troisième alinéa s'inspire de l'actuel article 1336, mais allège les conditions dans lesquelles la transcription d'un acte sur les registres publics peut servir de commencement de preuve par écrit.

### **Chapitre III : Les différents modes de preuve**

Le chapitre III traite successivement des différents modes de preuve, dont il établit le régime juridique. Ce chapitre est divisé en cinq sections correspondant respectivement à l'écrit, au témoignage, à la présomption judiciaire, à l'aveu, et au serment.

#### Section 1 : La preuve par écrit

La section 1 relative à l'écrit est subdivisée en six paragraphes consacrés d'abord aux dispositions générales, puis aux dispositions propres à chaque type d'écrit. Par souci de simplicité, l'ordonnance ne retient pas la distinction entre les termes d'acte et d'écrit (correspondant à la distinction classique entre le support écrit de l'acte, dit « *instrumentum* », et l'opération qu'il constate, dit « *negotium* »), et maintient donc les désignations traditionnelles d'acte authentique et acte sous signature privée.

#### Sous-section 1 : Dispositions générales

La **sous-section 1** est consacrée aux dispositions générales qui s'appliquent à tous les écrits détaillés ensuite aux paragraphes suivants.

L'article 1363 consacre tout d'abord dans le code civil un principe essentiel du droit de la preuve, consacré par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même. Conformément à la jurisprudence la plus récente, la portée de ce principe est limitée à la preuve des actes juridiques.

L'article 1364 introduit ensuite le principe selon lequel la preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée. Ce texte répond à un souci de sécurité juridique, en permettant aux parties de se préconstituer une preuve de leur accord, l'écrit valant alors à titre de preuve, mais non pour la validité de l'acte.

Les articles 1365 et 1366 reprennent les définitions de l'écrit et de l'écrit électronique des articles 1316 et 1316-1 du code civil actuel, seule la référence aux modalités de transmission, inutile car étrangères à la substance de l'écrit ainsi défini, étant abandonnée pour le premier. L'article 1366 reprend en outre l'affirmation du principe énoncé à l'article 1316-3 selon lequel l'écrit sur support électronique, tel qu'il le définit, a la même force probante que l'écrit sur support papier.

L'article 1367 s'inspire de l'article 1316-4 dont il se contente d'améliorer la formulation dans son premier alinéa définissant la signature. L'alinéa second, strictement identique à celui de l'article 1316-4, ne nécessite aucune modification quant à la définition de la signature électronique et de ses effets juridiques, conformes à l'article 25 du règlement européen n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (eIDAS). En effet, c'est le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique qui devra être modifié, pour préciser que la signature électronique présumée fiable, prévue par le code civil, est la signature « qualifiée » au sens du règlement.

Enfin, l'article 1368 s'inspire de l'actuel article 1316-2 du code civil, pour proposer une règle de conflits de preuves.

#### Sous-section 2 : L'acte authentique

La **sous-section 2** détaille en trois articles le régime juridique de l'acte authentique.

L'article 1369 reprend la définition donnée par l'actuel article 1317 en améliorant sa formulation et en intégrant la jurisprudence de la Cour de cassation par l'ajout de l'exigence de qualité de l'officier public à établir l'acte. Ce texte intègre, en outre, en son troisième alinéa la dispense de mention manuscrite prévue à l'actuel article 1317-1.

L'article 1370 est la reprise de l'actuel article 1318, qui rappelle qu'en cas de nullité de l'acte authentique, celui-ci conserve une valeur probante, puisqu'il vaut comme écrit sous signature privée s'il a été signé des parties.

L'article 1371 reformule en le clarifiant l'actuel article 1319 : les énonciations relatives à des faits que l'officier public a constatés par lui-même et dont il a pu vérifier l'exactitude, font foi jusqu'à inscription de faux. *A contrario*, celles relatives à des faits qu'il n'a pas constatés par lui-même, et non évoquées par le texte, ne font par conséquent foi que jusqu'à preuve contraire. L'alinéa 2 propose un texte adapté aux évolutions de la procédure d'inscription de faux (qui lorsqu'elle est engagée à titre principal, n'exige plus une saisine préalable du juge pénal) et laisse le juge apprécier l'opportunité de suspendre l'exécution de l'acte authentique.

#### Sous-section 3 : L'acte sous signature privée

La **sous-section 3** est ensuite consacrée à l'acte sous signature privée. Ce sont les actes rédigés par les parties elles-mêmes ou par un tiers dépourvu de la qualité d'officier public, en ce compris l'acte contresigné par avocat.

L'ordonnance adopte une terminologie modernisée, puisqu'il remplace l'expression « sous seing privé » par celle de « sous signature privée » pour qualifier les actes juridiques concernés.

L'article 1372 est une reprise de l'actuel article 1322, au terme duquel l'acte sous signature privée fait pleine foi de la convention qu'il renferme. L'assimilation de la force probante de l'acte sous signature privée à celle de l'acte authentique est abandonnée car inexacte, les parties pouvant dénier leur écriture ou leur signature, ou encore rapporter la preuve de l'inexactitude de ses énonciations par la production d'un autre écrit.

L'article 1373 reprend les articles 1323 et 1324 du code civil actuel qu'il synthétise dans une formulation plus claire, prévoyant qu'il y a vérification d'écriture, dont la procédure est prévue aux articles 287 et suivants du code de procédure civile, lorsqu'une partie désavoue sa signature dans l'acte qui lui est opposé.

L'article 1374 codifie les dispositions des articles 66-3-2 et 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 qui a introduit l'acte contresigné par avocat. Celui-ci est une variété particulière d'acte sous signature privée qui a une force probante accrue. En effet, il fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause, qui ne peuvent donc plus dénier ou ne pas reconnaître les signatures figurant sur l'acte. Elles ne peuvent pas recourir à la procédure de vérification d'écriture, mais doivent recourir à celle de faux, définie aux articles 299 à 302 du code de procédure civile, qui est distincte de la procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques.

L'article 1375 est inspiré de l'actuel article 1325 du code civil sur la preuve du contrat synallagmatique. La rédaction est modifiée pour mieux faire apparaître que ce texte pose une condition de preuve et non une condition de validité de cet acte sous signature privée. L'alinéa 1<sup>er</sup> consacre la jurisprudence de la Cour de cassation dispensant de l'exigence d'une pluralité d'originaux lorsque les parties ont choisi de déposer l'acte entre les mains d'un tiers.

L'article 1376 reprend à droit constant l'article 1326 actuel (relatif aux actes constatant un engagement unilatéral portant sur une somme d'argent ou un bien fongible), dont il modifie légèrement la formulation pour, à l'instar de l'article précédent, lever toute ambiguïté sur le caractère des mentions requises, qui ne sont pas des conditions de validité de l'acte unilatéral mais bien des conditions de preuve. Cette importante disposition est destinée à éviter les abus de blanc seing et à faire prendre conscience au signataire de la mesure de son engagement.

Enfin, l'article 1377 reprend en le modernisant l'article 1328, énonçant les trois événements conférant date certaine à l'acte sous signature privée à l'égard des tiers.

#### Sous-section 4 : Autres écrits

La **sous-section 4** intitulée « Autres écrits » traite des registres des commerçants, des documents domestiques, et des mentions libératoires, qui ne sont pas des actes sous seing privé. Ils permettent de prouver un acte juridique, mais n'ont cependant pas la même valeur que l'acte sous seing privé, puisque la preuve contraire par tous moyens en est admise. L'ordonnance d'ordonnance propose donc de leur consacrer un paragraphe spécifique et d'ajouter un article fixant explicitement cette règle.

Ainsi, l'article 1378 reprend les articles 1329 et 1330 qu'il synthétise et modernise, la référence aux « marchands » étant abandonnée au profit du terme « professionnels », dont les documents et registres font foi à leur rencontre, sans que celui qui s'en prévaut ne puisse en diviser les mentions pour n'en retenir que celles qui lui sont favorables.

Ensuite, l'article 1378-1 est une reprise de l'actuel article 1331, dont la terminologie a seulement été légèrement modifiée pour la mettre en cohérence avec la rédaction modernisée de l'ensemble de l'ordonnance. Il fait application du principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à lui-même consacré à l'article 1363 du texte, et prévoit deux cas dans lesquels un écrit domestique fait foi contre son auteur.

L'article 1378-2 concerne quant à lui la valeur probatoire de la mention d'une cause de libération sur un titre original cette fois-ci, et non sur un écrit domestique. Ce texte s'inspirant de l'actuel article 1332 établit une présomption de libération du débiteur du fait d'une mention en ce sens du créancier sur le titre original ou son double, lorsqu'il est entre les mains du débiteur. Il s'agit d'une présomption simple, la mention du paiement ayant pu être portée par erreur.

#### Sous-section 5 : Les copies

La **sous-section 5**, composée du seul article 1379, définit et dresse le régime probatoire de la copie d'un acte. En effet, le code civil ne dispose pour lors d'aucun régime unifié et cohérent de la copie, puisque celle-ci ne fait foi qu'en cas de subsistance de l'original, dont la production peut toujours être exigée. Pourtant l'alinéa 2 de l'article 1348 issu de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 pose une exception « lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support. ». De surcroît, la jurisprudence interprète largement ce dernier texte.

L'évolution des technologies impliquant une conception plus large de l'écrit qui ne se matérialise plus nécessairement sur papier, et consécutivement une multiplication des techniques de reproduction, le régime juridique de la copie devait impérativement être revu.

C'est pourquoi l'article 1379 définit la copie et en fixe la valeur probante en un texte unique, qui pose un nouveau principe selon lequel la copie fiable a la même force probante que l'original, peu important que celui-ci subsiste ou pas, et peu important l'origine, le cas échéant, de la disparition de l'original. L'archivage électronique, enjeu majeur pour les entreprises et administrations, s'en trouvera grandement facilité. La fiabilité de la copie est laissée à l'appréciation souveraine du juge, mais le texte fixe une présomption irréfragable de fiabilité de la copie exécutoire ou authentique d'un écrit lui-même authentique, et une présomption simple de fiabilité pour les autres copies présentant certaines caractéristiques techniques.

La fiabilité d'une copie s'entend des qualités de fidélité à l'original d'une part, et de durabilité dans le temps d'autre part. Si cette fiabilité est irréfragablement présumée pour la copie exécutoire ou authentique d'un écrit lui-même authentique en raison de l'auteur de cette copie, elle ne l'est que simplement pour les autres copies, qui doivent répondre à des critères bien précis pour d'évidentes raisons de sécurité juridique. C'est pourquoi le deuxième alinéa du texte présume fiable jusqu'à preuve du contraire, la copie simple résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte (critère de fidélité à l'original) et dont l'intégrité est garantie dans le temps (critère de durabilité). Les caractéristiques techniques des procédés utilisés, destinés à garantir la fidélité à l'original et la durabilité de la copie, et entraînant le bénéfice de cette présomption, seront définies par décret en Conseil d'état, aux fins de permettre au texte de survivre aux évolutions technologiques futures.

Ce nouveau texte achève de placer sur le même plan l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique, dont le régime juridique, et par conséquent celui de leurs copies, doit être le même, afin de prendre en compte les évolutions technologiques.

En tout état de cause, si l'original subsiste, sa production pourra toujours être ordonnée par le juge, mais sa subsistance ne conditionne plus la valeur probatoire de la copie.

Enfin, l'ordonnance n'ayant pas retenu la distinction entre les termes d'acte et écrit, ces dispositions relatives à la copie seront bien applicables à la preuve d'un fait juridique.

#### Sous-section 6 : Les actes reconnaîtifs

La **sous-section 6**, composée du seul article 1380, s'inspire de l'actuel article 1337 dont la rédaction a été simplifiée. Etabli pour reconnaître un droit déjà constaté par un acte antérieur (dénommé, par opposition, acte primordial), l'acte reconnaîtif n'est pas une simple copie, puisqu'il porte, comme le titre ancien, la signature des parties. L'acte reconnaîtif ne fait foi qu'autant qu'il reproduit la teneur de l'acte primordial. Si l'acte primordial est produit et qu'une différence apparaît entre les deux titres, c'est toujours l'acte primordial qui prévaut : ce que l'acte reconnaîtif contient de plus ou de différent n'a aucun effet.

#### Section 2 : La preuve par témoins

La **section 2** se compose du seul article 1381 et porte sur la force probante des témoignages, régulièrement recueillis dans les conditions du code de procédure civile, qui est laissée à l'appréciation du juge. Il s'agit de la consécration d'une jurisprudence bien établie. Il ne faut cependant pas déduire du texte que seraient dénués de toute force probante les témoignages recueillis dans des conditions ne respectant pas les prescriptions du code de procédure civile, qui conservent une force probante, mais nécessairement moindre. La preuve par témoin peut compléter un commencement de preuve par écrit, pour suppléer à l'exigence d'une preuve écrite (cf. *supra* l'article 1361).

### Section 3 : La preuve par présomption judiciaire

**La section 3**, consacrée à la preuve par présomption judiciaire, est composée de l'article 1382, qui modernise la formulation de l'actuel article 1353. L'expression « appréciation du juge », qui n'en devra pas moins être éclairée et prudente, remplace « les lumières et la prudence » du magistrat auxquelles était « abandonnée » l'appréciation de la présomption non établie par la loi. Le texte encadre la possibilité de prouver par présomptions judiciaires : le juge ne peut les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et seulement lorsque la preuve peut être rapportée par tout moyen.

### Section 4 : L'aveu

**La section 4** est relative à un type particulier de témoignage, qui est l'aveu.

L'article 1383 propose dans son premier alinéa une définition de l'aveu, aujourd'hui absente du code civil. La définition retenue par l'ordonnance est une définition doctrinale consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Ensuite, le texte annonce la nature des différents aveux, judiciaire ou extrajudiciaire, objets des articles suivants.

L'article 1383-1 élabore le régime juridique de l'aveu extrajudiciaire en s'inspirant de l'actuel article 1355 du code civil et en y ajoutant un second alinéa consacrant la jurisprudence en la matière, qui laisse sa valeur probatoire à l'approbation du juge.

L'article 1383-2 porte quant à lui sur l'aveu judiciaire. Il reprend l'actuel article 1356 dont il allège et simplifie la formulation.

### Section 5 : Le serment

**La section 5** est consacrée au serment, bien que celui-ci demeure rarement usité. L'ordonnance retient le même plan que celui du code civil actuel.

L'article 1384 commence par distinguer le serment décisoire, déféré par une partie à l'autre, du serment déféré d'office par le juge à l'une des parties. Il sert également d'annonce aux deux paragraphes composant la section, respectivement consacrés au serment décisoire, et au serment déféré d'office. Il s'agit d'une reprise de l'article 1357 actuel, dont la formulation a été simplifiée.

#### Sous-section 1 : Le serment décisoire

**La sous-section 1** est consacrée au serment décisoire qu'une partie peut déférer à l'autre : il s'agit pour une partie de s'en remettre à la parole de l'autre et à sa probité, pour déterminer l'issue du litige.

L'article 1385 est une reprise de l'actuel article 1358, disposant que le serment peut être déféré sur quelque contestation que ce soit. L'ordonnance ajoute qu'il peut être déféré en tout état de cause.

L'article 1385-1 réunit les actuels articles 1359 et 1362 du code civil, délimitant le domaine factuel du serment, qui ne peut porter que sur un fait personnel de la partie à qui il est déféré ou par qui il est référé.

L'article 1385-2 est une réécriture simplifiée de l'actuel article 1361, sur l'effet du refus du serment par une partie, qui succombe alors dans sa prétention.

L'article 1385-3 réunit les actuels articles 1363 et 1364 du code civil. Il est relatif à la force probante du serment, qui est absolue : la fausseté du serment ne peut être rapportée.

L'article 1385-4 est une reprise de l'article 1365, à l'exception de la suppression de l'adverbe « *néanmoins* » qui créait une opposition entre les alinéas 1 et 2 qui sont en réalité indépendants. Il régit les effets du serment en cas de pluralité de débiteurs.

#### Sous-section 2 : Le serment déféré d'office

La **sous-section 2** est consacrée au serment décisoire que le juge peut déférer d'office à une partie.

L'article 1386 combine les articles 1366 et 1368 en abandonnant certaines précisions inutiles. Le texte précise désormais que la valeur probante du serment supplétoire est laissée à la libre appréciation du juge.

L'article 1386-1 est une réécriture simplifiée de l'article 1367, énonçant les cas dans lesquels le juge peut déférer le serment.

## TITRE II : DISPOSITIONS DE COORDINATION

V. - L'**article 5** énumère dans ses 1° à 4°, 7° et 10° les textes du code civil opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

Le 5° de l'article 5 crée un nouvel article 931-1 pour reprendre les dispositions des actuels articles 1339 et 1340 du code civil sur la confirmation des donations qui trouvent plus logiquement leur place dans le titre II relatif aux libéralités.

Le 6° procède à une modification de fond du chapitre VIII du titre VI du livre III, afin de sortir de son champ d'application le transfert des créances désormais régi par les dispositions spécifiques dédiées à la cession de créance, aux articles 1321 à 1326 de l'ordonnance. Ainsi, la référence à la créance disparaît de l'intitulé du chapitre VIII du titre VI du livre III et des articles 1689 et 1693. Les articles 1692, 1694 et 1695 sont quant à eux abrogés. Enfin, un nouvel article 1701-1 est inséré, disposant explicitement que « Les articles 1689 et 1698 ne s'appliquent pas aux cessions régies par les articles 1321 à 1326 du présent code. »

Le 8° supprime ensuite l'article 1964 relatif à la définition du contrat aléatoire, compte-tenu de la nouvelle définition donnée par le second alinéa de l'article 1108.

Le 9° déplace la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances introduite à l'article 1244-4 du code civil par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dans le code des procédures civiles d'exécution, où elle trouve plus naturellement sa place.

VI. - L' **article 6** comprend des dispositions assurant la coordination des textes extérieurs au code civil, opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

### **TITRE III : DISPOSITIONS RELATIVES A L'OUTRE-MER**

VII. - Les **articles 7 et 8** étendent expressément l'application de la présente ordonnance à Wallis-et-Futuna et prévoient les dispositions relatives aux autres collectivités d'outre-mer.

### **TITRE IV : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES**

VIII. – L'**article 9** énonce les dispositions transitoires et finales, afin d'assurer la bonne application dans le temps de la présente ordonnance.

Le premier alinéa fixe la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance au 1<sup>er</sup> octobre 2016, et l'alinéa suivant rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, afin de ne pas susciter d'interrogation sur ce point : les contrats conclus antérieurement à cette date demeureront soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Toutefois, l'alinéa 3 prévoit quelques exceptions à ce principe. Ainsi, les actions interrogatoires créées par les articles 1123 alinéas 3 et 4, 1158 et 1183, s'appliqueront aux contrats en cours dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance: il s'agit en effet de dispositifs d'ordre procédural destinés à permettre à une partie de mettre fin à une situation d'incertitude, qui ne portent nullement atteinte aux contrats en cours et dont l'emploi est à la discrétion des intéressés.

Enfin, toujours dans un souci de sécurité juridique, le dernier alinéa fixe une règle relative à l'application du droit nouveau sur les litiges en cours au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.