

Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Les grandes lignes du projet d'ordonnance.

Le dénouement heureux. Un des « trois piliers »^[1] du Code Napoléon que sont la « famille, les contrats et la propriété » est en voie d'être réformé. Entre codification à droit constant consacrant l'acquis jurisprudentiel et œuvre créatrice, le projet d'ordonnance^[2] portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations pourrait constituer l'épilogue d'un long et tumultueux feuilleton^[3].

Sur habilitation législative controversée^[4], un projet d'ordonnance a été rédigé dont le but est de réformer « la structure et le contenu du livre III du Code civil, 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 disposant d'un délai d'un an pour que l'ordonnance soit publiée, celle-ci pourrait être effective au premier semestre 2016, le 17 février 2016 au plus tard et ratifiée dans les six mois. La réforme du droit de contrats par voie d'ordonnance est donc bien engagée.

La réforme, entre vœu pieux et riches contributions. L'effervescence des réactions, vives sinon passionnées, suscitées par la réforme est sans nul doute à la hauteur de l'immensité de l'ouvrage. Consciente que « le Code civil est un véritable monument, un code extrêmement précieux dans lequel est défini l'essentiel de nos règles de vie », la Garde des Sceaux a présenté les grandes lignes de son projet de refonte du code de 1804 en souhaitant réformer avec « méthode, concertation et rigueur »^[5]. Ce projet d'ordonnance a naturellement engagé les universitaires, impliqué de nombreux praticiens^[6] mais aussi concerné les citoyens puisqu'il a fait l'objet d'une consultation publique qui s'est clôturée le 30 avril dernier. Du reste, ce projet compte près de 322 articles qui s'inspirent des travaux bien connus au rangs desquels on citera ceux du Professeur CATALA de 2005, celui de l'Académie des sciences morales et politiques sous la direction du Professeur TERRE mais encore les travaux de la Chancellerie de 2008 ou, plus récemment en 2013.

Le choix du recours à l'ordonnance. Avant de concerner la matière elle-même, la réforme du droit des contrats a d'abord suscité de nombreuses observations relatives à la manière de procéder. Le Parlement était partagé. Si les députés souhaitaient permettre au Gouvernement de réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance, les sénateurs se révélaient peu enclins à déléguer leur pouvoir. En définitive, l'Assemblée nationale l'a emporté, le Conseil constitutionnel saisi de la question ayant habilité le Gouvernement^[7]. Il est vrai que la question cruciale de la refonte d'un droit bicentenaire est d'une importance telle qu'elle nécessite de longs débats devant l'Assemblée nationale. Mais ne peut-on pas convenir qu'après dix longues années de réflexion, de riches débats doctrinaux, de consultations de praticiens, la réforme du droit des contrats constitue davantage le fruit d'une œuvre d'experts que le résultat de la délibération de nos élus ? Le sujet, éminemment technique, peut autoriser le recours à l'ordonnance comme ce fut déjà le cas de la réforme de la filiation^[8], des suretés^[9] ou plus récemment encore des procédures collectives^[10]. Au surplus, le recours à

l'ordonnance a incontestablement précipité l'avancement du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Les enjeux de la réforme. Le projet d'ordonnance remédiera-t-il à l'obsolescence d'un droit bicentenaire ? Les raisons qui expliquent autant que justifient la nécessité d'une réforme sont légion, aussi bien intrinsèques qu'extrinsèques. S'agissant d'abord des causes inhérentes au droit des contrats, il convient de constater que depuis deux siècles, les progrès jurisprudentiels sont remarquables et méritent d'être inscrits dans la loi de manière cohérente afin de répondre à l'exigence d'accessibilité du droit qui a guidé le législateur de 1804. A cette fin, on remarquera un style rédactionnel simplifié. Dans le projet d'ordonnance, le droit contemporain du contrat rime avec équilibre de la relation si bien qu'il ne gravitera plus seulement autour de la liberté contractuelle pour se préoccuper aussi de la partie faible. Ensuite, il semble que face à la concurrence des systèmes allemands ou anglo-saxons il faille rendre le droit national plus attractif aux yeux des praticiens étrangers. Pour ce faire, la réforme tend à davantage de sécurité afin d'encourager les opérateurs à élire la loi française comme loi gouvernant leur accord de volonté. La réforme se justifierait alors encore par un impératif d'attractivité. Cependant, de manière tout à fait paradoxale, certaines modifications entreprises pourraient curieusement produire un effet répulsif. Pour toutes ces raisons, un rapide tour d'horizon du projet d'ordonnance permettra de mesurer l'ampleur des enjeux de la réforme projetée. Si le texte intéresse principalement le droit des contrats (I), il concerne également les quasi-contrats, le régime général des obligations et les règles de preuve des obligations (II).

I. Le droit des contrats

Les dispositions préliminaires. Dès l'abord, précisons que la bonne foi, érigée en principe directeur du contrat au sein d'un chapitre intitulé « dispositions préliminaires », jalonne toutes les étapes de la vie du contrat, qu'il s'agisse de sa formation ou de son exécution. A cet égard, l'article 1103 du projet d'ordonnance, sans toutefois s'en référer à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, précise que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ». Le projet ne rentre pas dans le détail du solidarisme ni du devoir de collaboration préférant, et c'est heureux, formuler une notion plus vaste en mesure d'englober des exigences comportementales les plus variées. En outre, le projet d'ordonnance ne fait pas œuvre créatrice, mais on en soulignera cependant la grande pédagogie, en définissant la notion de contrat ainsi que les grandes catégories de contrats^[11]. Par suite, les développements suivants peuvent paraître digressifs mais ils demeurent nécessaires pour mieux appréhender le contenu du projet d'ordonnance. Le texte auquel nous accorderons les prochains développements, intéresse exclusivement le droit commun du contrat. Il introduit de grands principes et consacre de nombreuses solutions jurisprudentielles. Cette subdivision apparaît opportune pour qui souhaiterait exposer les grandes lignes de ce projet. Toutefois, il semble plus juste, sinon naturel, d'en dessiner les contours de manière chronologique, à l'aune de la vie du contrat, de sa formation (A) à ses effets (B).

A. La formation du contrat

D'emblée, il est permis de rappeler que la réforme consacre de grands principes comme la liberté contractuelle (article 1102 du projet d'ordonnance) ayant, du reste, déjà valeur constitutionnelle ou encore le consensualisme (article 1171 du projet d'ordonnance). Par ailleurs, les modes de formation du contrat (1), qu'il s'agisse d'une formation simple, résultant de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, ou découlant d'un processus plus complexe dans lequel le consentement est progressif, sont définis. Cela constitue une avancée notable dans la mesure où le Code civil n'avait pas envisagé la question. Cela étant, le contrat doit encore satisfaire à des conditions de validité (2).

1. Les modes de formation du contrat

La formation simple. D'abord, les notions d'offre et d'acceptation, éléments de l'accord des volontés, sont précisées et l'on observera, sommairement, la mention du « délai raisonnable » s'agissant du maintien de l'offre (article 1118 du projet d'ordonnance), la requalification de l'acceptation en contreproposition en l'absence d'adhésion intégrale au contenu de l'offre (article 1119 du projet d'ordonnance), l'insertion de dispositions relatives aux conditions générales de vente (article 1120 du projet d'ordonnance) ou encore, l'énonciation de l'absence de rencontre des volontés en cas de silence gardé (article 1121 du projet d'ordonnance). Au delà de cet inventaire, les dispositions issues de la LCEN^[12] relatives au contrat conclu par voie électronique ont également été codifiées par l'article 1126 du projet d'ordonnance autorisant ainsi la forme électronique pour la conclusion de tout contrat.

La formation progressive. Ensuite, s'agissant du schéma plus complexe de formation du contrat élaboré par la pratique, il convient de saluer l'encadrement de la période pré-contractuelle par la codification des pourparlers contractuels (articles 1111 et 1112 du projet d'ordonnance). Sur le fond, de manière tout à fait évidente, il est affirmé que la période des négociations est gouvernée par un principe de liberté sous réserve d'abus dans la rupture, lequel sera sanctionné par la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile délictuelle. En outre, la victime de la rupture abusive ne pouvant jamais prétendre à dommages et intérêts en compensation des « gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »^[13]. De ce point de vue, on ne peut que constater la clarté des textes qui mentionnent l'exigence de bonne foi et cristallise des solutions jurisprudentielles bien connues. Enfin, la force obligatoire des contrats préparatoires^[14], définis^[15] par le projet, est clairement affirmée ce dont on peut se réjouir. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1124 du projet d'ordonnance précise que la révocation de la promesse unilatérale pendant le délai d'option n'empêche plus la formation du contrat. Ici, le projet renforce d'abord l'efficacité de la promesse qui ne donnait lieu qu'à dommages et intérêts^[16] en cas de révocation et, partant, aligne le régime de la promesse unilatérale sur celui de la promesse de priorité. A ce propos, le projet d'ordonnance consacre la solution de la Cour de cassation du 26 mai 2006^[17] puisque l'article 1125 précise que « lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de la substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation

du préjudice subi ». La formulation est limpide et la preuve de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, particulièrement délicate à rapporter en pratique, disparaît renforçant par là même l'efficacité du pacte de préférence.

2. Les conditions de validité du contrat

Les trois nouvelles conditions. Pour être valable, conformément à l'article 1108 du Code civil, le contrat doit satisfaire aux quatre conditions de validité que sont le consentement, la capacité, la cause et l'objet. Or, le projet d'ordonnance réduit le nombre de ces conditions à trois puisqu'on peut lire à l'article 1127 que sont nécessaires à la validité du contrat : le consentement, la capacité et un contenu licite et certain. En outre, plus loin dans le texte, l'article 1178 du projet d'ordonnance prévoit que lorsqu'une des conditions de validité fait défaut, le contrat encourt la nullité. Du reste, celle-ci est définie par l'article suivant qui distingue la nullité relative et absolue. Le projet intègre encore les dispositions de la loi du 17 juin 2008 relative à la prescription^[18] qui, faut-il le rappeler, enferme le délai d'action de cinq ans dans un délai butoir de vingt ans. Il s'agira ici d'évoquer la question du consentement (1), de la capacité (2) et celle du contenu licite et certain (3).

1. Le consentement

La double protection du consentement. L'exposé, au demeurant très bref, sur la question de la protection du consentement, se bornera à envisager la protection *a priori* et *a posteriori*. En premier lieu, le texte consacre un devoir d'information en amont de la conclusion du contrat. Ce qui surprend et dans le même temps rassure, c'est la généralité de ce devoir prévu par l'article 1129 du projet d'ordonnance. De surcroît, le texte va plus loin en étendant ce devoir aux éléments déterminants du consentement, ceux sans lesquels une partie n'aurait pas contracté. En second lieu, si l'on observe les règles gouvernant la protection du consentement une fois que le contrat a été conclu, l'on peut constater la codification de la réticence dolosive et de la violence économique. Il convient, sans toutefois être exhaustif, d'examiner ces deux vices tels que le projet d'ordonnance les conçoit. S'agissant du dol par réticence, qu'il faut naturellement rapprocher du devoir d'information, il est défini par l'article 1136 du projet d'ordonnance comme étant la « dissimulation intentionnelle d'une information ». Il est permis de penser, qu'en pratique, de nombreuses difficultés ne manqueront pas de se poser quant à la preuve de cette dissimulation intentionnelle. En effet, si le caractère intentionnel est déjà exigé, il semble que les incertitudes risquent de porter sur le terme de « dissimulation ». Enfin, sur le dernier aspect, celui de la violence, les anciens projets de réforme^[19] proposaient déjà de faire figurer la violence économique au sein des vices du consentement. C'est désormais chose faite, étant précisé que, dans le même temps, le texte comble une carence en énonçant expressément que ce vice encourt une nullité relative.

2. La capacité

Sur cet aspect, il convient simplement de mentionner que le projet d'ordonnance désigne les mineurs et les majeurs protégés comme personnes incapables (article 1145 du projet d'ordonnance). Ces personnes incapables peuvent toutefois accomplir seules les actes de la vie courante, rescindables pour lésion le cas échéant (article 1146 du projet d'ordonnance).

3. Le contenu licite et certain

L'objet des obligations de somme d'argent. Pour être valable, le contrat devra désormais avoir un « contenu licite et certain » (article 1127 du projet d'ordonnance). Le contenu du contrat embrasse les notions classiques d'objet et de cause sans pour autant refléter cette distinction ce qui invite à un certain nombre de remarques. En effet, employer le terme « contenu » (article 1161 du projet d'ordonnance) est une approximation conduisant à masquer la différence entre l'objet qui forme la matière de l'engagement et la cause qui reste la raison d'être de l'accord des volontés. L'objet vise tout à la fois l'objet du contrat et de l'obligation. S'agissant de l'objet de l'obligation, il doit exister, être licite et être déterminé. Plus prosaïquement, les difficultés pratiques naissent relativement à l'exigence de détermination de l'objet des obligations de somme d'argent. Pour s'en tenir uniquement à ces dernières, la solution rendue dans les quatre arrêts de la Cour de cassation du 1er décembre 1995^[20] est tenue pour acquise par le projet. Le prix, juste contrepartie et essence même de la vente, peut être unilatéralement fixé laissant toutefois la possibilité au juge de le requalifier en cas d'abus (article 1163 du projet d'ordonnance).

La clause abusive. Au sein de la section relative au contenu, un autre aspect suscite encore quelques courtes observations. Il est fait allusion à la clause abusive. Poursuivant, est-ce utile de s'en souvenir, un objectif de sécurité juridique, le projet d'ordonnance prévoit qu'une « clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » (article 1169 du projet d'ordonnance). Sur ce point, plusieurs remarques peuvent être formulées. D'abord, force est d'admettre la généralisation au droit commun du contrat de dispositions relevant du droit spécial. Ensuite, si l'on s'en tient aux motifs qui conduisent à une telle réforme, on peut s'interroger sur le point de savoir si une clause, dès lors qu'elle a été librement négociée par les parties, peut être remise entre les mains du juge. Il semble que ce soient davantage des considérations de justice contractuelle qui aient dictés cette mesure car l'on s'éloigne alors considérablement de la force obligatoire des conventions et du respect de la parole donnée. Or, si elle demeure fort louable, l'exigence d'équilibre ne doit pas provoquer l'effet inverse. A cet égard, a pu être dénoncée la recherche d'un équilibre « placé sous la houlette d'un juge du fond girouette »^[21] de nature à décourager les opérateurs internationaux méfiants face au risque d'imprévisibilité de l'issue du litige. Enfin, l'insertion de cette disposition laisse entier le problème de la détermination des critères retenus pour caractériser le « déséquilibre significatif ». En somme, cette « notion à contenu variable » paraît difficilement conciliable avec l'exigence de sécurité juridique, à tout le moins de prévisibilité du droit. Du reste, pour pallier cet écueil, l'appréciation du « déséquilibre

significatif » pourrait prendre appui sur l'économie du contrat telle que l'a découvert la Cour de cassation^[22], mais ce serait alors appliquer la notion de cause subjectivée. Or, celle-ci a disparu du projet d'ordonnance.

La cause. A cet égard, pour ce qui intéresse maintenant la cause, le projet d'ordonnance, guidé par un objectif d'attractivité et de simplification de notre droit, supprime la notion. Originalité du droit français des contrats, la cause participe, par sa dualité, tout à la fois à protéger la société contre un contenu contractuel illicite mais encore à préserver le contractant d'un engagement déraisonnable. Toutefois, l'abandon de cette notion est regrettable à plusieurs égards. Par son irréductible spécificité, cette notion centrale du droit commun des contrats permet d'éclairer certains aspects de droit spécial^[23]. Par ailleurs, cette notion présente l'avantage considérable d'observer l'obligation sous l'angle du créancier. C'est tout l'apport, à titre d'exemple, de la jurisprudence Chronopost^[24], qui permet de remettre en question un engagement dès lors qu'il ne présente plus d'intérêt pour son créancier. En outre, il est vrai que la cause demeure méconnue de nombreux systèmes juridiques. Pourtant, force est de constater qu'elle a été adoptée par certains d'entre eux comme l'Amérique du sud. Alors pourquoi renoncer à une notion si singulière ? Abandonner le recours à la cause ne laisse-t-il pas présager un danger plus périlleux encore ? A tenir pour vrais certains propos^[25], la disparition de la cause permettrait à la France de s'inscrire en Europe en adoptant la dénomination commune de « contenu ». Or, cela reviendrait à renoncer à l'identité du droit français des contrats ce qui constituerait « une véritable régression pour la cohérence et le rayonnement du droit français »^[26]. Mais en définitive, la disparition de la cause est-elle avérée ? Il est permis d'en douter. Formellement, si l'on s'en tient à la lecture de l'article 1161 du projet d'ordonnance, l'affirmative s'impose indubitablement. Le texte prévoit en effet que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public, ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Sur le fond, et de manière confuse, cet article permettrait de contrôler la licéité de l'opération projetée si bien que les fonctions pratiques de la cause pourraient être conservées. Ce constat peut être encore renouvelé à propos de l'article 1168 du projet d'ordonnance selon lequel « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » qui figure au sein de la section relative au contenu... De ce point de vue, on admettra que l'objectif de clarté du projet d'ordonnance semble alors quelque peu entamé, à tout le moins s'agissant de la formation du contrat. Valablement formé, il produit pleinement ses effets ce qui commande d'examiner les apports de la réforme relativement à cette autre étape de la vie du contrat.

B. Les effets du contrat

Avant toute chose, il faut approuver la clarté de la présentation et la grande vertu pédagogique des sections relatives aux effets du contrat. A titre d'illustration, est insérée une section relative à la durée du contrat (article 1211 et suivants du projet d'ordonnance). Il s'agit de constater la consécration de la prohibition des engagements perpétuels et, corrélativement la possibilité pour une partie de mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée dès lors qu'elle observe un délai raisonnable. Le projet d'ordonnance porte encore réforme de l'exécution du contrat (1) ainsi que des règles qui gouvernent l'inexécution du contrat (2).

1. L'exécution du contrat

Le pouvoir des juges du fond dans l'interprétation du contrat. Dès l'abord, un constat formel s'impose s'agissant de l'interprétation. En effet, un chapitre III est consacré à l'interprétation et précède, dans le corps du texte, les effets du contrat. Six articles dans le projet d'ordonnance permettent de vérifier que l'esprit du contrat, c'est-à-dire la commune intention des parties, domine la lettre de l'accord. A défaut, le contrat s'interprète selon « le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation » (article 1188 du projet d'ordonnance). Si la formulation est limpide, il est permis d'émettre quelques doutes quant à l'appréciation *in abstracto* qui est faite du contenu d'un accord de volonté très largement singulier. Ne faut-il pas craindre, en creux, que le juge interprète ce standard à l'aune de ce qu'il est raisonnable pour lui d'admettre ? Que l'on se rassure puisque l'article 1190 du projet précise que le doute profite au débiteur... Enfin, pour poursuivre sur l'interprétation du contrat, il faut tout de même saluer le réalisme du projet lorsque, en cas de double sens, il fait prévaloir l'interprétation du contrat qui sera à même de faire produire des effets à la clause obscure. En tout état de cause, en dépit de ces réserves, l'insertion d'un très opportun article relativement à l'exigence de cohérence « de l'acte tout entier » dans l'interprétation (article 1191 du projet d'ordonnance) reste à saluer.

Le principe de force obligatoire du contrat entre les parties. S'agissant des effets du contrat entre les parties, le projet distingue l'effet obligatoire de l'effet translatif. En premier lieu, est affirmée l'irrévocabilité du contrat en des termes tout à fait usuels : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (article 1194 du projet d'ordonnance). On notera simplement que le mot « conventions » a été remplacé par « contrats ». Dans la droite lignée des projet antérieurs et en rupture avec le Code civil de 1804, est consacrée la théorie de l'imprévision, jusqu'alors seulement admise en droit administratif^[27] ou parfois encore tolérée en droit privé. On pense par exemple aux clauses de sauvegarde, de *hardship* ou encore au droit d'auteur. Le contrat n'est plus intangible. C'est ainsi qu'en cas de changement de circonstances, imprévisibles lors de la conclusion de l'accord, qui rendraient l'exécution plus onéreuse, une partie peut en demander la renégociation, étant entendu qu'elle sera tenue de poursuivre l'exécution devenue plus difficile pendant la durée de la renégociation. En second lieu, l'article 1197 du projet d'ordonnance précise que « le transfert de propriété s'opère dès la conclusion du contrat ». Le projet semble ainsi admettre que l'obligation de donner^[28] n'existe pas en tant que telle. A ce titre, le transfert de propriété étant immédiat^[29], *solo consensu*, il ne suppose donc pas l'exécution d'une obligation et se présente ainsi comme un simple effet du contrat. Du reste, il est permis d'ajouter que, de manière tout à fait traditionnelle, les risques procèdent de la propriété. C'est ainsi que, corrélativement, l'effet translatif emporte transfert des risques.

L'effet relatif du contrat à l'égard des tiers. Le projet d'ordonnance reprend la relativité des conventions de l'article 1165 du Code civil. Sur la forme, le texte ne permet pas de conclure à un véritable bouleversement si ce n'est l'affirmation nette de l'opposabilité du contrat aux tiers que l'on peut lire au travers de l'expression « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat » (article 1201 du projet d'ordonnance). Sur le fond,

comme il a été précédemment énoncé, le projet a souhaité entériner de nombreuses solutions jurisprudentielles et, à cet égard, on ne peut que s'étonner ne pas voir figurer deux solutions retentissantes rendues par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. D'abord, il semble étonnant que le projet ne se soit pas saisi de la question des chaînes de contrats, à tout le moins pour consacrer la jurisprudence Besse^[30]. Plus surprenant encore est le silence absolu gardé par le texte soumis à commentaire au sujet de l'arrêt du 6 octobre 2006^[31]. De manière très brève rappelons que la solution rendue permet au tiers à un contrat d'invoquer, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, un manquement contractuel qui lui aurait causé un préjudice. Cette solution est avantageuse pour le tiers qui voyait l'intégralité de son préjudice réparé sur le fondement de la responsabilité délictuelle quand le contractant, ayant pris le risque de se lier, ne pouvait obtenir réparation de son seul préjudice prévisible. On le sait, le projet d'ordonnance aspire à rééquilibrer les relations entre les parties au contrat. De ce point de vue, il ne semble pas que ce soit cette inégalité de traitement qui ait justifié la grande discrétion du projet d'ordonnance sur ce point. En effet, il faut croire que par ce silence timide le texte souhaite rompre avec la confusion que cette solution a pu faire naître entre la faute contractuelle et délictuelle. C'est à tout le moins ce que nous supposons sauf à imaginer que cette question sera traitée dans la perspective d'une refonte du droit de la responsabilité civile.

2. L'inexécution du contrat

De toute évidence, si les sanctions demeurent, le projet affiche pourtant une large faveur aux remèdes à l'inexécution. On évoquera sommairement l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la résolution et la responsabilité contractuelle.

L'exception d'inexécution par anticipation est consacrée par l'article 1219 du projet d'ordonnance. Moyen de défense temporaire, l'exception d'inexécution permet à une partie de refuser de s'exécuter tant que son cocontractant ne s'est pas lui-même exécuté. Cependant, il est ajouté que l'inexécution doit être suffisamment grave. La subjectivité dans la méthode d'appréciation de cet élément objectif est à redouter. Comment les juges apprécieront l'inexécution ? Proportionnellement au manquement ? Assurément, la question ne manquera pas de se poser et il appartiendra au juge de dessiner, cas d'espèce après cas d'espèce, les contours de ce qui est « suffisamment grave ».

L'exécution forcée en nature devient la règle. L'exécution forcée paraît être la sanction idéale de l'inexécution des obligations nées du contrat. Correspondant aux attentes du créancier, elle seule est pleinement satisfaisante. En effet, elle constitue l'exacte contrepartie et permet, par là même, de respecter scrupuleusement l'engagement souscrit. Cependant, à s'en tenir à l'article 1221 du projet d'ordonnance, le créancier poursuivant l'exécution forcée n'obtiendra pas satisfaction lorsque l'exécution sera « impossible » ou lorsque son coût sera « manifestement déraisonnable ». Dès lors il est aisé de présager qu'en ce domaine, la casuistique sera reine ; le législateur déléguant son pouvoir au juge pour apprécier concrètement ce qui est, compte tenu de la situation du débiteur, « impossible » ou

« manifestement déraisonnable ». De plus, cela laisse entrevoir la possibilité pour le débiteur de se soustraire à l'exécution de son obligation. Or, en droit positif, l'exécution forcée en nature permet précisément de pallier cet écueil.

La résolution. Aux cotés des résolutions judiciaire et conventionnelle, le projet innove avec l'insertion d'une faculté de résolution unilatérale. Sur le fond, il ne s'agit que de la très opportune codification de la jurisprudence Tocqueville^[32]. Depuis de nombreuses années, la Cour de cassation a reconnu la possibilité de mettre un terme, de manière unilatérale au contrat et aux risques et périls du créancier, en cas de gravité du comportement du débiteur. L'innovation du projet d'ordonnance réside précisément dans la résolution unilatérale par notification. En effet, dans sa formulation, l'article 1226 du projet d'ordonnance reste proche de la solution rendue par la jurisprudence. Cependant, à l'expression « gravité du comportement » est préférée celle de « gravité de l'inexécution ». Cela laisse sans doute la possibilité pour le créancier de demander la résolution unilatérale pour des considérations moins subjectives que peut l'être le comportement. On pense par exemple à un manquement grave telle que l'inexécution de l'obligation essentielle qui imprime au contrat sa singularité. En outre, cette disposition qui, de prime abord permet d'éviter la résolution judiciaire, pourrait produire l'effet inverse et serait de nature à renforcer le rôle du juge^[33] qui pourrait s'en saisir et partant, l'encadrer.

La réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle. Enfin, s'agissant de la responsabilité contractuelle, qui reste un moyen de donner satisfaction au créancier par équivalent en lui allouant une somme d'argent, le texte ne tranche pas la question, contestée^[34], de son existence. S'il est vrai que la lettre du Code de 1804 n'en mentionnait pas non plus l'existence, le projet d'ordonnance, en lui réservant la section « réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle », ne lève toujours pas l'équivoque. D'un côté, tout conduit à penser que le texte reconnaît la responsabilité contractuelle. Le terme « réparation » laisse supposer que l'obligation contractuelle première inexécutée s'éteint et donne naissance à une obligation nouvelle de réparer le dommage attribuant aux dommages et intérêts un rôle de réparation et non d'exécution par équivalent. D'un autre, l'emploi du terme « inexécution » ne fait nullement référence à une norme de conduite qui aurait été violée et permet ainsi un constat objectif de l'écart entre ce qui était promis et ce qui a été accompli chassant par là même toute référence à une responsabilité contractuelle pour « inexécution fautive ». En tout état de cause, l'inexécution contractuelle ouvre droit à l'attribution de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé.

La force majeure. Enfin, s'agissant des causes d'exonération, les solutions issues de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2006^[35] relativement à la force majeure sont intégrées dans le projet d'ordonnance par l'article 1218 sans toutefois distinguer véritablement le caractère imprévisible de l'évènement au jour de la conclusion du contrat et son caractère irrésistible lors de l'exécution.

Le projet d'ordonnance vient modifier également d'autres aspects du droit des obligations qu'il convient de présenter sommairement.

II. Les quasi-contrats, le régime général des obligations et les règles de preuve des obligations

Sans chercher à être exhaustif, dans le cadre de cette présentation, on exposera les grandes lignes prévues par le projet d'ordonnance relativement au régime des quasi-contrats (A), au régime général des obligations (B) et aux dispositions relatives à la preuve des obligations (C).

A. Les quasi-contrats

Une définition simplifiée du quasi contrat figure au sous-titre III « les autres sources d'obligations » (article 1300 et suivants du projet d'ordonnance). Le texte consacre expressément la notion d'enrichissement sans cause (devenu enrichissement injustifié), quasi-contrat d'origine prétorienne et parallèlement de moderniser le régime de la gestion d'affaires et du paiement de l'indu en admettant, pour ce dernier, le paiement sous la contrainte.

B. Le régime général des obligations

Les modalités de l'obligation. S'agissant des modalités de l'obligation, une amélioration de la lisibilité des textes doit être saluée. Il ne reste désormais dans le projet d'ordonnance que les obligations conditionnelles, à terme et plurales ; les autres modalités de l'obligation (condition portant sur une chose impossible, potestative ou casuelle) étant supprimées. Trois brèves remarques s'imposent. D'abord, le projet d'ordonnance traite ensemble les conditions suspensives et résolutoires (article 1304 du projet d'ordonnance) se conformant d'une certaine manière à l'objectif de clarté qu'il s'est assigné. Ensuite, s'agissant des obligations à terme et dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas déterminé de terme, il est prévu que le juge puisse suppléer cette carence en fixant un « délai raisonnable » (article 1305-1 du projet d'ordonnance). Enfin, seules les grandes lignes de l'obligation solidaire (article 1310 du projet d'ordonnance) sont maintenues favorisant une lecture simplifiée lorsqu'une même obligation comporte plusieurs créanciers ou débiteurs.

La transmission des obligations. Considérée comme un lien, l'obligation circule. Cependant, en raison du caractère personnel qui l'unit au créancier, sa transmission a toujours été encadrée. La cession peut tantôt porter sur un élément de l'obligation, créance ou dette, tantôt sur l'entier contrat. Actuellement, la cession de créance est admise par l'article 1689 du Code civil comme une cause d'extinction de l'obligation tandis que les cessions de dette et de

contrat restent l'objet d'incertitudes. A cet égard, le projet d'ordonnance vient éclaircir ces zones d'ombres et devrait satisfaire les praticiens puisque les règles qui gouvernent la transmission des obligations sont mieux adaptées aux exigences de célérité de la vie des affaires. D'une part, la cession de créance apparaît désormais sous un chapitre intitulé « modification du rapport d'obligation » (article 1332 du projet d'ordonnance) et allège considérablement la procédure. A ce titre, l'article 1690 du Code civil exigeant une notification par exploit d'huissier pour l'opposabilité de la cession est abandonné. Si le projet d'ordonnance était adopté, l'opposabilité aux tiers serait instantanée puisque l'article 1334 prévoit que la cession est opposable « à la date de l'acte ». D'autre part, le texte codifie la pratique des cessions de dettes (article 1338 du projet d'ordonnance) et de contrat (article 1340 du projet d'ordonnance). Sur ce dernier aspect, si quelques cessions de contrats sont d'ores et déjà reconnues, ce n'est que de manière éparse, sans unité véritable. L'œuvre de la pratique dans l'élaboration de cette figure contractuelle laisse cependant en suspens certaines interrogations quant à la substitution de personne^[36].

L'extinction des obligations. Par ailleurs, le projet d'ordonnance simplifie considérablement le régime général des obligations. Cependant, s'agissant de l'extinction des obligations il est permis de tempérer le propos. A ce titre, le texte énumère les causes d'extinction au travers de cinq sections de la manière suivante : paiement (article 1320 et article 1324 relatif au paiement avec subrogation), compensation (article 1325), extinction pour impossibilité d'exécution (article 1328), remise de dette (article 1329) et confusion (article 1330). Sans doute aurait-il été préférable de distinguer clairement les hypothèses dans lesquelles le créancier est pleinement satisfait (le paiement), de celles dans lesquelles il demeure indirectement satisfait (compensation, confusion) ou encore celles dans lesquelles il reste insatisfait (extinction pour impossibilité d'exécution et remise de dette).

C. Les dispositions relatives à la preuve des obligations

Enfin, il n'est pas utile de rappeler l'importance des règles gouvernant la preuve des obligations tant elles conditionnent l'existence d'un droit. Aussi, l'objectif non dissimulé de clarté des textes passe nécessairement par la réorganisation de ces dispositions. Au demeurant, force est d'admettre que les modifications restent mineures. A titre d'exemple, l'article 1354 du projet d'ordonnance reprend l'article 1315 du Code civil selon lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Par ailleurs, il est prévu que les règles de preuve des obligations s'articulent autour de trois grands axes : figurent en premier lieu les règles relatives à la charge de la preuve, en deuxième lieu les dispositions relatives à l'admissibilité des modes de preuve et en troisième et dernier lieu, est énoncé le régime propre aux différents modes de preuve. De ce qui précède, on ne peut que constater que ces règles ainsi ordonnées gagnent en intelligibilité et partant, permettront sans peine d'atteindre le dessein d'accessibilité escompté. Pour clore le propos, il reste à ajouter, dans la section relative aux différents modes de preuve^[37], que le projet consacre l'acte contresigné par l'avocat.

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations répond aux ambitions qu'il s'est assigné. S'il innove souvent à bon escient, évidemment quelques tempéraments, sinon des regrets, peuvent toutefois être formulés. Outre l'abandon de la cause qui imprimait à notre droit un de ses caractères tout à fait singulier, il apparaît quelque peu saugrenu, au regard de l'ambition de prévisibilité du projet, d'introduire de si nombreuses notions floues. On pense, entre autres, aux expressions « suffisamment grave », « manifestement déraisonnable » ou encore « déséquilibre significatif » qui ne manqueront pas d'être interprétées par le juge. Néanmoins, si l'on ne peut nier des incohérences et errements, ils ne sont pas de nature à bouleverser la démarche qui doit être saluée. Outil moderne et pédagogique, ce texte devait combler les carences et corriger l'obsolescence d'un droit bicentenaire tout en consacrant des solutions jurisprudentielles et de nombreuses pratiques professionnelles. A cet égard, on ne peut que constater qu'en substance, le projet d'ordonnance satisfait son ambition. Le texte devrait être définitivement adopté en février 2016. La cause est entendue.

[Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN](#)

Maître de conférences

[Institut de droit privé](#)

[1] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 255.

[2] Voir le site du Ministère http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

[3] Voir en ce sens les différents projets de réforme du Professeur CATALA, le projet du Professeur TERRE, les projets de la Chancellerie.

[4] L'article 8 de la loi n°2015-177 du 16 février 2015[4], entrée en vigueur le 18 février 2015, relative la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures permet d'habiliter le Gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des contrats, le régime général et de la preuve des obligations.

[5] Ch. TAUBIRA, 25 février 2015, www.justice.gouv.fr.

[6] Notamment le CSN, CNB et la Cour de cassation.

[7] C.Const., dec. n° 2015-710 DC du 12 février 2015, JO n°0040 du 17 février 2015, p. 2969, texte 2.

[8] Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19.

[9] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO n° 71 du 24 mars 2006, p. 4475, texte n° 29.

[10] Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n° 3.

[11] La distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion en est une illustration.

[12] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, JO n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

[13] Cass., com., 26 novembre 2003, n°00-10243.

[14] B. FAGES, « La promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations », *Dr. et patr.*, oct. 2014 , n° 240.

[15] D. MAINGUY, « Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes », *Dr. et patr.*, oct. 2014 , n° 240.

[16] Cass., 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, n°09-13345.

[17] Cass., ch.mixte, 26 mai 2006, n°03-19376.

[18] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civil, JO n°0141 du 18 juin 2008, p.9856, texte n°1.

[19] Les avants-projet CATALA, TERRE et de la Chancellerie.

[20] Cass., AP, 1^{er} décembre 1995, n°91-19653.

[21] F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n°120, p.24.

[22] Cass., 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, n° 94-14800.

[23] Droit des transports par exemple.

[24] Cass., com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

[25] R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n° 120, p. 8.

[26] *Ibid.*

[27] Cass., civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *GAJC*, 12^{ème} ed., n° 165.

[28] Voir, notamment, P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 2013, n° 156 ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la chambre commerciale en matière de détermination du prix) », *D.* 1992, p. 67 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 88, n°4.

[29] P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 694.

[30] Cass., AP, 12 juillet 1991, n° 90-13602.

[31] Cass., AP, 6 octobre 2006, n° 05-13255.

[32] Cass., 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, n° 96-21485.

[33] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : question en suspens », *Dr. et part.*, oct. 2014, n° 240.

[34] Voir notamment Ph. REMY, « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223. Voir aussi, Ch. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, in *Études offertes à P. CATALA*, Litec 2001, p. 543 ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, *Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 921.

[35] Cass., AP, 14 avril 2006, n° 02-11168.

[36] C. BARRILLON, « La cession de contrat en voie de consécration », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2015, n° 160, p. 15.

[37] Sous-section 1 relative à la preuve par écrit, précisément à l'article 1374 du projet d'ordonnance.